

## INVALIDEZ PROVISIONAL Y TRABAJADORES AUTONOMOS

(Comentario a la STS de 20 de mayo de 1991,  
Ar. 7257, en unificación de doctrina)

Por JOAQUÍN APARICIO TOVAR \*

1. El mandato constitucional contenido en el art. 152 CE de que la organización de los tribunales de Justicia se adecue a la estructura territorial del Estado, culminando con la creación de Tribunales Superiores de Justicia de la Comunidad Autónoma que respeten la jurisdicción del Tribunal Supremo, es el que inspira la regulación contenida en el capítulo IV, Título III, de la Ley de Procedimiento Laboral (RD Legislativo 521/1990, de 27 de abril), del recurso de casación para la unificación de la doctrina. Novedad y originalidad son las notas que primero vienen a la mente para caracterizar este recurso, pero aunque ciertamente no puede decirse que tal juicio sea un desatino, no es menos cierto que las novedades lo son sólo relativamente. En efecto, además de lo que más adelante se diga, habría que comenzar por decir que aunque dicho recurso sea una novedad en el orden laboral, sus similitudes son notables con el ya conocido recurso regulado en el art. 102.1 b LJCA (1).

Dentro del mismo orden laboral, dicho recurso contiene semejanzas no desdeñables con el famoso recurso en interés de ley de la anterior LPL, en tanto su finalidad era depurar el ordenamiento estableciendo una doctrina sana, al tiempo que subrayaba la primacía jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre el Central de Trabajo (2). Pero las similitudes acaban aquí, porque el de unificación de doctrina presenta la novedad de tener tanto efectos jurisprudenciales como jurisdiccionales, afectando a las situaciones jurídicas particulares que están en la base del recurso, cosa que como es conocido no se producía en el de interés de ley.

Pero la originalidad del recurso no es solamente la recién expuesta. La sentencia que pone fin a este recurso tiene por objetivo prioritario el control de la dispersión doctrinal que puede producirse por la existencia de los veintidós Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas actuales y, de modo secundario, establecer la doctrina correcta corrigiendo «las interpretaciones que supongan infracción de la ley o la jurisprudencia» (3). En la realización

\* Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid.

(1) BAYLOS, A., CRUZ, J. y FERNANDEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1991, pág. 431.

(2) ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES, C.: *Derecho Procesal del Trabajo*, 5ª ed., Cívitas, Madrid, 1988, pág. 280.

(3) MARTIN VALVERDE, A.: «El recurso de casación para la unificación de doctrina: resolución y efectos de la sentencia», *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*

este último objetivo la sentencia en unificación de doctrina casa aquella otra objeto del mismo, dando lugar, de ese modo, a la tutela del interés del particular y pueda estar contenido en el recurso. Pero esto último, la tutela del interés particular, no es lo característico del mismo, ya que en este punto en nada se distingue del recurso de casación ordinario. En realidad, la impronta de este recurso es que a su través se procede a una defensa de la unidad del ordenamiento. No se trata ahora de destacar las ventajas de dicha unidad para el orden social, cosa que ya descubrieron los jacobinos (4), sino señalar que se trata de dar satisfacción a los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), igualdad (arts. 14 y 139.1 CE) y unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE).

La defensa de la unidad del ordenamiento, como elemento inspirador de este recurso, tiene una manifestación en el dato de que la sentencia de unificación de doctrina no entra en el debate sobre los hechos, que son fijados en la sentencia de aplicación que se impugna, limitándose a un pronunciamiento sobre la interpretación del derecho (5). De esa forma, puede llegar a afirmarse que el interés individual que se tutela con este recurso sólo resulta así en la medida en que coincide o se subsuma con el interés general de defensa la ley, lo que recuerda al recurso por exceso de poder del derecho francés (6), aunque este último se circunscribe al ámbito del derecho público. En efecto, el art. 221 LPL exige para la admisibilidad del recurso que el escrito de interposición del mismo explice «el quebranto producido en la unificación del derecho y la formación de la jurisprudencia», lo que quiere decir que el interés del particular no será atendible si no puede argumentarse que la sentencia de suplicación da lugar a tal quebranto, aunque «existan dudas sobre el acierto doctrinal» de la misma (7). Esto mismo se ve a ponerse de manifiesto en el art. 225.2 LPL, que es donde se declara que la sentencia del TS que casa y anula la de suplicación afecta a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada, pero esto sólo tendrá lugar, se insiste, cuando se aprecie que esta última «quebranta la unidad de doctrina».

Este recurso, además, presenta la característica de ofrecer notables posibilidades a las facultades creadoras de doctrina que tiene el Tribunal Supremo, porque, aunque su razón de ser, digamos genética, sea la existencia de sentencias contradictorias de los Tribunales Superiores de Justicia con las de otros TSJ o del TS (arts. 216 y 221 LPL), el TS, en la búsqueda de la solución al caso, debe realizar las doctrinas que se presentan como contradictorias, pudiendo tanto

hacer uso de las mismas en la elaboración de su razonamiento, como, sin limitarse a aquéllas, decidirse por una tercera solución, es decir, no queda vinculado a las soluciones ofrecidas en las sentencias en contraste, aunque puede elegir una o parte de alguna como solución correcta.

2. La sentencia que aquí se comenta (7 bis) contiene numerosos puntos de interés en razón tanto a la cuestión de fondo debatida, como por lo que tiene de paradigmática como sentencia de unificación de doctrina al ofrecer magníficos ejemplos de alguna de las cuestiones a las que se acaba de aludir. En efecto, en primer lugar, nos da ocasión para plantear si se produce la ruptura de la unidad del ordenamiento cuando la contradicción lo es entre sentencias de un TSJ y la doctrina que históricamente venía siendo sostenida, sin haber sido objeto de recurso en interés de ley, por el extinto TCT. La cuestión no es baladí, porque no puede pasarse por alto que en numerosas materias, como la del caso que nos va a ocupar, debido al reparto competencial, la única interpretación del ordenamiento, la única doctrina existente, era la sentada por aquel Tribunal. La respuesta, sin embargo, no ofrece muchas dudas porque el art. 216 LPL se decanta con toda claridad por una solución negativa. Las solas sentencias que se tienen en cuenta a los efectos del recurso para la unificación de doctrina son las de las Salas de lo social de los distintos TSJ que resulten contradictorias entre ellas o con las del TS. Solución lógica si se tiene en cuenta que la doctrina del Central no constituía jurisprudencia, ni existe en nuestro sistema una vinculación al precedente.

Pero teniendo en cuenta que, como se ha dicho, sobre determinadas materias la única doctrina era la del TCT, algunos TSJ la han hecho suya y, de ese modo, la ruptura de la unidad de doctrina no vendría por la contradicción con la doctrina del TCT, sino por la divergencia surgida entre los TSJ que la hubiesen incorporado y los que den soluciones diferentes en identidad de supuestos. Esto es precisamente lo que ocurre en el caso que aquí nos va a ocupar, en el que el TSJ de Sevilla expresamente ha hecho suya la doctrina sobre el fondo del asunto que había elaborado el TCT. Otro TSJ, por el contrario, el de Murcia, en concreto, se aparta de esa interpretación, incurriendo así en contradicción y quebranto en la interpretación del derecho, que son los presupuestos necesarios para la interposición del recurso para la unificación de doctrina. Aunque hay que aclarar que el recurrente no alega la contradicción con las sentencias del TSJ de Sevilla citadas, sino con otras de los TSJ de Madrid y Galicia en la misma línea. En conclusión, la doctrina del extinto TCT en sí no puede ser alegada como valor referencial de contradicción. Si lo es, es porque ha sido hecha suya por algún TSJ, pasando así a ser doctrina de este último.

En segundo lugar, la sentencia que comentamos se enfrenta con un problema sumamente sensible a las exigencias del principio de igualdad, y, por ello, la defensa de la unidad del ordenamiento adquiere relevancia especial. La cuestión debatida es, digámoslo ya, decidir si existe algún derecho a prestaciones económicas

(4) GARCIA DE ENTERRIA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cívitas, Madrid, 1979, pág. 19.

(5) MARTIN VALVERDE, A.: *Obr. cit.*, pág. 32.

(6) HAURIOU, M.: *Precis de Droit Administratif*, 12ª ed., París 1933, pág. 433 y ss.  
ESTEBAN DRAKE, A.: *El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Cívitas, Madrid, 1981, págs. 149-157.

(7) MARTIN VALVERDE, A.: *Obr. cit.* pág. 41

(7 bis) Reproducida como Anexo I.

ara aquellos sujetos incluídos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que han agotado el periodo de ILT sin que se haya deducido el alta médica. El problema se plantea porque este Régimen especial, como es sabido, no prevé en su acción protectora prestaciones por invalidez provisional. Naturalmente, según como se resuelva, los intereses particulares de unos pocos sujetos protegidos resultarán sensiblemente afectados. Pero la unicidad de tratamiento, que, como se ha dicho, es el objetivo prioritario de este recurso, particularmente exigida porque el principio de igualdad, que es elemento vertebrador del Sistema de la Seguridad Social (8), no consiente que la acción protectora pueda ser diferente según las Comunidades Autónomas (9), mucho menos si lo que se discute es la existencia o no de una prestación económica que, además, forma parte del llamado nivel contributivo. Lo que está en juego, pues, ante todo, la defensa de un elemento central del Sistema de Seguridad Social (por extensión el Sistema mismo), que, naturalmente, según la decisión que se adopte, afectará a los intereses de los sujetos protegidos que se encuentran en la situación citada de haber superado la ILT sin alta médica en tanto se les reconociera o no un derecho a prestaciones económicas.

Se puede haber deducido de lo expuesto las posibilidades de desarrollo de la actividad jurisprudencial que el caso ofrece, lo que, en tercer lugar, conviene resaltar, porque la sentencia que comentamos es un magnífico ejemplo de activismo judicial en el desarrollo de las potencialidades que contienen los principios rectores de la política social y económica del capítulo III, Título primero, de la Constitución, en concreto del art. 41, que impone a los poderes públicos un deber de mantener un régimen de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes para los ciudadanos ante situaciones de necesidad. El juego entre principio constitucional y legislación ordinaria, que a su vez da lugar a reflexionar sobre «el esquema de distribución de competencias normativas» en este Régimen Especial, se encuentra uno de los aspectos más destacables y novedosos de la sentencia, que precisamente no había sido en absoluto tenido en cuenta por la doctrina del TCT que hasta el momento se había pronunciado sobre el tema, es decir, se había pasado por alto el carácter normativo que tienen los principios constitucionales.

3. El supuesto de hecho de la sentencia que se comenta es, como se ha señalado, la situación de desprotección en que se encuentran los sujetos incluídos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que, agotado el periodo de

ILT producida por accidente o enfermedad, siguen precisando prestaciones de asistencia sanitaria porque no se han recuperado de la enfermedad o las consecuencias del accidente y siendo, al mismo tiempo, incapaces de desarrollar su actividad profesional. La razón de tal desprotección está en que el D. 2530/1970, a pesar de las ampliaciones de la acción protectora efectuada por el RD 2398/1976, de 1 de octubre primero y después por RD 43/1984, de 4 de enero, por el RD 9/191, de 11 de noviembre, sobre cotización, sin olvidar la L 26/1985, de 31 de julio, la situación de invalidez provisional no está incluída en el cuadro de la acción protectora de este Régimen. Sigue aplicándose en estos casos el D 2530/1970 y la OM de 24 de septiembre de 1970, dictada en desarrollo del anterior. Los arts. 73.1 y 69.2 d) de esta última dan la posibilidad para los que se encuentren en la aludida situación de larga enfermedad o accidente colocarse, tras el periodo de ILT, en baja, o en la situación asimilada al alta, a la espera de la recuperación de la capacidad para el trabajo o de que sus lesiones o enfermedad puedan valorarse como permanentes, y sólo entonces dar lugar a la declaración de una invalidez de este tipo.

Para poder proceder a la declaración de invalidez permanente, el INSS viene aplicando los criterios que se contienen en el art. 132 LGSS, es decir, la constatación de la existencia de secuelas de la enfermedad o el accidente previsiblemente permanentes que disminuyan o anulen la capacidad de trabajar. Si el sujeto protegido sigue precisando asistencia sanitaria y no ha recuperado la capacidad de trabajar después de superado el periodo de ILT, la declaración de invalidez provisional no se produce, porque, como se ha dicho, no está prevista en el cuadro de la acción protectora del Régimen. Debe permanecer, a lo sumo, en alta especial, a la espera de que las secuelas sean definitivas, dejando pasar el plazo máximo equivalente al que hubiera estado en invalidez provisional en caso de que existiese, es decir, dejar transcurrir un plazo de seis años desde el comienzo de la ILT, para, aún no producida el alta médica, instar la declaración de la invalidez permanente. Es claro que se produce un vacío de protección durante un tiempo que, eventualmente, puede llegar a ser largo (cuatro años y medio). Repárese que estos criterios que se aplican para la declaración de la invalidez permanente se extraen de una norma, el art. 132 citado, que se encuentra en el Título II LGSS, con lo que se está procediendo a aplicar con carácter supletorio normas del Régimen General para justificar una situación sin cobertura por el Sistema, extremo que conviene retener ahora porque será de capital importancia en la argumentación de la sentencia.

4. Hasta el momento de pronunciarse algunos TSJ sobre la cuestión, la doctrina sentada por el TCT sancionaba la situación de desprotección durante el periodo citado, al limitarse a constatar que las disposiciones legales reguladoras del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos «no conceden prestaciones a los trabajadores por cuenta propia en tal situación» (STCT 12 de julio de 1988, art. 5139), sin entrar en mayores reflexiones. La STCT de 9 de diciembre de 1988 (art. 8298) expresivamente declara que «habiendo agotado la prestación de ILT

APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Cívitas, Madrid, 1988, págs. 133-140.

DE LA VILLA, L.E. y DESDENTADO, A.: Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la Constitución, en vol. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 435. Ciertamente estos autores se refieren a las competencias del ejecutivo autonómico, pero las razones que justifican esa conclusión son idénticas aplicadas al judicial.

actor] prorrogada tal situación, que en el citado Régimen Especial se extingue todo caso por el transcurso de los dieciocho meses..., sin que pueda prorrogarse más tiempo, al no estar protegida en el indicado Régimen la contingencia de invalidez provisional». Esta sentencia, sin embargo, añade algo más al abrir la posibilidad de que los efectos económicos de la invalidez permanente se retrotraiga al momento de la solicitud o de la iniciación del expediente tramitado al efecto». No puede verse, en estricta aplicación de la norma reglamentaria, esta doctrina en toda posibilidad tanto de prorrogar los efectos de la ILT más allá de los dieciocho meses, como de reconocer prestaciones por invalidez provisional, sin dar lugar a considerar sobre si la situación de desprotección a que da lugar esa aplicación de la normativa reguladora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos es compatible con el mandato contenido en el art. 41 CE. No debe de ignorarse que las contingencias de ILT y de invalidez provisional en realidad es una misma, esto es, la imposibilidad de trabajar debido a la enfermedad de la salud (10), por ello resulta lógico de los sujetos protegidos del Régimen de Autónomos que se ven en esta contingencia, unas veces hayan podido obtener la prestación económica reclamando una prórroga de la ILT y otras la declaración de invalidez provisional. Sin embargo, en orden a la aplicación de la normativa si hay diferencias, porque la OM de 22 de enero de 1991 establece que ante la ILT subsiste la obligación de cotizar, cosa que no sucede con la invalidez provisional.

Esta doctrina del TCT era la que se había ido imponiendo en los distintos TSJ, uno de los cuales, como el de Sevilla (S de 11 de diciembre de 1989, Ar. Soc. 1989/1000), han hecho referencia explícita a la misma. Otros se pronunciaron, además, en el sentido de que la no inclusión de la invalidez provisional en el cuadro de contingencias de la Ley protectora del Régimen de Autónomos no es contraria al principio de igualdad del art. 14 CE (STSJ Cataluña de 8 de febrero 1991, Ar. Soc. 1991/1635); de que la invalidez provisional no cabe en el Régimen de Autónomos ni como mejoraría, sin que quepa aplicar por analogía las reglas del Régimen General que regulan, pues ambos Regímenes no son equiparables (STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 1989, Ar. Soc. 2602); de que no puede dar lugar a la calificación de invalidez provisional, superado el tiempo de ILT, la concatenación de distintas contingencias, de nuevo, por no estar prevista tal contingencia en el Régimen de Autónomos (STSJ de Galicia de 11 de enero de 1991, Ar. Soc. 30). Así las cosas, una sentencia del TSJ de Murcia de 15 de octubre de 1990 viene a reconocer el derecho a la prestación de invalidez provisional a trabajadores autónomos en el Régimen de Autónomos. Esta sentencia es objeto de recurso de amparo para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS, quien alega la contradicción con dos sentencias, una del TSJ de Galicia y otra del TSJ de Madrid. Evidentemente, la contradicción que quiebra la unidad de doctrina es evidente desde de lo recién expuesto, sin que sea, por tanto, necesario extenderse en este

punto. Pero sí conviene señalar que la STSJ de Galicia que aporta el INSS con valor referencial no versa exactamente sobre una reclamación de prórroga de la ILT o declaración de invalidez provisional, sino que el actor reclamaba el derecho a ser declarado inválido permanente una vez agotado el plazo de ILT. A pesar de no resultar, por tanto, evidente la contradicción, el TS estima que hay efectivamente «una sustancial igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones exigida por el art. 216 LPL», por lo que tal contradicción es apreciable, ya que «la pretensión de la parte en el referido proceso era, al margen de la fórmula jurídica elegida en su solicitud, la asignación de una prestación social periódica sustitutiva de la renta de trabajo a partir del agotamiento de la situación de incapacidad laboral transitoria sin haberse recuperado del todo de sus dolencias o lesiones». Ante una situación de necesidad idéntica, el TSJ de Murcia reconoce el derecho a unas prestaciones y el de Galicia lo niega, como se dice en la sentencia que aquí se comenta.

La sentencia que pone fin al recurso de unificación (ponente, Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde) casa la sentencia recurrida, pero no acepta la línea doctrinal que se venía manteniendo, que, como se ha dicho, tiene su origen en la doctrina del extinto TCT, sino que declara que la doctrina más acorde a derecho que debe prevalecer como doctrina unificada es la que reconoce el derecho de los actores en la instancia, no a recibir prestaciones por invalidez provisional, sino a ser declarados en situación de invalidez permanente en el grado que les corresponda, evitando así la situación de desprotección.

5. Las líneas argumentales de la sentencia discurren, en primer lugar, por dilucidar si existe una situación de discriminación de este colectivo en relación al protegido por el Régimen General, habida cuenta la diversidad de protección. En segundo lugar, por la determinación de la corrección del ejercicio del poder reglamentario por parte del Gobierno, al dictar las normas reguladoras de este Régimen Especial, así como la práctica administrativa llevada a efecto con base a tales normas. Esto último da lugar a razonar sobre la eficacia de los principios del art. 41 CE en relación a la regulación específica de este Régimen. Esas líneas argumentales precisan como cuestión previa un análisis de la distribución de «competencias normativas» en el Régimen de Autónomos, y la evolución legislativa de la protección por invalidez dispensada en éste.

El esquema de la distribución de competencias normativas en el Régimen Especial de Autónomos es analizado en el fundamento segundo de la sentencia a partir de las previsiones constitucionales del art. 41, que remiten a la legislación ordinaria la regulación del derecho individual a la protección en los estados de necesidad. Es un derecho de configuración legal, que sólo podrá alegarse ante los tribunales, según la fórmula poco feliz del art. 53.3 CE, «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

La regulación específica de este Régimen Especial, cuyas normas más importantes se han citado anteriormente, tiene su anclaje en el art. 10 LGSS, que es la norma que fija los límites en los que deben moverse las regulaciones específicas de cada una de las contingencias.

marcado en aquéllos, como el de Trabajadores Autónomos, para los que no se exige su regulación por ley sino por norma reglamentaria. El carácter disciplinador de los criterios del art. 10 tiene que ser interpretado con el máximo rigor porque «las razones de existencia de "régimenes especiales" en un Sistema de Seguridad Social son siempre coyunturales y de sentido negativo» (11). Esas razones, por buscar alguna, se encuentran en la todavía fuerte impronta que en nuestro Sistema tiene el criterio de la profesionalidad (12) como es manifiesto en el art. 7.1 LGSS. En efecto, al tener todavía la relación de trabajo por cuenta ajena un importante peso en la constitución de la relación jurídica de Seguridad Social en el Régimen General (art. 61 LGSS), la inexistencia de tal relación en los que trabajan por cuenta propia ha justificado la creación de un Régimen Especial para protegerlos frente a las situaciones de necesidad, lo es acorde con el art. 10.1 LGSS que se refiere a «aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos» el establecimiento de un Régimen Especial sea preciso «para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social». Pero esas razones no deben hacer olvidar que la especialidad lo es frente al Régimen General, que se erige como modélico. Esto hace que lo especial se deba considerar no sólo tal, sino excepcional y transitorio (13) en el camino de una progresiva homogeneización con aquél, tal y como se establece en el art. 10.4 LGSS. Esa homogeneización debe referirse a todos los aspectos, es decir, ámbito subjetivo de cobertura, relación jurídica de Seguridad Social (afiliación, altas y bajas y cotización), pero sobre todo en lo que se refiere a la cobertura de los estados de necesidad, es decir, a la acción protectora, ya que las características profesionales de este grupo pueden hacer subsistir durante algún tiempo peculiaridades en las formas de encuadramiento en el Sistema.

Las exigencias de homogeneización se erigen, así, en un fuerte límite a la potestad reglamentaria del ejecutivo, quien, por otra parte, en el establecimiento del Régimen no podrá utilizar cualquier norma reglamentaria, sino la de Decreto aprobado por Consejo de Ministros (14), como efectivamente se hizo con el D 2530/1970, citado. La regulación que se establecía en el Decreto y sus normas de desarrollo debe caminar hacia la homogeneización, que hay que insistir, es el criterio inspirador de cualquier normativa, a pesar de tener presente los escollos de «las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados» (art. 10.4 LGSS). Pero, en todo caso, serán de

(11) VIDA SORIA, J.: *Los Régimenes Especiales, Papeles de Economía Española*, núm. 12/13, pág. 157.

(12) ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: *Compendio...*, cit. págs. 60 y ss.

(13) ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: *Compendio...*, cit. pág. 79. VIDA SORIA, J.: *Los regimenes...*, cit. pág. 158.

(14) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 12ª ed., Cívitas, Madrid, 1992, pág. 494.

aplicación al Régimen de Autónomos las normas que se contienen en el Título I de la LGSS, el cual resulta ser así «directamente normativo».

Las características del grupo a que se refiere el art. 10.4 LGSS son destacadas por la sentencia que comentamos en relación a tres aspectos básicos de cualquier régimen especial, como son: «la capacidad contributiva del colectivo, sus necesidades de cobertura o protección social y las exigencias de la gestión y control de la acción protectora». De esa manera se abre el camino al análisis de la evolución reglamentaria del Régimen de autónomos, que permitirá arrojar luz sobre la tendencia hacia la homogeneización, que como se ha dicho, es el elemento disciplinador del poder reglamentario, tanto en la relación LGSS con el D 2530/1970, como en la de este último con la OM de 24 de septiembre de 1970.

En la evolución normativa del Régimen de Autónomos hasta 1990, año en que se dicta la sentencia recurrida, dos aspectos son destacables, confluyendo ambos hacia la homogeneización con el Régimen General. En cuanto a la cotización para las contingencias comunes, a partir de 1984 se ha producido lo que la sentencia califica como una «equiparación total en el esfuerzo contributivo con el Régimen General», ya que la base máxima es idéntica, la mínima ligeramente superior y los tipos de cotización idénticos, aunque, naturalmente, la cuota en este régimen no se puede distribuir entre empresario y trabajador, sino que corresponde en exclusiva al único titular de la relación jurídica, esto es, el trabajador por cuenta propia. Destaca la sentencia que en los últimos años la aportación del Estado a la Seguridad Social con cargo al presupuesto general ha estado destinada a la financiación de la asistencia sanitaria y complementos de pensiones mínimas, se indica que las prestaciones contributivas, entre las que se encuentran las derivadas de la invalidez, reposan exclusivamente sobre el esfuerzo de los sujetos protegidos. Esto podría sugerir que la afectación de los fondos procedentes de cotizaciones a las llamadas prestaciones contributivas debe generar, para aquéllos que han cotizado, un derecho a percibir la prestación. Hasta aquí no hay demasiado que objetar, si no fuese porque la cotización no es el único requisito a cumplir para causar derecho a prestaciones, y porque puede dar lugar (cosa que no incurre en la sentencia) a que alguien llegue erróneamente a pensar que el derecho a la prestación guarda una directa relación con lo cotizado. Hay que recordar que las asignaciones de recursos a las prestaciones, ya provinientes de cotizaciones, ya provinientes de los presupuestos del Estado, no dejan de ser más que operaciones contables, porque el Sistema de la Seguridad Social, por mucho que se pueda considerar que el nuestro es uno mixto, está basado en los principios de consideración conjunta de las contingencias y, a partir de éste, el de caja única (16), sin que se deba de olvidar que Seguridad Social significa ruptura del

(15) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO, J.L.: *Instituciones...*, cit., pág. 44.

(16) Esto es básico para la Seguridad Social, es el *pooling* de riesgos de que hablaba BEVERIDGE, cfr. *Social Insurance and Allied Services*, HMSO, Londres, 1942, pág. 13.

sinalagma cuota-prestación (17). En realidad, la referencia que se hace en la sentencia a la aportación financiera del Estado no añade mucho al razonamiento central, verdaderamente ésta traída para subrayar el esfuerzo contributivo de los trabajadores por cuenta propia y su similitud con lo que acaece en el Régimen General. Puede, por tanto, concluirse que no forma parte de la *ratio dicendi*, sino que más bien es un *obiter dicta*.

El segundo de los aspectos destacables en la evolución normativa es el de la homogeneización con el Régimen General producida en la acción protectora, evidente desde el D 2398/1976, de 1 de octubre, y que de modo sostenido y acentuado se ha ido produciendo con el RD 43/1984, de 4 de enero, y RD 497/1986, de 10 de febrero. Como se destaca en la sentencia que comentamos, el RD 9/1991, de 11 de enero, de cotización, si bien promulgado después de la sentencia recurrida, ha dado un paso más en la homogeneización de la acción protectora con el Régimen General, referida especialmente a la invalidez permanente total. Sin embargo, se señala también que se sigue manteniendo la exclusión de las prestaciones por invalidez provisional, y se produce una reducción de la cotización del 0,49%.

De todo lo anterior, se puede concluir que la tendencia a la homogeneización querida por el art. 10.4 LGSS es un hecho incuestionable, tanto en lo que se refiere a la cotización como en lo que se refiere a la acción protectora; sin embargo, subsiste el vacío de protección para las situaciones que constituyen el supuesto de hecho de la sentencia recurrida. Tal vacío de protección se produce porque la práctica administrativa, ante el vacío de regulación de la invalidez provisional, que quiere decir la exclusión de la misma de la acción protectora de este régimen, aplica los criterios del art. 132 LGSS, muy especialmente en la función carencial que la provisional tiene para el reconocimiento de la invalidez permanente.

6. Lo recién expuesto nos aboca a uno de los problemas centrales con que se enfrenta la sentencia, esto es, si los conceptos de invalidez y, por tanto, su régimen, que se contienen en el art. 132 LGSS, son únicos para todo el Sistema y por lo mismo de aplicación tanto al Régimen General como a los especiales.

La invalidez permanente, tal y como es concebida en el art. 132 LGSS, es inseparable de un periodo previo más o menos largo de invalidez marcada por el signo de la temporalidad. Esos periodos tanto pueden ser el de ILT como el de la invalidez provisional, que como ya se ha dicho no son dos contingencias sino una única. En efecto, la caracterización que se hace en el art. 126.1 LGSS de la ILT reposa sobre dos elementos: impedimento para trabajar por tener la salud alterada y estar recibiendo prestaciones de asistencia sanitaria. Elementos que están conectados en la asunción de que la asistencia sanitaria dará lugar a la recuperación de la salud y, con ella, la capacidad de trabajo en un periodo más o menos largo. La duración de este periodo es precisamente lo único que distingue, desde el punto

(17) ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S. *Compendio...*, cit. págs. 28-30. APARICIO TOVAR, J. *La Seguridad Social...*, cit., págs. 106-108.

de vista conceptual, la invalidez provisional de la ILT. La idea de invalidez permanente reposa a su vez en el carácter definitivo de las lesiones a la salud que imposibilitan o disminuyen la capacidad de trabajo, por ello, el art. 132.3 LGSS no exige que se agoten los periodos de ILT e invalidez provisional. Pero en realidad todo el régimen de la invalidez, el paso de la temporal a la permanente, está basado en un juego de presunciones, como ha destacado la doctrina (18). En efecto, ya se ha dicho cómo la ILT está basada en la presunción de que la asistencia sanitaria dará lugar a la recuperación de la capacidad de trabajar; de hecho, la prórroga de seis meses después de los doce primeros tendrá lugar cuando «se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación» (art. 126.1, a) LGSS). Las lesiones que dan lugar a la calificación de la invalidez como permanente son aquéllas que «previsiblemente son definitivas» (art. 132.3 LGSS), sin que sea necesario el paso por la invalidez provisional cuando tras la ILT, aun siguiendo precisando el trabajador asistencia sanitaria «y siga imposibilitado de reanudar su trabajo, previéndose que la invalidez va a tener carácter definitivo» (art. 132.3, b) LGSS). La presunción de lo definitivo de las lesiones es el presupuesto asumido cuando se agota el plazo máximo de la invalidez provisional sin recuperar la capacidad de trabajo (art. 132.3, a) LGSS). Como se ve, mantener a un trabajador en un plazo de tiempo más o menos largo de invalidez temporal es una cuestión puramente convencional en función de que la confianza en la recuperación (la presunción) sea más o menos persistente, pero tanto daría presumir que tras un año y medio las lesiones que persistan son definitivas, como dar un plazo mayor, porque, aún declarada la invalidez permanente, siempre es posible la revisión si se evidencia que se ha producido una recuperación. La razón de mantener el plazo máximo de seis años para la invalidez temporal (ILT más invalidez provisional), manteniendo la presunción de una recuperación, puede estar en que el régimen de la invalidez descrito está pensado para los trabajadores por cuenta ajena, para quienes una declaración de invalidez permanente podría significar la ruptura de su contrato de trabajo y la pérdida de su puesto de trabajo habitual, en función del grado que se calificase la invalidez, con las dificultades imaginables para el retorno a la actividad en el caso de revisión de la misma. Por el contrario, el periodo de ILT e invalidez provisional da lugar a una suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo (arts. 45.1, c) y 48.1 ET). Este dato hace difícilmente extrapolable el régimen de invalidez descrito a los trabajadores por cuenta propia.

7. Destacada ya la tendencia a la homogeneidad con el Régimen General en la evolución normativa del Régimen de Autónomos, y vistas también sus características diferenciales, es necesario enfrentarse, como lo hace la sentencia que comentamos, con el problema de la justificación de la diferencia de trato en lo que se refiere a las prestaciones por invalidez. En definitiva, si estamos ante una discriminación contraria al ordenamiento.

(18) ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: *Compendio...*, cit.,

En principio parecería, como alega el INSS, que la diferencia de trato no es contraria al ordenamiento porque no son comparables las situaciones jurídicas que tienen su origen en regímenes jurídicos diversos. La diferencia de trato en cuanto a la situación de desprotección de los trabajadores autónomos en relación con los trabajadores por cuenta ajena aludida tendría su origen en la especialidad de un régimen de Seguridad Social, para lo que se podría traer en apoyo la doctrina sentada en la STC 27/1988, de 23 de febrero, según la cual «no es posible comparar el tratamiento jurídico de situaciones... generadas en distintos sistemas de protección». Distintos sistemas de protección que dan lugar, entre otras cosas, a diferencias en la financiación, porque el autónomo puede elegir la base de cotización, cosa que le está vedada al trabajador por cuenta ajena, como se argumenta por el recurrente. En esta línea se había pronunciado ya el TSJ de Cataluña (S. de 8 de febrero de 1991), para quien la desprotección de los autónomos por inexistencia de invalidez provisional en su Régimen, «tratándose de un Régimen de naturaleza particular regulado por normativa concreta, no vulnera el citado art. 14 CE porque establece una correlación entre la acción protectora y su financiación». Por otro lado, también se alega que las diferencias de trato tienen su justificación en las diferencias que existen entre un trabajador por cuenta ajena y uno autónomo que es un empresario.

Pues, bien; los recién citados argumentos no le parecen suficientes al TS. Para ello ha sido fundamental la comprobación del esfuerzo contributivo a la financiación del régimen que ha llevado a los autónomos a su equiparación en este punto con los trabajadores por cuenta ajena previamente realizada, de lo que se deduce que la elección de la base de cotización que puede hacer el autónomo, que en todo caso tiene que hacerse entre una mínima y una máxima, a lo más que puede dar lugar es a determinar la cuantía de la prestación, pero «no a la privación de la protección». No se puede, por tanto, en este punto hablar de situaciones jurídicas diversas que no pueden ser objeto de comparación, son, por el contrario, situaciones jurídicas similares que pueden dar lugar a comparar los efectos jurídicos producidos por cada una de ellas.

Tampoco acepta el TS el argumento de la justificación de la diferencia de trato en base a la condición de empresario del autónomo. Precisamente lo dominante para la inclusión en este régimen de los sujetos incluidos en su campo de aplicación es su condición de trabajadores, pero por cuenta propia, lo que puede dar lugar a particularidades en el concreto régimen jurídico de la protección, como se verá más adelante, pero hay que tener presente que el criterio de la profesionalidad no es el central de un moderno Sistema de Seguridad Social, pues como recuerda la sentencia que comentamos, «la posición en el sistema productivo —como empresario, trabajador por cuenta propia, o trabajador por cuenta ajena— no es el factor determinante a efectos de protección social, donde lo que debe contar de forma decisiva es la apreciación típica de las situaciones de necesidad» (fmto. quinto). De lo que se deduce que carece de lógica la desprotección del autónomo cuando ha superado el periodo de ILT y sigue siendo incapaz para el trabajo porque se sigue encontrando en una situación de necesidad, acentuada si cabe.

8. Según lo expuesto, es apreciable una carencia de justificación de la diferencia de trato que para los autónomos supone su desprotección en las situaciones de larga enfermedad y prolongadas consecuencias de accidente. Pero esto no es suficiente, porque como, según lo dicho antes, es este un derecho de configuración legal y, por tanto, resulta necesario el análisis de la legislación ordinaria reguladora de este Régimen Especial para identificar exactamente el modo en que se producen las quebras de protección y la inconsistencia jurídica de las mismas, ya que de otro modo difícilmente podría hablarse de discriminación prohibida porque las diferencias de trato tendrían su origen realmente en situaciones jurídicas diferentes.

En una primera aproximación se podría concluir que la desprotección de que hablamos se produce porque el D. 2530/1970, así como los sucesivos que han ido ampliando la acción protectora del Régimen de Autónomos, han excluido de esta última la invalidez provisional. La OM de 24 de septiembre de 1970 nada añadiría a este estado de cosas por ser una mera norma de desarrollo de aquél. Esta ha sido, como se ha visto, la doctrina mantenida por el TCT y numerosos TSJ y donde está el núcleo de las argumentaciones del INSS contra la sentencia del TSJ de Murcia.

El razonamiento de la sentencia que comentamos no marcha en la misma dirección, por cuanto procede a analizar separadamente el ejercicio de la potestad reglamentaria referida al D. 2530/1970 y la OM de 24 de septiembre de 1970. En cuanto al primero, constata que el Gobierno goza de un cierto amplio margen de libertad de configuración del régimen con tal de que respete los límites fijados por el art. 10.4 LGSS, esto es, homogeneidad con el Régimen General, disponibilidades financieras del sistema y características del grupo protegido. Resulta así que el citado D. 2530/1970 no rebasa tales límites y, sin embargo, excluye la invalidez provisional. Parecería que esto es un contrasentido cuando, en el análisis de la evolución normativa del Régimen de autónomos, ha quedado claro que se ha producido un aumento del esfuerzo contributivo que permite hablar de disponibilidad financiera en términos semejantes al Régimen General, y cuando se ha evidenciado que las necesidades de protección del colectivo protegido, una vez agotado el periodo de la ILT, no son distintas a las de los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de aquél. Sin embargo, no hay tal contrasentido, porque, en base a «las características» del grupo protegido, prevista en el propio art. 10.4 LGSS, «pueden existir razones de gestión y control de prestaciones que justifiquen la decisión del Gobierno de dotar a los autónomos de una acción protectora de configuración distinta a la del Régimen General» (fmto. sexto). Aquí está uno de los puntos centrales, si no el central, del razonamiento del TS; a saber, el D. 2530/1970 establece una regulación distinta de la invalidez de la que se hace para el Régimen General. Ciertamente, podríamos preguntarnos si las razones de control y gestión a que alude el TS son tan poderosas hoy como para justificar un régimen de la invalidez diferente para los trabajadores autónomos. En el fondo esta crítica apunta hacia las razones de subsistencias de los Regímenes Especiales, pero en tanto no se produzca una modificación profunda de la LGSS, no cabe duda que la diversidad de tratamiento en este punto encuentra asidero en las características propias del colectivo de autónomos.

Ahora bien, regulación distinta quiere decir que no se pueden trasladar al Régimen de Autónomos los criterios sobre la invalidez provinientes del Régimen General, lo que no quiere decir que la libertad de configuración de este Régimen Especial que posee el ejecutivo, que le permite proceder a esa regulación específica de la invalidez, pueda dar lugar a vacíos de protección o defectos de cobertura, que, por el contrario, no se dan en el Régimen General. Ese defecto de cobertura lo encuentra el TS en «la práctica administrativa seguida de no pasar sin solución de continuidad a la protección de invalidez permanente, una vez agotado el tiempo de incapacidad laboral transitoria» (fmto. sexto).

Tal práctica administrativa está basada en la OM de 24 de septiembre de 1970, que como ya se ha visto, ordena el paso a la situación asimilada al alta si voluntariamente lo solicita el sujeto protegido (arts. 69 y 73), o a la de baja (art. 17), cuando se ha superado el tiempo de la ILT. Es, por tanto, en relación a ella donde ha de hacerse la corrección interpretativa que permita, «sin contrariar las formulaciones del titular de la potestad reglamentaria», evitar los vacíos de protección, cosa que se consigue no declarando al sujeto protegido en invalidez provisional, que no está prevista en el régimen de la invalidez de los trabajadores autónomos y por ello se casa la sentencia recurrida, sino, una vez superado el tiempo de la ILT, en invalidez permanente en el grado que corresponda (fmto. séptimo).

Como ya se ha sugerido, esa práctica administrativa está pasando por alto la originalidad de la regulación de la invalidez que efectúa el D. 2530/1970, para aplicar, en cambio, los criterios del art. 132 LGSS. En concreto, la necesidad de que en todo caso, previo a la declaración de la invalidez permanente, el sujeto protegido pase un periodo de invalidez provisional. La carencia de lógica interna es clara, porque en ninguna parte del D. 2530/1970, ni en las normas posteriores, se dice que para la declaración de la invalidez permanente, en los casos en que se siga precisando asistencia sanitaria sin recuperación de la capacidad de trabajo, se tenga que superar un periodo equivalente al de la ILT e invalidez provisional, esto es, seis años, del Régimen General. Esos periodos tienen su sentido, como se ha dicho, de acuerdo con los conceptos de temporalidad de la invalidez propios del Régimen General basados en presunciones y a la vista de la relación de trabajo por cuenta ajena, pero no lo tienen en un régimen como el de autónomos, que en base a las características del trabajo por cuenta propia, que no precisa reserva de puesto de trabajo, se ha considerado que no ha lugar a la invalidez provisional. En definitiva, se ha optado por otro juego de la presunción. En el Régimen Especial de Autónomos, después de un año y medio, si persisten la enfermedad o las consecuencias de los accidentes y no se ha recuperado la capacidad de trabajo, se presume que son secuelas definitivas, y lo que procede es declarar la invalidez permanente.

Por otro lado, no es correcto aplicar los criterios del art. 132 LGSS, porque, como recuerda la sentencia que se comenta (fmto. séptimo), al encontrarse en el Título II LGSS se refiere al Régimen General. La aplicación del Título II LGSS a los Regímenes Especiales es supletoria y, en consecuencia, no puede darse en este caso en el que el Régimen de Autónomos tiene una regulación específica

diversa. Mucho menos tiene sentido su aplicación cuando lo es para dar lugar a efectos contrarios a los que dan razón de ser a su carácter supletorio, esto es, contrarios a la homogeneización de la acción protectora del Sistema al producir vacíos de cobertura a los trabajadores por cuenta propia.

Pero la inconsistencia jurídica de la práctica administrativa seguida en base a la OM de 24 de septiembre de 1970, que da lugar a la desprotección de que venimos hablando, no está sola ni principalmente en las razones aludidas, con ser éstas importantes. Todas esas razones se vertebran a partir del mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de dar cobertura a las situaciones de necesidad de todos los ciudadanos (art. 41 CE). Ciertamente, la legislación ordinaria es la que articula el derecho individual alegable ante los Tribunales (art. 53.3 CE), pero eso no quiere decir que se pueda desconocer el carácter normativo de los principios rectores de la política social y económica que, como toda Constitución, «lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica» (19), aunque el valor normativo «necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52» (20). Todo esto quiere decir que el principio de cobertura de las situaciones de necesidad para todos los ciudadanos a través del Sistema de Seguridad Social, no establece precisas consecuencias jurídicas a concretos supuestos de hecho, pero indica la dirección a seguir (21), por «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3 CE). Siendo así, en este caso, tanto la repetidamente aludida OM de 24 de septiembre de 1970, como la actuación administrativa a que estaba dando lugar, marchaban en dirección claramente contraria a la del principio contenido en el art. 41 CE, principio que ha sido, por el contrario, el criterio hermenéutico aplicado por el TS, como estaba obligado, en su análisis del caso.

Baste añadir que la doctrina sentada en esta sentencia ha sido asumida por el TS en la S de 22 de noviembre de 1991, Ar. 8260 (22), también en unificación de doctrina, que resuelve un caso idéntico y donde se reproducen los argumentos centrales de la sentencia comentada.

(19) STC 16/1982, de 28 de abril.

(20) STC 80/1982, de 20 de diciembre.

(21) LARENZ, K. *Derecho justo*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 33-34.

## ANEXO I

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1991, Ar. 7257.

Ponente: Excmo. Sr. D. ANTONIO MARTÍN VALVERDE.

## Fundamentos de Derecho

PRIMERO.—Los recursos acumulados del INSS que reconocieron la prestación de invalidez provisional a trabajadores afiliados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos aportan certificación de dos sentencias que la entidad recurrente considera contradictorias con las impugnadas.

La alegada contradicción con la primera de estas sentencias no resulta evidente en una primera aproximación, ya que la petición expresa deducida en el litigio no es formulada de forma exactamente idéntica a las contenidas en las sentencias objeto de este recurso. La reclamación versa, en efecto, sobre el reconocimiento a un trabajador por cuenta propia, una vez agotado el plazo de la incapacidad laboral transitoria, de las prestaciones de invalidez permanente, y no de las que corresponden a la invalidez provisional. No obstante, un análisis más detenido del supuesto de hecho revela que la pretensión de la parte en el referido proceso era, al margen de la fórmula jurídica elegida en su solicitud, la asignación de una prestación social periódica sustitutiva de la renta de trabajo a partir del agotamiento de la situación de incapacidad laboral transitoria sin haberse recuperado del todo de sus dolencias o lesiones. La elección a la hora de la solicitud de prestaciones entre la invalidez permanente y la invalidez provisional es secundaria en un régimen especial que no reconoce expresamente esta última, pero que en la práctica administrativa exige el transcurso del periodo correspondiente a la misma para acceder a la prestaciones de la primera. Buena prueba de ello es la utilización de una y otra vía de reclamación por alguno de los litigantes que son parte recurrida en este recurso, según consta en los antecedentes de hecho.

Siendo ello así, cabe apreciar la sustancial igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones exigida por el art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral para que se reconozca contradicción entre la sentencia del Tribunal Superior de Galicia, que deniega el derecho a prestaciones en la situación de necesidad de invalidez o incapacidad subsiguiente a la incapacidad laboral transitoria, y las sentencias impugnadas del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que lo reconocen.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13-6-1990 resuelve un recurso de suplicación cuyo objeto es directamente, sin necesidad de depuración lógica del *petitum*, la concesión del subsidio de invalidez provisional a un trabajador autónomo afiliado al Régimen Especial correspondiente. Con fundamento en que las prestaciones de invalidez provisional no se encuentran recogidas en el cuadro de la acción protectora del Régimen de Trabajadores Autónomos, esta sentencia ha desestimado la petición deducida en el litigio de reconocimiento de una prestación sustitutiva de la renta de trabajo a partir del agotamiento de la situación de incapacidad laboral transitoria sin haberse recuperado del todo de sus dolencias o lesiones.

tal situación de necesidad. La contradicción es, pues, palmaria con la doctrina de las sentencias impugnadas.

Se cumple, por tanto, a la vista de las consideraciones anteriores, y por partida doble, la condición previa de viabilidad del recurso del INSS. Y corresponde, en consecuencia, pasar a la determinación de cuál es en buena hermenéutica la doctrina más ajustada a derecho en esta cuestión litigiosa, la que debe prevalecer, en fin, en la labor de unificación asignada a este recurso. Para ello es conveniente presentar, como primeras premisas del razonamiento, el esquema de distribución de competencias normativas en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, y la evolución legislativa de la protección de la invalidez en dicho Régimen Especial.

SEGUNDO.—El derecho a la seguridad social «de todos los ciudadanos» está reconocido en la Constitución Española en el art. 41, que se encuadra en el capítulo de los «principios rectores de la política social y económica» (capítulo III del Título I). Se expresa este derecho en términos muy generales, en sus dos vertientes de deber de los poderes públicos y de garantía de obtener «asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad». De conformidad con el mandato del art. 53.3 del texto constitucional, y como se ha declarado reiteradamente en la jurisprudencia, es éste un derecho de configuración legal, cuya alegación ante los tribunales sólo podrá hacerse «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

En lo que respecta al Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos (RETA), la remisión a la ley conduce en la actual situación del ordenamiento a un nuevo reenvío a normas reglamentarias. El art. 10.3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) no incluye a este régimen entre los que deben ser regulados por ley. Y, a renglón seguido, el art. 10.4 de la propia Ley remite a la potestad reglamentaria del Gobierno la determinación del «campo de aplicación» de los regímenes especiales y de las «distintas materias relativas a los mismos». Este mandato se hace con dos indicaciones que enmarcan el ejercicio por parte del Gobierno de su potestad normativa: el atenuamiento a las disposiciones del Título I de la LGSS, y la orientación o tendencia a la «máxima homogeneidad con el Régimen General».

En fin, el art. 10.4 LGSS se encarga de precisar los criterios a utilizar en la regulación reglamentaria para el cumplimiento de dicha norma programática de regulación homogénea con el Régimen General, que son las «disponibilidades financieras del sistema» y las «características de los distintos grupos afectados». Dichas características deben referirse a los tres aspectos básicos de un régimen especial de Seguridad Social: la capacidad contributiva del colectivo, sus necesidades de cobertura o protección social, y las exigencias de la gestión y control de la acción protectora.

La evolución de la regulación reglamentaria del Régimen de trabajadores autónomos, desde su aparición hasta 1990 en que se han dictado las sentencias recurridas y las que se aportan como contradictorias en el recurso del INSS, está marcada a partir de 1984 por la equiparación total en el esfuerzo contributivo con

figuran desempleo y accidentes de trabajo), los tipos de cotización son los mismos, la base máxima de cotización es idéntica, y la mínima es ligeramente superior para los trabajadores por cuenta propia. Cambia lógicamente la imputación de la cuota, que en el Régimen General se distribuye entre empleador y trabajador, y en el Régimen de Autónomos se carga íntegramente al asegurado.

Otro rasgo digno de ser reseñado de la evolución normativa en estos últimos años es el destino de la aportación financiera del Estado a la Seguridad Social, a la prestación de asistencia sanitaria y a los complementos de pensiones mínimas, que supone la exclusión de la participación del Estado con cargo a presupuestos y la financiación de las llamadas prestaciones contributivas, entre las que figuran las derivadas de las contingencias de invalidez en sus distintas modalidades.

En cuanto a la acción protectora, la homogeneidad con el Régimen General se proclamó en el preámbulo del propio Decreto que estableció la equiparación y la cotización por contingencias comunes, manifestándose de manera expresa en su parte dispositiva en la extensión de la prestación de incapacidad laboral transitoria, sin mandato expreso alguno sobre las prestaciones en situación de invalidez.

Ultimamente, después de dictadas las sentencias objeto de este recurso, la disposición adicional 13.1 del decreto 9/191, de 11-1, para la cotización a la Seguridad Social, ha procedido a una nueva equiparación expresa, referida esta vez a la prestación de invalidez permanente total, en cuya regulación se ha hecho desaparecer el requisito de edad mínima de cuarenta y cinco años, exigido hasta ahora con exclusividad a los trabajadores por cuenta propia. En cambio, las normas reglamentarias en la materia no han considerado oportuno incluir en el cuadro de prestaciones de los trabajadores autónomos a la invalidez provisional, criterio que se ha expresado en el preámbulo del citado Decreto 9/1991 para la cotización a la Seguridad Social en el año en curso, traduciéndose en su parte dispositiva en una minorización de la cotización total por contingencias comunes del 0,49% (art. 9.5).

TERCERO.—En la práctica administrativa de este régimen especial la exclusión de la invalidez provisional ha dado lugar a un considerable defecto de protección, que deriva no sólo de la propia falta de cobertura de dicha contingencia, sino también de la función carencial que, según el art. 132 LGSS (previsto para el Régimen General, y aplicado por extensión a los autónomos en la práctica administrativa), el periodo correspondiente a la misma desempeña en el reconocimiento de la invalidez permanente. En su balance de conjunto de sus complejas reglas, dicho precepto legal exige para que haya lugar a la «consideración de invalidez permanente en el grado que se califique» o bien el transcurso del periodo de cuatro años de duración máxima de la invalidez provisional, o bien la alta médica por curación, o bien la previsión de que la invalidez va a tener carácter definitivo.

El defecto o vacío de protección que resulta de la normativa expuesta está localizado en la enfermedad o el accidente con previsiones de recuperación de la incapacidad para el trabajo, pero que continúen requiriendo asistencia sanitaria después de un cierto tiempo (a partir del agotamiento del periodo de incapacidad

laboral transitoria), y hasta tanto el enfermo o accidentado alcance la curación y obtenga la correspondiente alta médica. Como ha quedado reflejado en los antecedentes de hecho, estas situaciones de larga enfermedad o de accidente de larga recuperación son las que se han planteado en los litigios sometidos ahora a la consideración de la Sala.

CUARTO.—Para el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el defecto o vacío de protección derivado de la no inclusión en virtud de norma reglamentaria de la invalidez provisional en la acción protectora del Régimen de Trabajadores Autónomos debe ser corregido por vía jurisdiccional, mediante la extensión a este colectivo de asegurados de las prestaciones correspondientes a tal contingencia. Esta interpretación correctiva se justifica en las sentencias impugnadas por la concurrencia de dos razones. Una de ellas es la discriminación que supone la ya señalada equiparación de esfuerzo contributivo de este grupo de asegurados con los del Régimen General, que no se traduce en igualdad de trato a la hora de las prestaciones. La otra se refiere a la naturaleza de la contingencia de invalidez provisional, que no es más que una especie del género «incapacidad temporal», al que también pertenece la contingencia de incapacidad laboral transitoria, de suerte que carecería de sentido la protección de esta última y la desprotección de la primera. La anterior fundamentación de las resoluciones recurridas se procura reforzar con una razón adicional, extraída de la facultad excepcional atribuida al juez por la disposición transitoria séptima de la LGSS para resolver situaciones de derecho intertemporal.

Este planteamiento es combatido en el recurso del INSS con tres argumentos. El primero aduce la infracción de los arts. 27 del Decreto 2530/1970, de 20-8, de regulación del RETA y 73 de la Orden de 24-9-1970, de desarrollo del anterior, el citado precepto del Decreto no menciona la invalidez provisional en el cuadro de protección del Régimen de Autónomos, y el de la Orden establece, además, el paso voluntario a situación asimilada al alta tras el agotamiento del periodo de incapacidad laboral transitoria. Un segundo argumento del recurso consiste en negar la igualdad de cotización entre el RETA y el Régimen General, «pues el autónomo puede elegir la base de cotización, cosa que no ocurre con los trabajadores de Régimen General». En fin, con apoyo en pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre que «la identidad en el nivel de protección imperativo jurídico» (S. de 23-2-1988), la entidad recurrente alega la justificación de la desigualdad de trato que está en el origen de este recurso, pues «existen notables diferencias entre un trabajador autónomo, que es empresario al mismo tiempo, y uno por cuenta ajena».

QUINTO.—El núcleo central de la tesis del Tribunal Superior de Justicia de Murcia —la cobertura del defecto de prestación en la situación de invalidez o incapacidad que perdura tras el periodo de la incapacidad laboral transitoria— debe ser mantenido, si bien algunas de las posiciones de la entidad recurrente merecen favorable acogida, con lo que el recurso del INSS debe ser estimado al sentar la doctrina unificada sobre la cuestión controvertida.

El argumento del recurso de la desigual cotización en el Régimen de Autónomos como consecuencia de la libertad de elección del trabajador autónomo del tramo de cotización

que tal elección, aparte de estar enmarcada, como ya se ha dicho, entre máxima y mínima, determina al mismo tiempo la cuantía de las prestaciones; la elección de una base próxima o coincidente con la mínima debe conducir, por lo tanto, a la privación de protección, sino a la modulación de la misma en relación a la base elegida.

El alegato como justificación de la diferencia de trato con los asegurados del Régimen General de la condición de empresario del trabajador autónomo requiere algunas precisiones. En primer lugar, no siempre el trabajador autónomo es un empresario o empleador en el sentido laboral del término, que desplazar sobre otras personas el trabajo que no puede hacer por su cuenta de incapacidad temporal; con mayor precisión podría decirse que el trabajador autónomo protegido en el RETA se distingue del incluido en el Régimen General no por la cualidad empresarial como por la de trabajador por cuenta propia. En segundo lugar, la posición en el sistema productivo —como empresario, trabajador por cuenta propia o trabajador por cuenta ajena— no es el factor determinante ante efectos de protección social, donde lo que debe contar de forma decisiva es la apreciación típica de las situaciones de necesidad. Desde esta perspectiva, no parece lógico tampoco privar por completo de protección a los trabajadores por cuenta propia en el largo periodo que puede transcurrir entre el momento de la incapacidad laboral transitoria y el alta médica por curación. Finalmente, no se aprecia razón para interrumpir la protección de lo que las situaciones impugnadas llaman incapacidad temporal (apelando a un concepto de incapacidad histórica, que sigue siendo utilizado en las cuentas de la Seguridad Social) una vez transcurridos los primeros dieciocho meses de la misma; las situaciones de protección social que han obligado a cubrir la incapacidad laboral transitoria de los trabajadores autónomos no desaparecen sino que se refuerzan al agotamiento de ésta su primera fase.

El alegato de la infracción de los preceptos citados del Decreto y de la orden de aplicación del RETA requiere un desglose que permita analizar por separado sus elementos. El Decreto 2530/1970 (y los sucesivos que han mantenido la vigencia de la invalidez provisional del cuadro de la acción protectora de este Régimen Especial) supone, desde luego, el ejercicio de la potestad reglamentaria que emite el art. 10.4 LGSS. No ocurre igual con la Orden de 24-9-1970, dictada en desarrollo de aquél. Sólo un incumplimiento claro y manifiesto de las obligaciones programáticas del legislador permitiría el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria del Gobierno en una materia expresamente deslegalizada por la Ley de la protección social del RETA. En cambio, dicho control debe ejercerse en presencia de restricciones en relación con preceptos de aplicación que proceden de autoridades administrativas que son miembros del Gobierno, pero que, legalmente considerados, no lo encarnan.

SEXTO.—Sobre la base del planteamiento anterior es preciso decir que la elección por parte del Gobierno de la invalidez provisional de la acción protectora del RETA no incurre en incumplimiento claro y manifiesto de las obligaciones programáticas del art. 10.4 LGSS, mientras que si lo hace la práctica administrativa establecida con base en la Orden de aplicación de este Régimen

Especial. En efecto, aunque las disponibilidades financieras del sistema en su conjunto, y del Régimen de Autónomos en particular, vienen señalando una tendencia favorable en estos últimos años, y aunque las necesidades sociales del colectivo protegido al término de la incapacidad laboral transitoria sean similares a las de los trabajadores del Régimen General; aun siendo ciertas como lo son estas afirmaciones, decimos, pueden existir razones de gestión y control de prestaciones que justifiquen la decisión del Gobierno de dotar a los autónomos de una acción protectora de configuración distinta a la del Régimen General. Ahora bien, esta norma reglamentaria es correcta a condición de que sea evitado un defecto de cobertura que contraría el criterio constitucional de protección de situaciones de necesidad para todos los ciudadanos, defecto que sí se aprecia en la práctica administrativa seguida de no pasar sin solución de continuidad a la protección de invalidez permanente, una vez agotado el tiempo de incapacidad laboral transitoria.

SEPTIMO.—En suma, la distinción entre disposiciones establecidas por Decreto y por Orden Ministerial en el Régimen de Autónomos permite integrar por vía interpretativa, son contrariar las formulaciones del titular de la potestad reglamentaria, el defecto de protección que señalábamos más arriba. La laguna legal producida en la regulación del RETA puede cubrirse sin necesidad de incluir la invalidez provisional, ordenando el paso de la ILT no (como dice la Orden de 24-9-1970) a la situación de baja en el Régimen Especial (o en su caso, a la de alta voluntaria), sino al grado de la invalidez permanente que corresponda según el estado del enfermo.

Esta posibilidad de asignación de la protección de invalidez permanente a los autónomos en situación de larga enfermedad, sin que sea necesario el paso previo por la situación de invalidez provisional se aparta ciertamente de la regulación prevista para el Régimen General en el art. 132 LGSS. Pero este apartamiento está justificado por la privación de esta última prestación decidida por el Gobierno, y no supone en ningún caso infracción legal, habida cuenta que el art. 132 LGSS se sitúa en el Título II LGSS, dedicado específicamente a la regulación del Régimen General, y tiene un valor meramente supletorio para los regímenes especiales. Por otra parte, el apartamiento en el caso de la regulación del art. 132 LGSS es lógico no sólo por su falta de adaptación al cuándo de acción protectora del Régimen de Autónomos, sino también por la propia función del régimen jurídico de la invalidez provisional, que despliega su efecto principal en el ámbito de la relación individual de trabajo, como situación en la que el trabajador asalariado sigue conservando su derecho a la reserva de plaza. Salta a la vista que esta consecuencia jurídica tampoco tiene sentido para el colectivo incluido en el RETA.

OCTAVO.—De acuerdo con el art. 225.2 de la Ley de Procedimiento Laboral corresponde casar y anular la sentencia impugnada y declarar como doctrina unificada para la cuestión litigiosa el deber de la entidad gestora de declarar inválido permanente en el grado que corresponda al trabajador autónomo que agota sin alta médica la incapacidad laboral transitoria, con la concesión de las prestaciones previstas para tal situación.

## ANEXO II

**Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1991, Ar. 8260**

**Ponente: Excmo. Sr. D. ARTURO FERNÁNDEZ LÓPEZ**

**Fundamentos de Derecho**

**PRIMERO.**—La cuestión controvertida estriba en determinar si la actora, incluida en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos (RETA) tiene derecho o no a la protección de la contingencia por invalidez provisional, una vez agotado el plazo máximo de duración de dieciocho meses de incapacidad laboral transitoria sin haber sido dada de alta por curación.

La Sentencia hoy recurrida, dictada en vía de suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia con fecha 26-11-1990, llegó a una conclusión afirmativa, y en consecuencia revocó la de instancia que había entendido lo contrario y estimando la demanda condenó al Instituto Nacional de la Seguridad Social a que reconozca y abone a la demandante el subsidio propio de la invalidez provisional.

**SEGUNDO.**—Dicha Entidad Gestora invoca en el presente recurso como contradictorias las Sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid y de Galicia con fechas 13-6-1990 y 18-7-1990.

Del examen de dichas resoluciones se desprende que, en efecto, ante supuestos fácticos y jurídicos sustancialmente iguales, llegan a conclusiones distintas en el sentido de considerar que los trabajadores afiliados al RETA no ostentan derecho al subsidio por invalidez provisional.

**TERCERO.**—Acreditada la contradicción en los términos exigidos por los arts. 216 y 221 de la Ley de Procedimiento Laboral, debe examinarse la infracción legal denunciada por la recurrente de los arts. 27 del decreto de 20-8-1970 y 56 de la Orden complementaria de 24 septiembre del mismo año, textos reguladores del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, así como la aplicación indebida del Real Decreto de 4-1-1984 y del art. 14 de la Constitución.

El problema se plantea porque los preceptos antes citados del Decreto y Orden de 1970 no contemplan la prestación económica por Invalidez Provisional dentro del ámbito de su acción protectora y aun cuando el Real Decreto de 4-1-1984 extendió a este Régimen Especial la protección por Incapacidad Laboral transitoria, no reconoce la situación de invalidez provisional.

La solución a este problema ya ha sido objeto de decisión por reciente sentencia de esta Sala dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina de 20-5-1991, con motivo de la impugnación de otras resoluciones pronunciadas por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el mismo sentido que la hoy impugnada.

Dicha sentencia, después de efectuar unos razonamientos previos sobre el

esquema de distribución de competencias normativas en este Régimen Especial y sobre la evolución legislativa de la protección de la invalidez en dicho Régimen, examina en profundidad los preceptos antes citados en relación con otros de la Ley General de la Seguridad Social (arts. 10, 132, etc.) y con el Real Decreto de 23-2-1990, sobre cotización a la Seguridad Social, para llegar a la conclusión de que no parece lógico privar por completo de protección a los trabajadores por cuenta propia en el largo periodo que puede transcurrir entre el agotamiento de la incapacidad laboral transitoria y el alta médica por curación. Ciertamente, no se aprecia razón para interrumpir la protección de lo que la sentencia impugnada llama incapacidad temporal (apelando a un concepto de tradición histórica, que sigue siendo utilizado en las cuentas de la Seguridad Social) una vez transcurridos los primeros dieciocho meses de la misma, las razones de protección social que han obligado a cubrir la incapacidad laboral transitoria de los trabajadores autónomos no desaparecen sino que se refuerzan tras el agotamiento de esta su primera fase.

El alegato de la infracción de los preceptos citados del Decreto y de la Orden de regulación del RETA requiere un desglose que permita analizar por separado sus dos elementos. El Decreto 2530/1970 (y los sucesivos que han mantenido la exclusión de la invalidez provisional del cuadro de la acción protectora de este Régimen Especial) supone, desde luego, el ejercicio de la potestad reglamentaria a que remite el art. 10.4 de la Ley General de Seguridad Social. No ocurre igual con la Orden de 24-9-1970 dictada para el desarrollo de aquél. Sólo un incumplimiento claro y manifiesto en las indicaciones programáticas del legislador permitirá el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria del Gobierno en una materia expresamente deslegalizada como es la protección social del RETA. En cambio, dicho control debe ejercerse con menores restricciones en relación con preceptos de aplicación que proceden de autoridades administrativas que son miembros del Gobierno, pero que, individualmente considerados, no lo encarnan.

Sobre la base del planteamiento anterior es preciso decir que la exclusión por parte del Gobierno de la invalidez provisional de la acción protectora del RETA no incurre en incumplimiento claro y manifiesto de las indicaciones programáticas del art. 10.4 de la Ley General de la Seguridad Social, mientras que sí lo hace la práctica administrativa establecida con base en la Orden de aplicación de este Régimen Especial. En efecto, aunque las disponibilidades financieras del sistema en su conjunto, y del Régimen de Autónomos en particular, vienen señalando una tendencia favorable en estos últimos años, y aunque las necesidades sociales del colectivo protegido al término de la incapacidad laboral transitoria sean similares a las de los trabajadores del Régimen General, aun siendo ciertas como lo son estas afirmaciones, decimos, pueden existir razones de gestión y control de prestaciones que justifiquen la decisión del Gobierno de dotar a los autónomos de una acción protectora de configuración distinta a la del Régimen General. Ahora bien, esta norma reglamentaria es correcta a condición de que sea evitado un defecto de cobertura que contraría el criterio constitucional de protección de situaciones de necesidad para todos los ciudadanos, defecto que sí se aprecia en la práctica administrativa seguida de no reconocimiento de la

protección de invalidez permanente, una vez agotado el tiempo de incapacidad laboral transitoria.

En suma, la distinción entre disposiciones establecidas por Decreto y por Orden Ministerial en el Régimen de Autónomos permite integrar por vía interpretativa, sin contrariar las formulaciones del titular de la potestad reglamentaria, el defecto de protección que señalábamos más arriba. La laguna legal producida en la regulación del RETA puede cubrirse sin necesidad de incluir la invalidez provisional, ordenando el paso de la Incapacidad Laboral Transitoria no (como dice la Orden de 24-9-1970) a la situación de baja en el Régimen Especial (o en su caso, a la de alta voluntaria), sino al grado de la invalidez permanente que corresponda según el estado del enfermo.

Esta posibilidad de asignación de la protección de invalidez permanente a los autónomos en situación de larga enfermedad sin que sea necesario el paso previo por la situación de invalidez provisional se aparta ciertamente de la regulación prevista para el Régimen General en el art. 132 de la Ley General de la Seguridad Social. Pero este apartamiento está justificado por la privación de esta última prestación decidida por el Gobierno, y no supone en ningún caso infracción legal, habida cuenta que el art. 132 de la Ley General de la Seguridad Social se sitúa en el Título II de dicha Ley, dedicado específicamente a la regulación del Régimen General, y tiene un valor meramente supletorio para los regímenes especiales. Por otra parte, el apartamiento en el caso de la regulación del art. 132 de la Ley General de la Seguridad Social es lógico no sólo por su falta de adaptación al cuándo de acción protectora del Régimen de Autónomos, sino también por la propia función del régimen jurídico de la invalidez provisional, que despliega su efecto principal en el ámbito de la relación individual de trabajo, como situación en la que el trabajador asalariado sigue conservando su derecho a la reserva de plaza. Salta a la vista que esta consecuencia jurídica tampoco tiene sentido para el colectivo incluido en el RETA.

CUARTO.—En consecuencia de lo expuesto y de acuerdo con el art. 225.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, corresponde casar y anular la sentencia impugnada y declarar como doctrina unificada para la cuestión litigiosa el deber de la entidad gestora de declarar inválido permanente en el grado que corresponda al trabajador autónomo que agota sin alta médica la incapacidad laboral transitoria con la concesión de las prestaciones previstas para tal situación.

3.

---

## RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA