



Roj: **STS 5235/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5235**

Id Cendoj: **28079140012023100958**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/11/2023**

Nº de Recurso: **3804/2020**

Nº de Resolución: **992/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Social, Comunidad Valenciana, 14-7-2020 (rec 2979/2019), STS 5235/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 992/2023**

Fecha de sentencia: 22/11/2023

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 3804/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/11/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

Transcrito por: AOL

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3804/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 992/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.<sup>a</sup> Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance



En Madrid, a 22 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Vicente , representado y defendido por la Letrada Sra. Suárez Aguilar-Tablada, contra la sentencia nº 2731/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 14 de julio, en el recurso de suplicación nº 2979/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 45/2019 de 8 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante, en los autos nº 787/2017, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre incapacidad permanente.

Ha comparecido en concepto de recurrido , representado y defendido por el Letrado Sr.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de febrero de 2019, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimo la demanda presentada por D. Vicente frente a INSS y TGSS, declarando que está afecto a una Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual y fundamental de actor especialista en espectáculos a caballo, teniendo derecho a una pensión del 55% de la base reguladora que es de 917,27 euros mensuales, con fecha de efectos al día siguiente de su baja en el RETA, sin perjuicio de los descuentos, revalorizaciones, incrementos, mejoras y descuentos que procedan".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado de lo Social, con la revisión aceptada por la sentencia de suplicación respecto de los HP 1 y 3. El resultado de ello es el siguiente:

1º.- Don Vicente , nacido el NUM000 de 1967, con NIF no. NUM001 y no de afiliación a la Seguridad Social NUM002 , de alta en el Régimen Especial de Autónomos desde el 1 de marzo de 1997 y el 17 de agosto de 2015 sufrió un accidente -tráfico motocicleta con diagnóstico de pierna catastrófica, sufriendo varias intervenciones quirúrgicas con revascularización mediante by-pass de safena de arteria poplítea a arteria tibial posterior retroameleolar, resección de vena safena interna en todo su trayecto a zona apta para anastomosis y camplaje, reconstrucción quirúrgica mediante colgajo musculocutáneo del dorsal ancho derecho, con repermeabilización del mismo a costa de colaterales de tibial posterior y peronea, y diversas y sucesivas intervenciones el 31 de agosto, 1, 2, 4 y 8 de septiembre, 22 de octubre, 18 de noviembre de 2015, 18 de febrero, 25 de abril, 10 de noviembre de 2016, 31 de julio de 2017 y 25 de enero de 2018 (Informe de vida laboral del expediente administrativo, documento 6 acompañado a la demanda- declaración censal de alta en la agencia tributaria en 2011 y documentos 8 y 9 acompañados a la demanda y Documento 16 de la parte actora- informe médico forense).

2º.- El actor causó baja médica por accidente no laboral el día 17/8/15, y en expediente de incapacidad el EVI emitió propuesta el 11 de julio de 2017 de incapacidad permanente en grado parcial el demandante, denegando la incapacidad el INSS en resolución de 21 de julio de 2017 por no estar la prestación de IP Parcial derivada de contingencia común dentro de la acción protectora del RETA, determinando el fin de prolongación de efectos de la incapacidad temporal en la misma fecha. Notificada, presentó el SR. Vicente reclamación previa el 6 de septiembre de 2017, siendo desestimada. en resolución de 26 de septiembre de 2017. (Documentos 1 a 82 del expediente administrativo).

3º.- El demandante, de alta en el RETA, constituyó sociedad limitada el 11 de noviembre de 2004, denominada Legend Especialistas S.L. cuyo objeto social es la creación y organización de espectáculos destinados a su interpretación en salas de teatro, casinos, salas de fiestas, ferias, parques u otros locales o espacios abiertos o cerrados, rodajes de películas y anuncios publicitarios, alquiler de caballos, clases de equitación y prestación de pupilaje para caballos, formación de especialistas para películas de acción, siendo él el administrador único; habiéndose dedicado a participar en los .espectáculos a caballo, organizarlos y formar a especialistas hasta el accidente no laboral citado en el número primero. La empresa del actor tiene a fecha de 23/05/2018 22 trabajadores en alta. El actor posee el 85% de las participaciones sociales de su empresa. (Documentos 6 a 8 acompañados a la demanda).

4º.- Tras el fin de prolongación de efectos de la incapacidad temporal, el 21 de junio de 2017, ha venido realizando tareas de gerente de la Sociedad Limitada de la que es administrador único, causando nueva baja médica el 1 de agosto de 2017 por enfermedad común ajena a las lesiones descritas con anterioridad, iniciándose nuevo expediente de incapacidad que terminó por resolución el 14 de junio de 2018 denegando la incapacidad permanente por no estar mermada su capacidad laboral, teniendo en cuenta la profesión de gerente; dicha resolución no fue recurrida.



5º.- Reincorporado a sus tareas de gerente de la empresa Legend Especilistas S.L. acudió a Fitur a finales de enero del presente año, con un stand de la empresa, sufriendo úlceras en región plantar de pie derecho reconstruido, acudiendo el 29 de enero de 2019 a consulta en el servicio público de salud, emitiendo el médico de cabecera Incapacidad temporal hasta la resolución de las úlceras desde el 23 de enero de 2019. (Documentos 21 a 23 de la parte actora). Como Administrador, su salario base asciende a 1665,22 euros mensuales (Documento 19 de la actora).

6º.- Las tareas fundamentales de la profesión de actor. especialista en espectáculos a caballo -participando en el espectáculo- son equiparables a la de acróbata, CNO-11 2939 y conllevan requerimientos de columna y pie intensos y muy intensos y como instructor o formador de especialistas para ese tipo de espectáculos son equiparables a instructores de equitación (CN=- 3723) en el que los requerimientos de carga física y biomecánica de columna y pie así como bipedestación dinámica son intensos. Los requerimientos de la profesión de gerente de empresas de actividades recreativas y deportivas -CNO-II 1501- son leves de carga física, manejo de cargas, carga biomecánica de columna y miembros inferiores, bipedestación, siendo intensos en sedestación (Guía de valoración profesional publicada por el INSS- iura novit curia).

7º.- El actor sufrió reiteradas intervenciones quirúrgicas para evitar amputación de pie derecho tardó en estabilizar 1001 días impeditivos para su profesión habitual, con 780 días de estancia hospitalaria y quedándole como secuelas una limitación de la movilidad del tobillo, de la movilidad del pie, dedos rígidos, artrosis postraumática, perjuicio estético importante por deformidad en zona de talón y planta del pie, incapacitándole totalmente para la realización de las tareas de su ocupación habitual, al impedirle actividades de elevada exigencia física que requieran fuerza y destreza en pie derecho, así como para todas las actividades que exijan esfuerzo en el aporte vascular al miembro inferior derecho, impidiéndole correr, saltar, mantener prolongadas bipedestación y deambulaciones así como prácticas deportivas o recreativas que precisen integridad de ambos miembros inferiores por el déficit vascular, debido a que el aporte sanguíneo escaso que recibe el miembro inferior le impide cualquier tipo de esfuerzo mínimo, existiendo además riesgo para actividades que impliquen cualquier tipo de lesión en el pie, siendo incompatible la bipedestación y deambulación prolongada, sin posibilidad de recuperación. (Informe de síntesis y pericial del Doctor Cornelio , ratificada en juicio así como informe forense documento 16 de la parte actora).

8º.- La Base Reguladora de fa Incapacidad Permanente por accidente no laborales de 917,27 euros mensuales. (Expediente administrativo, página 10).

9º.- Se ha agotado la vía administrativa".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia con fecha 14 de julio de 2020, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante, de fecha 8 de febrero de 2019; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, y desestimando la sentencia instada por Vicente , absolvemos a la entidad gestora recurrente de las pretensiones frente a la misma formuladas. Sin costas."

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Suárez Aguilar-Tablada, en representación de D. Vicente , mediante escrito de 5 de octubre de 2020, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de diciembre de 2018 (rec. 389/2018), por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2005 (rec. 1678/2004) y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas) de 29 de julio de 2011 (rec. 1057/2009). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 97.2 LRJS. TERCERO.- Se alega la infracción del art. 194.2 LGSS, art. 36.2 ET. TERCERO.- Se alega la infracción art. 198.1 LGSS.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el motivo tercero del recurso y desestimación del resto de los motivos del recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.**



En el ámbito de un procedimiento sobre determinación del grado de incapacidad permanente la discusión versa tanto sobre la fijación de los hechos probados cuanto acerca de cuál debe ser la profesión considerada como habitual.

### **1. Datos principales.**

Habida cuenta de la modificación de hechos probados que lleva a cabo la sentencia de suplicación, los parámetros principales del caso resultan de lo siguiente:

El actor ejercía su actividad apareciendo como titular de un 85% de las participaciones sociales de la entidad por cuya cuenta prestan sus servicios veintidós personas. Se discute si es especialista en espectáculos ecuestres o gerente de empresa.

### **2. Sentencias dictadas en el procedimiento.**

A) Mediante su sentencia 45/2019 de 8 de febrero el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante estima la demanda y declara al actor afecto de una incapacidad permanente total (IPT) para su profesión habitual de actor especialista en espectáculos a caballo.

Considera que la mencionada profesión es la que debe tomarse como habitual porque es la que venía desarrollando el trabajador al causar baja médica por accidente no laboral. Da por acreditado que a lo largo de su vida laboral "la profesión que más tiempo ha ejercido es la de actor especialista, participando a caballo y formando especialistas....".

B) A través de su sentencia 2731/2020 de 14 julio la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS, revoca la de instancia y desestima la demanda.

La Sala acoge las modificaciones fácticas propuestas: suprimir que la profesión era actor especialista en espectáculos a caballo; incluir que la empresa del actor tiene a fecha 23-5-2018 veintidós trabajadores en alta; exponer que el actor posee el 85% de las participaciones sociales de su empresa.

También accede al motivo de censura jurídica y considera que la profesión es la de gerente y administrador único de su empresa. Consecuentemente, atendiendo a las limitaciones orgánicas y funcionales del trabajador, y los requerimientos físicos y psíquicos de su profesión habitual concluye que no se daban las condiciones exigidas para ser acreedor de una IPT para su profesión habitual. Considera que el artículo 36.2 del Decreto 2530/1970, regulador del RETA determina que ha de estarse a la profesión que desarrollaba el actor de forma inmediata y anterior a producirse la incapacidad permanente protegida.

Ello, con independencia de que, antes del accidente o eventualmente después, realizara personalmente la actividad a la que se dedica la empresa, lo que viene avalado por el hecho de que, tras el accidente le resultara muy penoso e incluso inviable, la realización de aquellas tareas, habiendo sido, incluso, propuesto de incapacidad permanente parcial, que fue denegada por no hallarse comprendida en el RETA, no habiendo sido impugnada la resolución.

### **3. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.**

A) Con fecha 5 de octubre de 2020 la Abogada y representante del trabajador suscribe el recurso de casación unificadora que ahora resolveos, articulado en tres motivos.

En el motivo primero alega infracción de los preceptos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) en relación con la posibilidad de valoración global de la prueba en el recurso de suplicación.

El motivo segundo versa sobre la determinación de profesión habitual, si la que desarrollaba el beneficiario en el momento del accidente no laboral del que trae causa la supuesta incapacidad permanente, o si la que desarrollaba al tiempo de la emisión del dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI).

Finalmente, afronta la consideración de la compatibilidad, para el caso de incapacidad permanente total, entre una pensión vitalicia de incapacidad y el salario que pueda recibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan.

B) La Letrada de la Administración de la Seguridad Social ha impugnado los tres motivos del recurso, Mediante su escrito, datado el 16 de febrero de 2022, cuestiona la concurrencia de la preceptiva contradicción entre las sentencias comparadas.

Recuerda la imposibilidad de revisar los hechos probados a través de la casación (motivo 1º). Asimismo, destaca la necesidad de que los hechos probados en las sentencias comparadas sean sustancialmente iguales (motivos 2º y 3º). Por esas razones entiende que el recurso debe fracasar.



C) Mediante su Informe de 3 de marzo de 2022 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta cumplimiento al trámite contemplado en el art. 226.3 LRJS. Propone la estimación del del segundo de los motivos.

#### **4. Referencia al presupuesto procesal de la contradicción.**

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

#### **SEGUNDO.- Sobre la valoración de la prueba (Motivo 1º del recurso).**

El primero de los motivos se basa en la infracción procesal de lo dispuesto en el art 97.2 LRJS sobre la sentencia ("apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión") y de la doctrina jurisprudencial sobre el carácter extraordinario del recurso de suplicación en cuanto a la valoración global de la prueba.

##### **1. Sentencia referencial.**

Invoca el primero motivo de recurso, a efectos comparativos, la STSJ Navarra de 26 de diciembre de 2018 (rec. 389/2018).

Se trata de un procedimiento por reclamación de IPT de una empleada de hogar. La sentencia desestimó el recurso el INSS y confirmó la sentencia de instancia que declaró la IPT.

Tras recoger la jurisprudencia y doctrina que refiere en relación con las condiciones que han de darse para que pueda llevarse a cabo la revisión de los hechos probados en el seno de un recurso de suplicación, desestima las modificaciones instadas por el INSS. La primera de ellas por considerar que obra en los autos un certificado que recoge el hecho probado que se intenta modificar. La segunda, porque carece de relevancia dado que no existe impedimento para solicitar la incapacidad permanente desde la situación de alta. La tercera porque el hecho de que la actora padeciera una limitación concreta con anterioridad al alta carece de relevancia, dado que no desvirtúa la conclusión sobre la agravación del resto de padecimientos que sufre la actora.

##### **2. Consideraciones sobre el motivo.**

Las sentencias en contraste no guardan identidad en cuanto a la revisión de los hechos probados.

La recurrida acoge las modificaciones fácticas con fundamento en el contenido de sendos documentos obrantes en autos. Y la exclusión de la profesión habitual la excluye del relato porque es, precisamente, lo discutido en el juicio.

La sentencia de contraste desestima los motivos de revisión por entender que no existe error en la valoración en la prueba. Porque obra en los autos un certificado que recoge el hecho probado que se intenta modificar. O porque carece de relevancia.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la sentencia de contraste no contiene doctrina opuesta a la de la sentencia recurrida, pues en ambos casos las revisiones se fundamentan en documentos obrantes en las actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en la LRJS, sin que se haya producido, en ninguno de los casos, la alegada nueva valoración global de la prueba practicada por el juzgador de instancia que la parte alega en su escrito de interposición.

##### **3. Ausencia de contradicción.**

La contradicción doctrinal es inexistente en este primer motivo. Tal y como explica el Ministerio Fiscal, la sentencia recurrida explica que dos de las modificaciones fácticas tienen su apoyo en documental obrante en autos y la tercera (suprimir la profesión habitual) persigue evitar la predeterminación del fallo. Por el contrario,



la sentencia contrastada rechaza las modificaciones fácticas por su irrelevancia o porque no detecta error alguno en la crónica del Juzgado.

### **TERCERO.- Sobre la profesión habitual (Motivo 2º del recurso).**

El segundo motivo denuncia la infracción del art 194 LGSS ("A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente").

También menciona como infringido el art 36.2 del Decreto 2530/1970 regulador del régimen especial de trabajadores autónomos. Conforme al mismo

Los conceptos de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez, serán los que se determinan para el régimen general de la Seguridad Social.

No obstante, se entenderá por profesión habitual la actividad inmediata y anterior desempeñada por el interesado y por la que estaba en alta en este régimen al producirse la incapacidad permanente protegida por el mismo.

#### **1. Sentencia referencial.**

A los fines del artículo 219.1 LRJS el recurso señala la STS 8 junio 2005 (rcud. 1678/2004). Allí el actor sufrió un accidente de trabajo cuando prestaba servicios por cuenta ajena como peón especialista y se le reconoció una incapacidad permanente parcial.

Cuando desarrollaba, posteriormente, otra actividad por cuenta propia (camarero) causa baja por incapacidad temporal y también es declarado afecto de una incapacidad permanente parcial. El actor reclama una IPT derivada de contingencia profesional para su profesión de electricista o, subsidiariamente, de camarero.

La STS concluye que es profesión habitual la ejercida habitualmente en el momento en que comienza la patología determinante del grado de incapacidad, abstracción hecha de que, antes o después, haya realizado otra.

#### **2. Consideraciones sobre el motivo.**

Las sentencias comparadas son contradictorias en cuanto resuelven de manera distinta la misma cuestión jurídica.

En ambos casos se trata de aclarar la profesión habitual a tomar en consideración para declarar la incapacidad permanente total, bien la desarrollada al sobrevenir el accidente, o la desempeñada en la fecha de emisión del dictamen por el EVI, cuestión ésta a la que se ciñe exclusivamente el debate en este segundo motivo, por lo que son de apreciar las sustanciales identidades a las que se refiere el artículo.

#### **3. Contradicción concurrente.**

Coincidiendo con el Informe del Ministerio Fiscal, consideramos que las resoluciones enfrentadas son contradictorias. Se trata de determinar cuál es la profesión habitual que ha de tenerse en cuenta, a los efectos de la IPT: la desempeñada al tiempo del hecho causante inicial (accidente no laboral), o aquella cuyas funciones comienza a realizar cuando finalizó el periodo de prórroga de la incapacidad temporal. Las sentencias resuelven de forma dispar esa cuestión pues la impugnada tiene en cuenta la última, mientras que la referencial tiene en cuenta la primera.

### **CUARTO.- Compatibilidad de la IPT con salarios de profesión diversa a la habitual previa (Motivo 3º).**

El último motivo versa sobre la compatibilidad entre una pensión de IPT y el salario derivado de actividad diversa a la que originó aquélla. Aquí aparecen varios preceptos como infringidos por la sentencia recurrida.

El art 198.1 LGSS dispone que "en caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total". En términos similares, el artículo 82 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 de normas para la aplicación y desarrollo del régimen especial de la seguridad social e los trabajadores por cuenta propia o autónomos, dispone que "Las pensiones vitalicias otorgadas por este Régimen Especial a causa de la invalidez serán compatibles con el ejercicio de aquellas actividades y trabajos, sean o no lucrativos, compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión".

#### **1. Sentencia referencial.**



Este último motivo invoca la STSJ Canarias (Las Palmas) de 29 de julio de 2011 (rec. 1057/09), desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto por el INSS:

Allí el actor había sido declarado en IPT para su profesión de taxista (mayo 1995), por esquizofrenia paranoide. Desde 1993 tenía contratados a uno o dos trabajadores con la categoría profesional de conductor. El actor consta como titular de la licencia de taxi nº NUM003, y cedió escritura de 1-12-03 a otra persona la administración de la misma.

Posteriormente (2008) la Inspección de Trabajo levanta acta de infracción y le comunica su alta retroactiva en el RETA (con efectos de 1995). Por resolución del INSS (2008) se declaró la incompatibilidad entre la pensión establecida en sentencia y el alta en el RETA por los trabajos realizados, declarándose la obligación de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas.

La sentencia razona que la actividad de conductor de taxi, en la que fue declarado en IPT, es diferente de la actividad de administrador del mismo, aunque ambas conlleven el alta en el RETA, por lo que es compatible el desempeño de esta segunda actividad.

## **2. Consideraciones sobre la contradicción.**

Entre las sentencias comparadas no existe similitud alguna por cuanto en el caso de la sentencia de contraste se trata de un trabajador afiliado al RETA que tiene reconocida una IPT y a quien posteriormente la Inspección de Trabajo le da de alta en el RETA por desempeñar funciones de administración y en el que la pretensión ejercitada era la de declaración de compatibilidad entre la prestación de incapacidad y el desempeño de las tareas de administrador.

Por el contrario, en el caso de la sentencia recurrida, se trata de una pretensión de reconocimiento de IPT, en la que no se aborda, siquiera incidentalmente, la cuestión de la compatibilidad entre la percepción de una prestación (que tampoco se reconoce) y el desarrollo de otras tareas profesionales.

## **3. Ausencia de contradicción.**

Lo anterior impide que podamos examinar este tercer motivo. La unificación de doctrina únicamente puede pretenderse respecto de asuntos que resuelvan la misma controversia de forma contradictoria, y nunca con fundamento en razonamientos que se contengan en las sentencias en contraste en el seno de asuntos de diferente naturaleza.

## **QUINTO.- Alcance de la "profesión habitual".**

### **1. Planteamiento general de nuestra doctrina.**

Tradicionalmente nuestro sistema de determinación del grado de IP padecido por quienes acceden a la protección en el ámbito contributivo depende tanto de sus dolencias psicofísicas cuanto de la actividad que vinieran desarrollando. El concepto de "profesión habitual", como evidencian los preceptos ya reproducidos, se erige así en pieza básica de esa calificación.

Es lógico, por tanto, que en numerosas ocasiones hayamos debido unificar criterios sobre el particular. Entre otros, cabe ahora recordar los siguientes:

\* El ámbito de la profesión habitual que hay que considerar para establecer la valoración de la incapacidad en el proceso de revisión de grado no puede ser la segunda actividad a la que se accede tras el reconocimiento de la IPT, sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad. En este sentido, por ejemplo, SSTS 31 mayo 1996 (rcud. 2759/1995); 2 noviembre 2012 (rcud. 4074/2011) y 4 diciembre 2012 (rcud. 258/2012).

\* También en los supuestos de enfermedad profesional originada por amianto, la profesión que ha de servir de parámetro para la declaración de invalidez es aquella que se ejercía cuando se produjo el hecho determinante de la patología invalidante. En tal sentido, STS 18 enero 2007 (rcud. 2827/2005).

\* La delimitación de la profesión habitual no debe identificarse con el puesto de trabajo o la categoría profesional, sino con aquellos cometidos que el trabajador está cualificado para realizar y a los que la empresa le haya destinado o pueda destinarle haciendo uso de la movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional. Así lo especifica la STS 898/2016 de 26 octubre (rcud. 1267/2015).

\* Para determinar las limitaciones que en la capacidad de trabajo originan las secuelas que presenta el afectado, derivadas del accidente de trabajo, hay que tener en cuenta la totalidad de funciones de su profesión habitual y no únicamente las que desempeñaba en el momento de sufrir el accidente. Así lo indican las SSTS 227/2020 de 11 marzo (rcud. 3777/2017) y 748/2022 de 20 septiembre (rcud. 3861/2019).



Como queda expuesto, el motivo segundo del recurso, único que cumple con las exigencias del artículo 219.2 LRJS, exige que clarifiquemos si la profesión habitual a efecto de apreciar si concurre la IPT es la desarrollada al sobrevenir el accidente, o la desempeñada en la fecha de emisión del dictamen por el EVI.

## **2. Fijación cronológica al amparo de la LGSS/1074 y LGSS/1994.**

Procede ahora que reiteremos nuestra doctrina, lo que vamos a hacer de la mano de la sentencia referencial [8 junio 2005 (rcud. 1678/2004)] y de otras concordantes como las de 31 mayo 1996 (rcud. 2759/1995); 9 febrero 2000 (rcud. 1545/1999); 23 febrero 2000 (rcud. 3533/1999).

Cuestión abordada.- Se trata de aclarar la profesión habitual a tomar en consideración para declarar la incapacidad permanente total derivada de accidente, bien la desarrollada al sobrevenir esta contingencia o la desempeñada en la fecha de emisión del dictamen por el Equipo de Valoración de Incapacidades.

Alcance principal de la norma interpretada.- La coetánea LGSS disponía que se entenderá por profesión habitual, en el caso de accidente sea o no de trabajo la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo (art. 135.2 LGSS/1974; art. 137.2 LGSS/1994). De ese modo, la norma "está confiriendo a las labores que se desarrollan al ocurrir el accidente y con las que se obtiene el medio de vida fundamental, el carácter de profesión habitual, aunque con anterioridad o posterioridad al accidente, el trabajador accidentado haya desempeñado otro tipo de trabajos".

Interpretación lógica.- La interpretación de la norma que como infringida se denuncia es la que se deduce lógicamente de su literalidad, es decir, habrá que entender por profesión habitual la que el trabajador ejercía habitualmente en el momento en que comienza la patología determinante de este grado de incapacidad, abstracción hecha de que, antes o después, haya realizado otra el trabajador incapacitado.

Fijación de la profesión habitual.- La profesión habitual no es la desempeñada al tiempo de solicitarse la prestación sino la desempeñada cuando se sufren las lesiones que producen las reducciones anatómicas o funcionales graves de carácter definitivo y determinación objetiva susceptibles de mermar la capacidad laboral. Y la capacidad laboral a tener en cuenta, es por ello, la desarrollada de hecho y normalmente al tiempo del accidente.

Irrelevancia de los acontecimientos posteriores al accidente inicial.- El artículo 137 de la LGSS se está refiriendo a las labores desarrolladas en el momento de sobrevenir el accidente, que son el medio de vida del trabajador, para identificar la profesión habitual, que, por esas razones, no es la desempeñada al tiempo de la emisión del dictamen del EVI, como erróneamente sostiene la sentencia recurrida, sino la desempeñada al sufrir las lesiones origen de la incapacidad permanente, y ello con independencia de que entre ambas fechas (del accidente y del dictamen del EVI) haya transcurrido un período de tiempo más o menos dilatado, factor intrascendente a estos efectos y que la Sala no ha tomado en consideración en ningún caso.

## **3. Consecuencias de la evolución normativa.**

La STS 23 noviembre 2000 (rcud. 3533/1999) reitera la doctrina que hemos expuesto en el apartado inmediatamente precedente y concluye que "Las dudas que se habían suscitado a este respecto han sido ya disipadas por la Sala, unificando la doctrina en las sentencias de 31 de mayo de 1996 y 9 de febrero de 2000, en lo que se refiere a la aplicación del artículo 135.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, en texto que reprodujo la reforma de 1994 en el artículo 137.2, que en su redacción original debe ser aplicado en este caso, y no el mismo precepto reformado por la Ley 24/1997, de 15 de julio, todo ello de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria quinta bis de la Ley General de la Seguridad Social.

Esa referencia se debe a que la Ley 24/1997, en efecto, alteró la redacción del artículo 137.2 LGSS, el cual, en la parte ahora examinada pasó a disponer que "a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente".

Por el contrario, el precepto ahora albergado en la LGSS, como hemos adelantado (inicio del Fundamento Tercero) prescribe que ha de estarse a "la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente".

En otros muchos aspectos los cambios introducidos por la Ley 24/1997 fueron relevantes, pero en el concreto que ahora interesa no apreciamos una alteración significativa que prive de validez a nuestra precedente doctrina. Por si subsistiere alguna duda, el art 36.2 del Decreto 2530/1970 viene disponiendo, de forma ininterrumpida, que en el RETA se entenderá por profesión habitual la actividad inmediata y anterior desempeñada por el interesado y por la que estaba en alta en este régimen al producirse la incapacidad permanente protegida por el mismo.



#### 4. Conclusión.

Cuanto hemos expuesto aboca a la conclusión de que la profesión habitual ha de ser la desarrollada al momento de producirse el accidente del que derive la incapacidad permanente y no la posterior que, eventualmente, puede estar desarrollándose cuando el EVI emite su dictamen.

#### SEXTO.- Resolución.

##### 1. Aplicación de nuestra doctrina.

El recordatorio que acabamos de realizar respecto de nuestra jurisprudencia unificada permite apreciar que estamos ante supuesto similar a los ya resueltos por las sentencias que hemos recordado en el Fundamento precedente. El actor sufre un accidente común de tráfico (agosto 2015) cuando desarrolla, por cuenta propia, actividades propias de especialista circense a caballo y dos años después (julio 2017) el EVI formula su propuesta; a partir de ese momento el trabajador pasa a desempeñar tareas propias de gerencia en la propia empresa que dirige y posteriormente (enero 2019) las lesiones iniciales empeoran.

En esas circunstancias encuentra plena aplicación la doctrina recién expuesta: es la profesión desarrollada cuando sufre el accidente la que ha de tomarse como habitual, por más que al emitir su Dictamen el EVI ya esté desarrollando otra diversa en la propia empresa.

Al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, debemos casarla y hacer que prevalezca la solución acertada. Cabalmente, esa es la acogida por la sentencia del Juzgado de lo Social, que estimó la demanda del actor "declarando que está afecto a una Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual y fundamental de actor especialista en espectáculos a caballo, teniendo derecho a una pensión del 55% de la base reguladora que es de 917,27 euros mensuales, con fecha de efectos al día siguiente de su baja en el RETA, sin perjuicio de los descuentos, revalorizaciones, incrementos, mejoras y descuentos que procedan.

##### 2. Unificación doctrinal.

Cumpliendo la misión que constitucional y legalmente nos está reservada ( arts. 123 y 152.1 CE; art. 219 LRJS) debemos unificar las discrepantes doctrinas enfrentadas en el presente caso. Por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho, ello nos aboca a considerar acertada la contenida en la sentencia referencial, emanada de esta Sala Cuarta y concordante con otras varias.

A efectos de calificar el grado de incapacidad permanente, la profesión habitual no es la desempeñada al tiempo de solicitarse la prestación sino la desempeñada cuando se sufrieron las lesiones que producen las reducciones anatómicas o funcionales que merman la capacidad laboral.

##### 3. Estimación del recurso.

A) Al contener doctrina errónea la sentencia recurrida, debemos resolver conforme a las previsiones legales para los casos de estimación del recurso. Procede, por tanto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la estimación del recurso de casación para la unificación de la doctrina y la consiguiente anulación de la sentencia recurrida.

B) El artículo 228.2 LRJS comienza disponiendo que si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En nuestro caso, eso significa que el recurso de suplicación interpuesto por el INSS debe desestimarse.

De este modo, quedará firme la sentencia 45/2019 de 8 de febrero el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante que estima la demanda y declara al actor afecto de una IPT para su profesión habitual de actor especialista en espectáculos a caballo, la desarrollada al sufrir el accidente común de circulación.

Ello es así porque el INSS no ha combatido la valoración de las secuelas padecidas por el trabajador si se toma en cuenta la profesión desempeñada al tiempo de sufrir el accidente, como hemos concluido que procede.

C) También prescribe el artículo 228.2 LRJS que en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe. Dados los términos en que ha discurrido el debate es innecesario que adoptemos decisión alguna sobre el particular.

D) Por otro lado, la desestimación del recurso de suplicación no comporta imposición de costas, habida cuenta de la identidad de la parte vencida en el mismo ( artículo 235.1 LRJS).



## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Vicente , representado y defendido por la Letrada Sra. Suárez Aguilar-Tablada.

2º) Casar y anular la sentencia nº 2731/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 14 de julio.

3º) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de tal índole interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (rec. 2979/2019).

4º) Declarar firme la sentencia nº 45/2019 de 8 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante, en los autos nº 787/2017, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre incapacidad permanente.

5º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales como consecuencia de los recursos que ahora resolvemos, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO