

LA INCAPACIDAD PERMANENTE

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

HANNIBALI VICTORI CETERI SUADEBANT UT QUIETEM ET IPSE SIBI SUMERET ET FESSIS DARET MILITIBUS; MAHARBAL, PRAEFECTUS EQUITUM, MINIME CESSANDUM ESSE RATUS, UT SCIAS QUID HAC PUGNA SIT ACTUM, DIE QUINTO INQUIT VICTOR IN CAPITOLIO EPULABERIS. SEQUERE; CUM EQUITIBUS, UT ROMANI TE PRIUS VENISSE QUAM VENTURUM ESSE SCIAN, PRAECEDAM. HANNIBAL SE VOLUNTATEM MAHARBALIS LAUDARE DIXIT, SED AD CONSILIUM PENSANDUM TEMPORE OPUS ESSE. TUM MAHARBAL: NON OMNIA EIDEM DI DEDERE; VINCERE SCIS, HANNIBAL, VICTORIA UTI NESCI. MORA EIUS DIEI SATIS CREDITUR SALUTI FUISSE URBI ATQUE IMPERIO.

LIVIO 22.51, 4

INDICE

LA INCAPACIDAD PERMANENTE

- I. CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE**
- II. GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE**
- III. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL**
- IV. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL**
- V. INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA**
- VI. GRAN INVALIDEZ**
- VII. REQUISITOS PARA CAUSAR DERECHO A LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS**
- VIII. LAS PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE**
 - 1. HECHO CAUSANTE Y EFECTOS ECONÓMICOS**
 - 2. ACCESO A LA CONDICIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE DESDE DISTINTAS SITUACIONES**

3. SOLICITUD

4. DOCUMENTOS QUE SE DEBEN ACOMPAÑAR A LA SOLICITUD

5. CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES: EL PORCENTAJE APLICABLE

6. CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES: DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA

7. ABONO DE LA PENSIÓN

IX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

X. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN

XI. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

XII. INCAPACIDAD PERMANENTE NO CONTRIBUTIVA

1. CONCEPTO

2. BENEFICIARIOS

3. CUANTÍA DE LA PENSIÓN

4. EFECTOS ECONÓMICOS DE LAS PENSIONES

5. DETERMINACIÓN DEL GRADO DE MINUSVALÍA O ENFERMEDAD CRÓNICA Y SUS REVISIONES

6. OBLIGACIONES DE LOS BENEFICIARIOS

7. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDAD DE LAS PENSIONES

8. EXTINCIÓN DEL DERECHO

XIII. GESTIÓN

XIV. LA INCAPACIDAD PARA EL TRABAJO

1. LA INCAPACIDAD COMO CAUSA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

2. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR POSIBLE MEJORÍA DE INCAPACIDAD PERMANENTE

3. LA INCAPACIDAD COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

4. LA INEPTITUD DEL TRABAJADOR COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

XV. PRORROGA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL HASTA LA DECLARACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

XVI. REVISIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

- XVII. LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL PARA IMPUGNAR RESOLUCIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL QUE RECONOCEN PRESTACIONES A SUS TRABAJADORES**
- XVIII. PROCEDIMIENTO PARA RECLAMAR LA READMISIÓN DEL TRABAJADOR TRAS INCAPACIDAD PERMANENTE**
- XIX. REGULACIÓN DE LAS LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES**
- XX. AGOTAMIENTO DEL PLAZO DE INCAPACIDAD TEMPORAL CON PROPUESTA DE INCAPACIDAD PERMANENTE**
- XXI. DESPIDO DISCIPLINARIO POR INCOMPARECENCIA AL TRABAJO TRAS LA DENEGACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE**
- XXII. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. OPCIÓN AL LLEGAR LA EDAD DE JUBILACIÓN**
- XXIII. JUBILACIÓN ANTICIPADA E INCAPACIDAD**
- XXIV. CONTRATO EN PRÁCTICAS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD**
- XXV. PROCEDIMIENTO, CONDICIONES Y ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DE IP Y MUERTE Y SUPERVIVENCIA PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO**

XXVI. BENEFICIOS, AYUDAS Y SUBVENCIONES

1. BENEFICIOS FISCALES

a. PATRIMONIO PROTEGIDO

b. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

c. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO (IVA)

d. IMPUESTO DE MATRICULACIÓN DE VEHÍCULOS

e. IMPUESTO DE CIRCULACIÓN (IVTM)

2. BENEFICIOS LABORALES

3. PRESTACIÓN FARMACÉUTICA

4. BENEFICIOS EN EDUCACIÓN

5. VIVIENDA

6. BONO SOCIAL ELECTRICIDAD / GAS

7. ACTIVIDADES RECREATIVAS. IMSERSO

8. CONSIDERACIÓN DE FAMILIA NUMEROSA

9. AYUDAS TÉCNICAS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

10. JUSTICIA GRATUITA

XXVII. JURISPRUDENCIA EL TRIBUNAL SUPREMO

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2017**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JULIO DE 2017**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2017**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017**
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 de julio de 2017.**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE 2017**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017**
- 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JUNIO DE 2017**
- 9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE DICIEMBRE DE 2016**
- 10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016**
- 11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ABRIL DE 2017**
- 12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 2017**

- 13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE ABRIL DE 2017**
- 14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2017**
- 15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE FEBRERO DE 2017**
- 16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ENERO DE 2017**
- 17. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE OCTUBRE DE 2016**
- 18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE OCTUBRE DE 2016**
- 19. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE OCTUBRE DE 2016**
- 20. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 2016**
- 21. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2016**
- 22. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JULIO DE 2016**
- 23. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 2007**
- 24. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE DICIEMBRE DE 2002**
- 25. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 1992**

XXVIII. BIBLIOGRAFIA

RESUMEN

Es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

Grados de incapacidad. Están en función de las reducciones anatómicas o funcionales sufridas por los trabajadores, siempre que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- Gran invalidez.

Hecho causante y efectos económicos de las prestaciones. Si la incapacidad permanente surge tras haberse extinguido la incapacidad temporal de la que deriva, bien por agotamiento del plazo máximo de duración de ésta, bien por ser dado de alta médica con propuesta de incapacidad permanente o bien por acuerdo del Instituto Nacional de la Seguridad Social de iniciación de expediente de incapacidad permanente: El hecho causante se entiende producido en la fecha de la extinción de la incapacidad temporal de la que derive la incapacidad permanente.

Si la incapacidad permanente no está precedida por la incapacidad temporal o ésta no se ha extinguido: El hecho causante se entiende producido en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) o en la fecha de emisión del dictamen médico del Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas (ICAM) en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Si la incapacidad permanente se produce desde una situación de no alta ni alta asimilada, sólo para incapacidad permanente absoluta y gran invalidez: El hecho causante se entiende producido el día de la solicitud de la prestación.

PALABRAS CLAVES

Trabajador, tratamiento, disminución o anulación capacidad laboral, discapacidad, contingencias comunes, equipo valoración incapacidades, prestación, subsidio, hecho causante, periodo cotizado, situación asimilada al alta, grados de incapacidad, revisión.

LA INCAPACIDAD PERMANENTE

I. CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Se define la incapacidad permanente como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral (artículo 193 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015). No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

La situación puede asimismo calificarse de incapacidad permanente cuando el interesado sea discapacitado y tenga reducciones anatómicas o funcionales a la fecha de afiliación en la Seguridad Social, si con posterioridad se agravan, provocando una disminución o anulación de su capacidad laboral.

En consecuencia, los elementos que configuran el concepto de incapacidad permanente son:

- Se exige tratamiento médico anterior; generalmente, le precede una situación de incapacidad temporal.

- Una alteración grave de la salud.

- La determinación objetiva o diagnóstico del proceso patológico presente y comprobado.

- El carácter definitivo o, al menos, previsiblemente definitivo de las lesiones.

- Se tiene en cuenta la repercusión de las lesiones sobre la capacidad laboral, no sobre la integridad corporal.

II. GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE

La invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, en los siguientes grados (artículo 194 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015):

Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual

Aquella que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

Incapacidad permanente total para la profesión habitual

La que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

Se viene entendiendo por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

Junto a la incapacidad permanente total ordinaria, se ha configurado una modalidad cualificada, que supone una prestación incrementada sobre la base de determinadas circunstancias; en concreto que se trate de mayores de 55 años cuando, por su falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual.

Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo

La que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

Gran invalidez

La situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Declarada la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, puede ser objeto de revisión por agravación, mejoría o error de diagnóstico. La declaración mencionada se efectúa, previa emisión de un dictamen-propuesta no vinculante emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades, con audiencia del interesado, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, que realiza igualmente la revisión, declarando el nuevo grado de incapacidad o la capacidad plena.

III. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL

La Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual (IP. Parcial) ocasiona al trabajador una disminución en su rendimiento de trabajo no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de su profesión u otra. La prestación supone una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la bases reguladora utilizada el cálculo del subsidio de incapacidad temporal del que se deriva la incapacidad permanente.

Beneficiarios / Requisitos

Serán beneficiarios de esta prestación, las personas incluidas en el Régimen General declaradas en situación de I.P. parcial, cualquiera que sea la contingencia que la origine, siempre que reúnan los siguientes requisitos (apdo. 1.a, 194 LGSS):

1.- Tener menos de la edad de jubilación legalmente establecida en la fecha del hecho causante (205 LGSS y DT26 LGSS), en la fecha del hecho causante o en otro caso, no reunir los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación contributiva del Sistema, si la incapacidad deriva de contingencias comunes.

2.- Estar afiliadas y en alta o en situación asimilada al alta.

Cuando la incapacidad se derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional, los trabajadores se considerarán de pleno derecho afiliados y en alta, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones.

Se considera situación de alta especial la huelga legal o cierre patronal.

En el caso de los representantes de comercio, artistas y profesionales taurinos, se exige, además, estar al corriente del pago de cuotas en la fecha en que sobrevenga la contingencia. Si no están al corriente, siempre que las cuotas debidas no afecten al período de carencia, se advertirá de la necesidad de que se ponga al corriente, quedando condicionado el pago de la prestación al cumplimiento de dicha obligación.

3.- Tener cubierto un período previo de cotización, si la incapacidad deriva de enfermedad común:

De 1800 días de cotización comprendidos en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que derive la incapacidad permanente.

4.- En el caso de los trabajadores con contratos a tiempo parcial, para acreditar el período de cotización exigido, se aplicarán las reglas establecidas en el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto.

5.- No se exige período previo de cotización, si la incapacidad deriva de accidente, sea o no laboral, o de enfermedad profesional.

6.- Se encuentren inhabilitadas para realizar las fundamentales tareas de su profesión habitual. Sentencia TSJ Cataluña, de 11/11/1999

Hecho causante / Efectos económicos

Hecho causante

- Si la incapacidad permanente surge tras haberse extinguido la incapacidad temporal de la que deriva, bien por agotamiento del plazo, bien por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, el hecho causante se entiende producido en la fecha de la extinción de la incapacidad temporal.
- Si la incapacidad permanente no está precedida de incapacidad temporal o ésta no se ha extinguido, el hecho causante se entiende producido en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI).

Efectos económicos

La prestación se hace efectiva a partir de la resolución.

Cuantía

Una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la bases reguladora utilizada el cálculo del subsidio de incapacidad temporal del que se deriva la incapacidad permanente.

De no existir incapacidad temporal previa, la base reguladora será la que hubiera correspondido por incapacidad temporal, de haber tenido derecho a dicha prestación.

Abono

Se abona en un pago único.

Se garantizan cuantías mínimas en los casos de incapacidad permanente parcial, causada al amparo del Reglamento de Accidentes de Trabajo (aprobado por Decreto de 22-6-56), al cumplir los beneficiarios 65 años de edad.

La prestación está sujeta a tributación en los términos establecidos en las normas reguladoras del Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) y sometida, en su caso, al sistema general de retenciones a cuenta del impuesto.

Compatibilidades

Es compatible con el desarrollo de cualquier actividad laboral, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia.

Es compatible con el mantenimiento del trabajo que se viniera desarrollando.

Situaciones asimiladas a la de alta

1. La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato (Art. 166 LGSS).
2. Los casos de excedencia forzosa, suspensión de contrato de trabajo por servicio militar o prestación social sustitutoria, traslado por la empresa fuera del territorio nacional, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y los demás que señale el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan. Características de la excedencia voluntaria por cuidado de hijo.

3. La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no han sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato. Regulación legal del derecho a vacaciones retribuidas.
4. El período de tiempo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del período considerado de cotización efectiva en el 236 LGSS.
5. El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
6. La suscripción de convenio especial en sus diferentes tipos.
7. Los períodos de inactividad entre trabajos de temporada.
8. Los períodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, en los términos regulados en la Ley 18/1984, de 8 de junio.
9. La situación de aquellos trabajadores que no se encuentren en alta ni en ninguna otra de las situaciones asimiladas a la misma, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una incapacidad permanente debida a dicha contingencia.
10. Los períodos de percepción de la ayuda equivalente a jubilación anticipada y de ayuda previa a la jubilación ordinaria.
11. La situación de incapacidad temporal que subsista, una vez extinguido el contrato.

12. La situación de maternidad o paternidad que subsista una vez extinguido el contrato de trabajo o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo.
13. La situación de prórroga de los efectos de la incapacidad temporal.
14. En el caso de los artistas y profesionales taurinos, los días que se consideren cotizados dentro de cada año natural en aplicación de las normas que regulan su cotización y que no se correspondan con los de prestación de servicios.
15. En el caso de los trabajadores afectados por el síndrome tóxico que, por tal causa, cesaron en su día en el ejercicio de su actividad laboral o profesional, sin que hayan podido reanudar dicho ejercicio, y que hubieran estado en alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, la situación asimilada se entenderá con respecto al régimen en que el trabajador estuviese encuadrado cuando cesó en su actividad y para las contingencias comunes.
16. El período de suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

En su modalidad contributiva, el art. 136, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, considera incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la

capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, no será necesaria el alta médica para la valoración de la incapacidad permanente en los casos en que concurran secuelas definitivas.

También tendrá la consideración de incapacidad permanente, en el grado que se califique, la situación de incapacidad que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración legalmente señalado (art. 128.1 LGSS), salvo el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente (apartado. 2, art. 131 (bis) LGSS), en el cual no se accederá a la situación de incapacidad permanente hasta tanto no se proceda a la correspondiente calificación.

Según la STSJ Asturias 04/03/2011 (R. 3176/2010), tres son los rasgos que configuran la incapacidad permanente en el Sistema de Seguridad Social española.

- Que las reducciones anatómicas o funcionales sean objetivables ("susceptibles de determinación objetiva"), o lo que es lo mismo, que se puedan demostrar o constatar médicamente de forma indubitada, no cabiendo por ello estar ante meras manifestaciones subjetivas del interesado.
- Que sean previsiblemente definitivas, esto es, y como destaca reiterada doctrina judicial, incurables, irreversibles, siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de incapacidad permanente, ya que, al no ser la medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad.
- Que las reducciones sean graves disminuyendo o anulando la capacidad laboral. Nuestro Sistema de Seguridad Social tiene un carácter esencialmente profesional en el que destaca la valoración no sólo de las lesiones y limitaciones en sí sino también su incidencia en el menoscabo funcional u orgánico. Ello, por otra parte, ha de conectarse a los requerimientos físicos exigidos por la profesión habitual (incapacidad permanente total) o la de cualquier otra de las ofrecidas en el mercado laboral (incapacidad permanente absoluta). Es reiterada la jurisprudencia que declara que, a los efectos de la declaración de incapacidad permanente en el grado de total, debe partirse de los siguientes presupuestos:
 1. La valoración de la incapacidad permanente ha de hacerse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en cuanto tales restricciones son las que determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia.
 2. Han de ponerse en relación las limitaciones funcionales resultantes con los requerimientos de las tareas que constituyen el núcleo de la concreta profesión.

3. La aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia, sin que el desempeño de las mismas genere "riesgos adicionales o superpuestos" a los normales de un oficio o comporte el sometimiento a "una continuación de sufrimiento" en el trabajo cotidiano.
4. No es obstáculo a la declaración de tal grado de incapacidad el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, más livianas y sedentarias, o incluso pueda desempeñar tareas "menos importantes o secundarias" de su propia profesión habitual o cometidos secundarios o complementarios de ésta siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad y conserve una aptitud residual que "tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concretar relación de trabajo futuro".
5. Debe entenderse por profesión habitual no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en la movilidad funcional.

La cuestión controvertida analizada por la TS, Sala de lo Social, nº 372/2016, de 04/05/2016, Rec. 1986/2014, se centra en determinar si dada la pérdida total de visión en el ojo derecho que padece el demandante, y la visión monocular que dicha pérdida conlleva, puede ser considerado afecto de una Incapacidad Permanente Parcial para su profesión de abogado. El Alto Tribunal considera que sí, sobre la base de las siguientes consideraciones:

«A) El artículo 137.3 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción anterior a la reformada por la Ley 24/1997 de 15 julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, aplicable con arreglo a los dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta bis LGSS , establece que 'Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma', y en relación con este precepto, como ya tuvo ocasión de señalar la ya citada sentencia de esta Sala de 21 marzo 2005 (rcud. 1211/2004), 'No cabe entonces llevar a cabo un análisis aislado de las lesiones que presente un trabajador, sino que las mismas han de proyectarse sobre las tareas habituales que el ejercicio de la profesión habitual comporta. Exigencia o premisa esencial en todo caso pero que, si cabe, se hace aún más evidente en los supuestos de pérdida de visión parcial, como el que se resolvió en la sentencia que hoy se impugna por medio de este recurso'.

B) Partiendo de la limitación de la visión del ojo derecho del demandante en su totalidad, podemos extraer una primera conclusión, como es la de que en aplicación de las tablas de la Escala de Wecker, método de medición de la agudeza visual habitualmente utilizado en España, -y aunque esta escala, como no podría ser de otra forma, es una herramienta de valoración indicativa y ofrece por ello valores aproximados, que han de completarse en cada caso con el análisis de la actividad habitual del trabajador- dicha situación equivale a una limitación del 33%, cifra que dicho sistema de medición atribuye a la incapacidad permanente parcial (24-36%).

C) Como se aduce en el recurso, la doctrina tradicional de esta Sala -sentencias entre otras de 27 de enero y 23 de septiembre de 1986 , 2 de abril de 1987 y 23 de enero

de 1990 - ha venido señalando que los supuestos específicos de Incapacidad Permanente establecidos en los artículos 37 , 38 y 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 , aunque ya no están vigentes, se consideran como orientadores é indicativos para aplicar lo dispuesto en el artículo 137 de la LGSS , en el que se definen los distintos grados de incapacidad permanente. En este sentido, la reiterada sentencia de 21 de marzo de 2005, recordaba que, 'Ciertamente, el derogado art. 37 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956) establecía como causa de incapacidad permanente parcial ' La pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro'; añadiendo que Tales disposiciones carecen hoy de eficacia normativa, aunque puedan servir ' de elemento orientador exclusivamente, a falta de otros instrumentos legales que regulen la materia'; y,

D) Finalmente, también la doctrina de esta Sala -sentencias de 29 de enero de 1987 y 30 de junio de 1987 - ha considerado que la disminución de rendimiento que caracteriza la incapacidad permanente parcial debe valorarse no sólo atendiendo a lo que puede rendir objetivamente el trabajador afectado, sino atendiendo también a la peligrosidad o penosidad que comporta.»

Para el Alto Tribunal el abogado se halla afecto de la incapacidad permanente parcial que reclama, en función de los preceptos legales señalados y doctrina jurisprudencial expuesta, al conllevar su afectación visual (visión monocular) una reducción de su capacidad laboral para el ejercicio de las funciones de su profesión de abogado (entre otras -y como describe la sentencia de contraste- consulta y lectura de textos y documentos, redacción de escritos, etc.), que si bien no le impide llevar a cabo las tareas fundamentales de dicha profesión, si ha de implicar una merma de su rendimiento laboral no inferior al 33% del normal, al tener que efectuarlas en condiciones manifiestamente desfavorables.

El Tribunal Supremo ha reiterado, en su sentencia del 29/03/2016, que los afiliados a este Régimen especial carecen de derecho a prestaciones de incapacidad permanente parcial por contingencias comunes. La solución al recurso, reiterando las SSTS 28/02/2007 (R. 3219/2005) o 19/09/2007 (Rud. 3488/2006), entre otras, pasa por establecer que la acción protectora del RETA no se extiende a la incapacidad permanente parcial por contingencias comunes; recordando que "por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, prescribe lo siguiente: "1. La acción protectora de este Régimen Especial comprenderá: a) Prestaciones por invalidez en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez [...]". Por su parte el art. 36.1 dispone que "estará protegida por este Régimen Especial de la Seguridad Social la situación de invalidez permanente, cualquiera que fuera su causa, en sus grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez". Y advierte que "Los textos transcritos de los precitados son respectivamente reiterados en sus mismos términos por los arts. 56.1.a) y 74.1 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos."

IV. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

La Incapacidad Permanente Total (I.P. Total), inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que

pueda realizar otra distinta. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total consistirá en una pensión vitalicia, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años (apdo. 2, Art. 196 LGSS)

Beneficiarios/Requisitos

Serán beneficiarios de esta prestación, las personas incluidas en el Régimen General declaradas en situación de I.P. Total, cualquiera que sea la contingencia que la origine, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

1.- Tener menos de la edad de jubilación establecida legalmente en la fecha del hecho causante (205 ,LGSS), o en otro caso, no reunir los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación contributiva del Sistema, si la incapacidad deriva de enfermedad común o accidente no laboral (Art. 197 LGSS).

2.- Estar afiliadas y en alta o en situación asimilada al alta. Con las siguientes peculiaridades:

- Cuando la incapacidad se derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional, los trabajadores se considerarán de pleno derecho, afiliados y en alta, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones.
- Se considera situación de alta especial la huelga legal o cierre patronal.
- En el caso de los representantes de comercio, artistas y profesionales taurinos, se exige, además, estar al corriente del pago de cuotas en la fecha en que sobrevenga la contingencia. Si no están al corriente, siempre que las cuotas

debidas no afecten al período de carencia, se advertirá de la necesidad de que se ponga al corriente, quedando condicionado el pago de la prestación al cumplimiento de dicha obligación.

A partir del 04/08/2013: En el caso de los trabajadores con contratos a tiempo parcial, para acreditar el período de cotización exigido, se aplicarán las reglas establecidas en el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto. Novedad desde 2012 hasta 2018: A estos efectos, cuando se trate de trabajadores incluidos en el Sistema especial para empleados de hogar, las horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización a que se refieren los números 1º, 2º y 3º del apartado 2.a) de la disposición adicional 39 de la Ley 27/2011, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la LPGE para cada uno de dichos ejercicios.

3.- Tener cubierto un período previo de cotización, si la incapacidad deriva de enfermedad común. El período de cotización exigido varía en función de la edad del interesado:

- Si es menor de 31 años de edad:

Período genérico de cotización: la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante.

Período específico de cotización: no se exige.

- Si tiene 31 o más años de edad:

Período genérico de cotización: un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y la del hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de 5 años.

Período específico de cotización: un quinto del período de cotización exigible debe estar comprendido:

1. En los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante, o,
2. En los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, si se accede a la pensión desde una situación de alta o asimilada, sin obligación de cotizar. Lo dispuesto en este párrafo se aplicará, igualmente, a quienes, sin haber completado el período específico exigible, causen la pensión desde una situación de alta, con obligación de cotizar cuando dicha situación proceda de otra inmediatamente anterior de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar.

No se tendrán en cuenta, a estos efectos, las fracciones de edad inferiores a 6 meses; si son superiores, se consideran equivalentes a medio año. Los períodos de cotización resultantes serán objeto de redondeo, despreciándose, en su caso, las fracciones de mes.

4.- En el caso de los trabajadores con contratos a tiempo parcial, para acreditar el período de cotización exigido, se aplicarán las reglas establecidas en el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto.

Hecho causante/Efectos económicos

Si la incapacidad permanente surge tras haberse extinguido la incapacidad temporal de la que deriva, bien por agotamiento del plazo, bien por alta médica con propuesta de incapacidad permanente:

El hecho causante se entiende producido en la fecha de la extinción de la incapacidad temporal.

Los efectos económicos se fijan en el momento de la calificación, es decir, en la fecha de la resolución del Director Provincial del INSS. No obstante, podrán retrotraerse a la fecha de extinción del subsidio de incapacidad temporal, cuando la cuantía de la pensión de incapacidad permanente sea superior a la del subsidio que se venía percibiendo, no existiendo retroacción, en ningún caso, si el trabajador se encontraba en situación de demora de la calificación.

Si la incapacidad permanente no está precedida de incapacidad temporal o ésta no se ha extinguido:

El hecho causante se entiende producido en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI).

Los efectos económicos se fijan en la misma fecha de emisión del dictamen-propuesta.

Incapacidad permanente total cualificada. El incremento del 20%, en los casos de incapacidad permanente total cualificada, produce efectos económicos desde la fecha

de la solicitud, con una retroactividad máxima de 3 meses, siempre que concurren los requisitos necesarios para tener derecho al citado incremento.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2.009 donde se estudia la retroactividad de tres meses de los efectos económicos del incremento del 20 por 100 consecuencia de una incapacidad permanente «cualificada» reconocida con posterioridad al reconocimiento de una inicial incapacidad permanente total para la profesión habitual. El TS, siguiendo doctrina previa (SSTS de 12 de marzo de 2007 y 9 de octubre de 2008), reitera que los efectos económicos del incremento del 20 por 100 consecuencia de una incapacidad permanente total «cualificada» reconocida con posterioridad a una inicial incapacidad permanente total deben retrotraerse a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, puesto que se trata de un complemento de carácter prestacional. Sentencia TS, Sala de lo Social, de 25/06/2009, Rec. 2805/2008

Cuantía de la prestación por incapacidad permanente total

La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total consistirá en una pensión vitalicia, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años (Art. 196 LGSS).

Los declarados afectos de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior.

Para hechos causantes posteriores a 01/01/2008 se establece la siguiente garantía: La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al 55 % de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años, en términos anuales, vigente en cada momento (Ley 40/2007, de 4 de diciembre).

Porcentaje

Norma general: 55% de la Base Reguladora (apdo. 2, Art. 196, LGSS).

Dicho porcentaje puede incrementarse en un 20% más para los mayores de 55 años cuando, por su falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual.

En los casos en que el trabajador, con 65 años o más años, acceda a la pensión de incapacidad permanente total, derivada de contingencias comunes, por no reunir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación: El porcentaje aplicable será el que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación. Actualmente, dicho porcentaje es del 50%, que se aplicará a la base reguladora correspondiente.

En los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la prestación se aumentará, según la gravedad de la falta, de un 30% a un 50% cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en

malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. Dicho recargo recae directamente sobre el empresario infractor.

Base reguladora

1.- Incapacidad deriva de enfermedad común.

a) La Base Reguladora de la prestación se determinará de conformidad con las siguientes reglas:

- Trabajador mayor de 52 años y menor de 65 en la fecha del hecho causante:

a) Se hallará el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante. El cómputo de dichas bases se realizará conforme a las siguientes reglas:

1. Las bases de los 24 meses anteriores al mes previo al del hecho causante se computan en su valor nominal.
2. Las restantes bases se actualizarán de acuerdo con la evolución del IPC, desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquél en que se inicie el período de bases no actualizables a que se refiere el párrafo anterior.

b) Al resultado obtenido, se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista para las pensiones de jubilación, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le falten al trabajador, en la fecha del hecho causante, para cumplir 65 años. En caso de no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50%

c) El importe resultante de las reglas anteriores constituirá la BR a la que, para obtener la cuantía de la pensión que corresponda, habrá de aplicarse el porcentaje previsto para el grado de incapacidad reconocido.

- Trabajador menor de 52 años en la fecha del hecho causante (al que se exige un período de cotización inferior a 8 años):

La BR se obtendrá, de forma análoga al supuesto anterior, pero el cociente se hallará dividiendo la suma de las bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo de cotización exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, por el número de meses a que dichas bases se refieran, multiplicando este divisor por el coeficiente 1,1666, y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los 24 meses inmediatamente anteriores al mes previo a aquél en que se produzca el hecho causante.

- Trabajador con 65 o más años en la fecha del hecho causante, que no reúne los requisitos para la jubilación:

La BR será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante, conforme a lo establecido en la norma a).

- Trabajador a tiempo parcial

Cuando la incapacidad permanente derive de enfermedad común, para el cálculo de la BR, se tendrán en cuenta las mismas reglas que en la pensión de jubilación.

- Integración de lagunas:

A partir de 1-1-2013, si en el período que debe tomarse para el cálculo de la BR aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento y el resto de mensualidades con el 50 por 100 de dicha base mínima.

En los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo durante una parte del mes, procederá la integración señalada en el párrafo anterior por la parte del

meses en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía. Sentencias nº TS, Sala de lo Social, de 11/09/2009, Rec. 2256/2008 y TS, de 20/11/2007, Rec. 1319/2007

En el caso de trabajadores incluidos en el Sistema especial para empleados de hogar, desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de la BR de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes sólo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados (no se aplicará integración de lagunas).

En el caso de trabajadores incluidos en el Sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios, a partir de 01-01-2012, para el cálculo de la BR sólo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados (no se aplicará integración de lagunas).

2.- Incapacidad deriva de accidente no laboral

La base reguladora será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses. Dicho período será elegido por el beneficiario dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión.

Si en la fecha del hecho causante el interesado no hubiera completado el período de 24 mensualidades ininterrumpidas de cotización, la base reguladora se determinará utilizando la fórmula más beneficiosa de las dos siguientes:

1. Cociente de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período (elegido por el beneficiario dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante) ininterrumpido de 24 meses.
2. La que resulte de dividir entre 28 la suma de las bases mínimas de cotización vigentes en los 24 meses inmediatamente anteriores al hecho causante de la incapacidad, tomadas éstas en la cuantía correspondiente a la jornada laboral contratada en último término por el causante.

3.- Si la incapacidad deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional

Cuando la incapacidad se derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional, los trabajadores se considerarán de pleno derecho, afiliados y en alta, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones.

Se considera situación de alta especial la huelga legal o cierre patronal.

La Base Reguladora se calcula sobre salarios reales, teniendo en cuenta que no pueden exceder del tope máximo de cotización ni ser inferiores al tope mínimo, vigentes al sobrevenir la incapacidad. Será el cociente de dividir por 12 los siguientes sumandos:

- Sueldo y antigüedad diarios del trabajador en la fecha del accidente o de la baja por enfermedad por 365 días.
- En los supuestos de contratos a tiempo parcial y de relevo, en que el trabajador no preste servicios todos los días o, prestándolos, su jornada de trabajo sea irregular o variable, el salario diario será el que resulte de dividir entre 7 ó 30 el semanal o mensual pactado en función de la distribución de las horas de trabajo concretadas en el contrato para cada uno de esos períodos.
- En los supuestos de contratos fijos-discontinuos, el salario diario será el que resulte de dividir entre el número de días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios percibidos por el trabajador en el mismo período.
- Pagas extraordinarias, beneficios o participación, por su importe total en el año anterior al accidente.
- El cociente de dividir los pluses, retribuciones complementarias y horas extraordinarias percibidas en el año anterior al accidente, por el número de días efectivamente trabajados en dicho período. El resultado se multiplicará por 273, salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad de que se trate sea menor, en cuyo caso, se aplicará el multiplicador que corresponda.
- La cuantía computable en concepto de horas extraordinarias no podrá exceder del importe que resulte de multiplicar el promedio por el que se haya remunerado cada hora extraordinaria, por el tope máximo laboral anual de horas extraordinarias, fijado en el apdo. 2, Art. 35 ,Estatuto de los Trabajadores.
- En los supuestos de contratos a tiempo parcial, de relevo, y fijos-discontinuos, la suma de los complementos salariales percibidos por el interesado en el año anterior al del hecho causante se dividirá entre el número de horas efectivamente

trabajadas en ese período. El resultado así obtenido se multiplicará por la cifra que resulte de aplicar a 1826 el coeficiente de proporcionalidad existente entre la jornada habitual de la actividad de que se trate y la que se recoja en el contrato.

En el caso de trabajadores incluidos en el Sistema especial para empleados de hogar, la base reguladora será equivalente a la base de cotización del empleado de hogar en la fecha del hecho causante de la prestación.

En el caso de los representantes de comercio, artistas y profesionales taurinos, se exige, además, estar al corriente del pago de cuotas en la fecha en que sobrevenga la contingencia. Si no están al corriente, siempre que las cuotas debidas no afecten al período de carencia, se advertirá de la necesidad de que se ponga al corriente, quedando condicionado el pago de la prestación al cumplimiento de dicha obligación.

En los supuestos de contratos fijos-discontinuos, el salario diario será el que resulte de dividir entre el número de días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios percibidos por el trabajador en el mismo período.

4.- Pluriactividad

Cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último, en régimen de pluriactividad, podrán ser acumuladas a las del régimen en que se cause la pensión,

exclusivamente para determinar la BR, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento.

Abono de la prestación

1. Las pensiones derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, 14 pagas, Una por cada uno de los meses del año y dos pagas extraordinarias al año (en igual cantidad que las mensuales, devengadas en junio y noviembre).
2. Las pensiones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, 12 mensualidades. Las pagas extraordinarias se encuentran prorrateadas dentro de las mensualidades ordinarias.
3. Indemnizaciones, el pago se realiza de una sola vez en la cuantía que corresponda.
4. La prestación de incapacidad permanente total y la de jubilación derivada de ella, por cambio de denominación al cumplir el interesado 65 años, está sujeta a tributación en los términos establecidos en las normas reguladoras del Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) y sometida, en su caso, al sistema general de retenciones a cuenta del impuesto, con las siguientes excepciones:
 - Las prestaciones derivadas de actos de terrorismo, estarán exentas siempre.
 - Las pensiones de incapacidad permanente total (55%) y las de jubilación que deriven de ellas por cambio de denominación, aunque no exentas, lo estarán en Bizkaia, Álava y Gipuzkoa si no se acreditan rentas.

- Las pensiones de incapacidad permanente total cualificada (75%) y las pensiones de jubilación derivadas de las mismas por cambio de denominación estarán exentas en Bizkaia, Álava y Gipuzkoa, salvo que los interesados acrediten rentas.

Compatibilidades/Incompatibilidades

1.- De la pensión con el trabajo

Compatible:

1. Con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia en la misma o distinta empresa, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.
2. El pensionista tiene la obligación de comunicar a la Entidad gestora dicha circunstancia.
3. Si se realizan trabajos susceptibles de inclusión en algún régimen de Seguridad Social, existe obligación de darse de alta y cotizar.
4. Medidas laborales reconversión industrial. Sentencia TS, de 31/01/1992

Es incompatible con el desempeño del mismo puesto en la empresa. Sentencia TS, Sala de lo Social, de 28/01/2002, Rec. 1651/2001

2.- Incremento del 20% con el trabajo y otras prestaciones

Incompatible

Con la realización de trabajos por cuenta ajena o propia. Sentencia TS, de 06/02/2007, Rec. 4854/2005

Con las prestaciones de Seguridad Social que puedan derivarse de dichos trabajos, como: Subsidio de incapacidad temporal, Subsidio de maternidad o Prestaciones de desempleo.

Suspensión

Si se diera fraude para conseguir o mantener el derecho a las prestaciones. Cuando la incapacidad permanente sea debida o se haya agravado a consecuencia de imprudencia temeraria del beneficiario.

Quando la incapacidad permanente sea debida o se haya agravado a consecuencia de haber rechazado o abandonado, sin causa razonable, el tratamiento sanitario prescrito durante la situación de incapacidad temporal.

Quando el beneficiario, sin causa razonable, rechace o abandone los tratamientos o procesos de readaptación y rehabilitación procedentes.

Extinción

1. Por curación.
2. Por fallecimiento.
3. Por reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación.
4. Por decisión, legalmente establecida, por la Entidad gestora.

Indemnización a tanto alzado

La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total consistirá en una pensión vitalicia, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años (139 LGSS).

Requisitos:

1. Trabajador menor de 60 años.
2. Que se presuma que las lesiones sufridas no son susceptibles de a una revisión de la incapacidad declarada.
3. Que el beneficiario realice trabajos por cuenta propia o ajena.
4. Que se acredite que el importe de la indemnización se invertirá en la preparación o desarrollo de nuevas fuentes de ingreso como trabajador autónomo, siempre

que se acredite tener aptitud suficiente para el ejercicio de la actividad de que se trate.

5. Que se solicite dentro de los 3 años siguientes a la fecha de la resolución o sentencia firme que le reconozca el derecho a la pensión o, si fuese menor de 21 años de edad en dicha fecha, dentro de los 3 años siguientes al día en que cumpla dicha edad.

Cuantía

La cuantía alcanza un máximo de 84 mensualidades de la pensión con menos de 54 años de edad y un mínimo de 12 mensualidades a los 59 años, según la siguiente escala:

<u>EDAD</u>	<u>N.º DE MENSUALIDADES</u>
Menor de 54 años	84
54	72
55	60
56	48
57	36
58	24
59	12

La resolución debe ser dictada por la Dirección General del INSS.

La indemnización se hará efectiva a partir de la citada resolución.

Una vez autorizada la sustitución, el beneficiario no podrá solicitar que se deje sin efecto la misma para recuperar la condición de pensionista hasta que cumpla los 60 años.

Al cumplir los 60 años, el beneficiario pasará a percibir la pensión reconocida inicialmente, incrementada con las correspondientes revalorizaciones que hubieran tenido lugar desde la fecha en que se autorizó la sustitución por la indemnización.

Si el beneficiario fallece antes de cumplir los 60 años de edad, causará derecho a las prestaciones de muerte y supervivencia como si hubiera sido pensionista en tal momento.

V. INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA

Es aquella que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

Las personas incluidas en el Régimen General, declaradas en situación de incapacidad permanente absoluta, cualquiera que sea la contingencia que la origine, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

No tener la edad prevista, en el apartado 1.a) del artículo 205 de la LGSS, en la fecha del hecho causante o no reunir los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación contributiva del Sistema, siempre que la incapacidad derive de contingencias comunes.

Estar afiliadas y en situación de alta, asimilada a la de alta o en situación de no alta.

Cuando la incapacidad se derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional, los trabajadores se considerarán de pleno derecho, afiliados y en alta, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones.

Se considera situación de alta especial la huelga legal o cierre patronal.

Tener cubierto un período previo de cotización si la incapacidad permanente deriva de enfermedad común o si la incapacidad permanente deriva de accidente no laboral y el interesado no se encuentra en situación de alta ni asimilada.

Si deriva de enfermedad común, en situación de alta o asimilada:

Menor de 31 años de edad:

Período genérico de cotización: la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante

Período específico de cotización: no se exige.

31 o más años de edad:

Período genérico de cotización: un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y la del hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de 5 años.

Período específico de cotización: un quinto del período de cotización exigible debe estar comprendido:

En los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante o

En los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, si se accede a la pensión desde una situación de alta o asimilada, sin obligación de cotizar. Lo dispuesto en este párrafo se aplicará, igualmente, a quienes, sin haber completado el período específico exigible, causen la pensión desde una situación de alta, con obligación de cotizar cuando dicha situación proceda de otra inmediatamente anterior de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar

No se tendrán en cuenta, a estos efectos, las fracciones de edad inferiores a 6 meses; si son superiores, se consideran equivalentes a medio año. Los períodos de cotización resultantes serán objeto de redondeo, despreciándose, en su caso, las fracciones de mes.

Si deriva de enfermedad común o accidente no laboral, en situación de "no alta":

Período genérico de cotización: 15 años.

Período específico de cotización: 3 años en los últimos 10.

En el caso de los trabajadores con contratos a tiempo parcial, para acreditar el período de cotización exigido, a partir de 04-08-2013, se aplicarán las reglas establecidas en el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto.

Como regla general, dentro de un mismo Régimen, el precepto impone la incompatibilidad de pensiones entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. No obstante, según la jurisprudencia es posible compatibilizar dos pensiones de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta, cuando las mismas se causan en dos Regímenes de Seguridad Social diferentes, aunque, como en el supuesto planteado, una provenga de la agravación por accidente de otra existente.

El apdo. 1, Art. 163 LGSS, expone:

1. Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

Como regla general, dentro de un mismo Régimen, el precepto impone la incompatibilidad de pensiones entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente.

La STS 14/07/2014 (R. 3038/2013), ha reiterado doctrina sobre la compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta, cuando:

- a) las mismas se causan en dos Regímenes de Seguridad Social diferentes.
- b) ha existido sucesión de actividades laborales que dieron lugar al alta en los Regímenes correspondientes.
- c) el beneficiario reúne los requisitos exigidos en cada uno de los Regímenes.

Siguiendo esto, para el Alto Tribunal, ha de dejarse al margen que la agravación, a efectos del reconocimiento de la nueva pensión de incapacidad permanente absoluta, de dolencias ya valoradas en la incapacidad permanente, también en el grado de absoluta, declarada en el otro Régimen. Es decir, es posible compatibilizar dos pensiones de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta, cuando las mismas se causan en dos Regímenes de Seguridad Social diferentes, aunque, como en el supuesto planteado, una provenga de la agravación por accidente de otra existente.

Hecho causante / Efectos económicos

Si la incapacidad permanente surge tras haberse extinguido la incapacidad temporal de la que deriva, bien por agotamiento del plazo, bien por alta médica con propuesta de incapacidad permanente:

El hecho causante se entiende producido en la fecha de la extinción de la incapacidad temporal.

Los efectos económicos se fijan en el momento de la calificación, es decir, en la fecha de la resolución del Director Provincial del INSS. No obstante, podrán

retrotraerse a la fecha de extinción del subsidio de incapacidad temporal, cuando la cuantía de la pensión de incapacidad permanente sea superior a la del subsidio que se venía percibiendo, no existiendo retroacción, en ningún caso, si el trabajador se encontraba en situación de demora de la calificación.

Si la incapacidad permanente no está precedida de incapacidad temporal o ésta no se ha extinguido:

El hecho causante se entiende producido en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI).

Los efectos económicos se fijan en la misma fecha de emisión del dictamen-propuesta.

Si la incapacidad permanente se produce desde una situación de no alta ni asimilada a la de alta:

El hecho causante se entiende producido el día de la solicitud.

Los efectos económicos se fijan en la misma fecha.

Suspensión

Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar el derecho a las prestaciones.

Cuando la incapacidad permanente sea debida o se haya agravado a consecuencia de imprudencia temeraria del beneficiario.

Cuando la incapacidad permanente sea debida o se haya agravado a consecuencia de haber rechazado o abandonado, sin causa razonable, el tratamiento sanitario prescrito durante la situación de incapacidad temporal.

Cuando el beneficiario, sin causa razonable, rechace o abandone los tratamientos o procesos de readaptación y rehabilitación procedentes.

Extinción

Por revisión con resultado de curación.

Por fallecimiento del beneficiario.

Por reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, cuando se opte por esta pensión.

Por revisión de oficio dictada por la Entidad gestora en alguno de los casos en que tal actuación esté legalmente permitida y de ella se derive la pérdida del derecho a la pensión.

STS DE 23/09/13 fija doctrina jurisprudencial en la relación con el cómputo de los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias a efectos de prestaciones por incapacidad permanente y jubilación.

El Alto Tribunal estima así el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) de septiembre de 2012, recaída en recurso de suplicación interpuesto por Joaquín García Ferrer y por el INSS contra la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Granada, de 11 de abril de 2012.

El Supremo declara, en primer lugar, que al exclusivo objeto de obtener la carencia exigible para poder acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, sigue vigente la doctrina jurisprudencial sobre los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias, de forma que a los mencionados efecto de cómputo carencial, el año no consta sólo de 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuota abonados por gratificaciones extraordinarias.

Además, la sentencia indica que, tras la entrada en vigor el 1 de enero de 2008 de la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, dicha doctrina ya no resulta aplicable en cuando se refiere al cálculo del período de carencia necesario para la pensión de jubilación, al haberse incorporado al artículo 161.1.b. la previsión de que “a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias”.

Así, el tribunal concluye afirmando que “no debemos modificar, con pretendido fundamento en dicha ley, la doctrina jurisprudencial que ha venido excluyendo el cómputo de los días-cuota a efecto del cálculo de la base reguladora o el porcentaje aplicable a ella por años de cotización”.

VI. GRAN INVALIDEZ

La situación de un trabajador afectado de incapacidad permanente que, a consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para llevar a cabo los actos más esenciales de la vida, como vestirse, desplazarse, comer y análogos.

Requisitos para la concesión de la prestación económica

Se exigen los mismos requisitos que para la incapacidad permanente absoluta.

Cuantía de la prestación

La prestación consiste en una pensión según lo establecido para la incapacidad permanente total o, en su caso, incapacidad permanente absoluta, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que pueda remunerar a la persona que le atienda. El importe será equivalente al resultado de sumar el 45 por 100 de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por 100 de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento podrá tener un importe inferior al 45 por 100 de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

Esta prestación está exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Base reguladora

La base reguladora se calcula aplicando íntegramente las reglas señaladas anteriormente para la incapacidad permanente absoluta.

Compatibilidad

Se aplican las mismas reglas que para la incapacidad permanente absoluta.

Incompatibilidad

Se aplican las mismas reglas que para la incapacidad permanente absoluta.

Documentación a presentar

Solicitud

Acreditación de identidad del solicitante, representante legal y demás personas que figuran en la solicitud.

Documentación acreditativa de la representación legal, en su caso, o de la emancipación del solicitante menor de edad.

En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, parte administrativo de accidente de trabajo o enfermedad profesional y certificado empresarial de salarios reales del año anterior.

STS de 14/10/2008. Compatibilidad de la pensión por gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena en jornada ordinaria. La Sala estudia el caso de una trabajadora que, tras ser declarada en situación de gran invalidez, comenzó a prestar

sus servicios, como trabajadora social, primero con contrato a tiempo parcial (66,80 % de la jornada) y luego a tiempo completo. La Entidad Gestora, al tener conocimiento de los hechos, inició expediente de revisión de la incapacidad permanente que terminó por suspender, mientras la beneficiaria trabajase, el pago de la prestación (salvo el incremento destinado a pagar la ayuda de otra persona).

El TS, siguiendo doctrina ya existente, Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero de 2008, establece la compatibilidad, entre la pensión por gran invalidez y el trabajo por cuenta ajena, basándose en las siguientes consideraciones:

a) La interpretación restrictiva mantenida por el INSS no siempre ha sido la acogida por la jurisprudencia social. Recordando la Sala la STS 02/03/1979 donde se mantiene que "el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24.4 de la Orden de 15 abril 1969 , puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades "superfluas, accidentales o esporádicas"; y la STS 06/03/1989 donde se consideran inaplicables el período mínimo de cotización exigible En el caso de pensiones por incapacidad permanente (RD Leg. 1/1994 de 20 de Jun) a quienes habían sido declarados en situación de IPA sin derecho a prestaciones.

b) La literalidad del RD Leg. 1/1994 de 20 de Jun, aboga por la plena compatibilidad de trabajo y pensión ["las pensiones... no impedirán... aquellas actividades... compatibles"], al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible ex art. 35 ET, siendo de destacar que la remisión que al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, para la IPT.

c) La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT [legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido] que al incapaz declarado en IPA [al que se le negaría toda actividad -e ingresos- extramuros de la marginalidad].

d) La incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras [pensión de Jubilación/nueva prestación por IPA; con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece el RD Leg. 1/1994 de 20 de Jun], lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario [consecuencia impuesta -se dice- por la lógica del Sistema] privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo - psicofísico- por parte del inválido; y

e) Este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías [particularmente informáticas y de teletrabajo], que consienten pluralidad de actividades laborales -a jornada completa- a quienes se encuentran en situaciones de IPA o GI, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa -en el indicado marco de actividades sedentarias- un considerable.

La Sala, partiendo que el RD Leg. 1/1994 de 20 de Jun, declara compatible la pensión de gran invalidez con cualquier tipo de actividad laboral que sea compatible con su situación, sin limitación alguna, puesto que, en caso contrario, estaría en mejor condición el trabajador declarado en incapacidad permanente total, que aquel que obtiene una declaración de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

VII. REQUISITOS PARA CAUSAR DERECHO A LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS

Las personas incluidas en el Régimen General declaradas en situación de incapacidad permanente, menores de la edad ordinaria de jubilación en la fecha del hecho causante o con la edad ordinaria de jubilación cumplida, pero que no reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación del sistema, deben cumplir con los siguientes requisitos (artículo 195 LGSS 2015):

1º) Estar afiliadas y en alta o en situación asimilada al alta. No obstante, se puede causar derecho a pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, derivada de contingencias comunes, desde la situación de no alta.

2º) Reunir el período de cotización que a continuación se indica para cada una de las prestaciones, salvo que la incapacidad permanente sea debida a accidente, laboral o no, o a enfermedad profesional, en cuyo caso, no se exige ningún período de cotización.

En el caso de que sea exigible, el período mínimo de cotización es el siguiente:

a) Si el sujeto causante tiene menos de 31 años de edad, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante de la pensión.

b) Si el causante tiene cumplidos 31 años de edad, un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que haya cumplido los 20 años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de 5 años. En este supuesto, al menos, la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante.

Como excepción, en la prestación por incapacidad permanente parcial el período mínimo de cotización exigible será de mil ochocientos días, que han de estar comprendidos en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente.

3º) Como se ha señalado, las pensiones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes pueden causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta. En tales supuestos, el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de 15 años, siempre que, al menos, la quinta parte del período de cotización exigible, esté comprendida dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante.

Señalar, al margen del cumplimiento de los señalados requisitos exigidos, que no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de contingencias comunes, al beneficiario que tenga la edad ordinaria de jubilación y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social (artículo 195.1 LGSS 2015, párrafo segundo); por lo que, de contrario, se reconoce la posibilidad de acceder a la prestación de incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales cumplida la edad ordinaria de jubilación.

VIII. LAS PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE

1. HECHO CAUSANTE Y EFECTOS ECONÓMICOS

Si la incapacidad permanente surge tras haberse extinguido la incapacidad temporal de la que deriva, bien por agotamiento del plazo, bien por alta médica con propuesta de incapacidad permanente:

- El hecho causante se entiende producido en la fecha de la extinción de la incapacidad temporal.

- Los efectos económicos se fijan en el momento de la calificación, es decir, en la fecha de la resolución del Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

No obstante, si la cuantía de la prestación de incapacidad permanente es superior a la del subsidio de incapacidad temporal que se venía percibiendo, los efectos se retrotraerán a la fecha de extinción del subsidio, no existiendo dicha retroacción, en ningún caso, si el trabajador se encontraba en situación de demora de la calificación.

Por el contrario, si la incapacidad permanente no está precedida de incapacidad temporal o ésta no se ha extinguido:

- El hecho causante se entiende producido en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI).

- Los efectos económicos se fijan en la misma fecha de emisión del dictamen-propuesta.

Por último, si la incapacidad permanente se produce desde una situación de no alta:

- El hecho causante se entiende producido el día de la solicitud.
- Los efectos económicos se fijan en la misma fecha.

2. ACCESO A LA CONDICIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE DESDE DISTINTAS SITUACIONES

El acceso a la prestación de incapacidad permanente se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos que han de cumplirse en el momento que sobreviene la contingencia. Salvo disposición legal que exprese lo contrario o los supuestos de accidente o enfermedad profesional el prestatario ha de estar afiliado y en alta - o en situación asimilada al alta- al sobrevenir el hecho causante y tener cubierto un período mínimo de cotización en función su edad.

1- Incapacidad permanente total, para acceder a una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

a) Pensionistas de incapacidad permanente total que han realizado trabajo con posterioridad a la declaración de incapacidad. En este caso la realización de dichos trabajos determina de nuevo el alta del trabajador en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social y su consecuente cotización. Por tanto, por la realización de los citados trabajos, sí se podrá obtener una incapacidad permanente en un grado superior a la total reconocida.

b) Pensionistas de incapacidad permanente total que no han realizado trabajo con posterioridad a la declaración de incapacidad. En este supuesto podrán acceder a la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez cuando:

1. Se produzcan nuevas lesiones, derivadas de contingencias comunes, durante el periodo en el que es pensionista de incapacidad permanente total.

2. Exista una agravación de su situación de incapacidad permanente total (a través de una revisión de grado).

2- Condición de jubilado para acceder a una incapacidad permanente.

Diversas sentencias han denegado la posibilidad de acceder a una incapacidad permanente a quienes ostentan la condición de jubilados, con independencia de que hayan efectuado nuevos trabajos con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación. De modo excepcional, si se podrá acceder a la condición de incapacidad permanente cuando el pensionista de jubilación lo solicite por una incapacidad

permanente derivada de enfermedad profesional originada con anterioridad a la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación.

3.-No encontrándose en situación de alta ni asimilada al alta.

Según el apdo. 4, Art. 195 Ley General de la Seguridad Social, las pensiones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta.

4.- Jubilación anticipada.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2.005, siguiendo doctrina previa (SSTS de 14 de octubre de 1992 y 30 de enero de 1996), reitera que no puede acceder al derecho a pensión por incapacidad permanente la persona que en la fecha del hecho causante es pensionista de jubilación, y ello aunque lo sea de jubilación anticipada y, por tanto, su edad sea inferior a 65 años; puesto que el objetivo de la legislación aplicable es evitar que puedan acceder a la pensión por incapacidad permanente aquellos posibles beneficiarios que reúnan los requisitos para jubilarse, entre ellos la edad de 65 años; y cuando se da la circunstancia de que el trabajador ya está jubilado voluntariamente antes de cumplir esa edad, es evidente que tampoco puede acceder a dicha pensión porque el hecho causante de la incapacidad permanente ha de venir precedido por el desempeño de profesión u oficio. STS 27/07/2005 (R. 6733/2003

3. SOLICITUD

Si bien no es necesaria la presentación de una solicitud según el modelo oficial, resulta conveniente su utilización, ya que en los modelos oficiales se contienen los datos necesarios para resolver el expediente, agilizándose los trámites.

Los formularios de solicitud contienen instrucciones, para su cumplimentación, fácilmente entendibles. No obstante, si surgiera alguna duda, los funcionarios de los Centros de atención e información (CAISS) prestarán el asesoramiento y la ayuda necesarios para la cumplimentación y presentación de los mismos.

Las solicitudes de prestaciones, cuya gestión está atribuida al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), serán tramitadas y resueltas:

Con carácter general, en la Dirección Provincial del INSS donde se presente la solicitud.

Si se trata de prestaciones por incapacidades laborales, en la Dirección provincial del INSS del domicilio del interesado.

Si el solicitante reside en el extranjero, en la Dirección provincial del INSS de la provincia donde se acrediten o aleguen las últimas cotizaciones en España.

No obstante, pueden ser presentadas en cualquier registro oficial o, si dispone de certificado digital, en la Sede Electrónica de la Seguridad Social.

4. DOCUMENTOS QUE SE DEBEN ACOMPAÑAR A LA SOLICITUD

Los documentos que se indican a continuación se presentarán en original acompañados de copia para su compulsión o fotocopia ya compulsada, excepto para los documentos de identidad en los que será suficiente la exhibición del original.

En todos los casos:

Acreditación de identidad del interesado, representante legal y demás personas que figuran en la solicitud mediante la siguiente documentación en vigor:

Espanoles: Documento Nacional de Identidad (DNI).

Extranjeros residentes o no residentes en España: Pasaporte o, en su caso, documento de identidad vigente en su país y NIE (Número de Identificación de Extranjero) exigido por la AEAT a efectos de pago.

Documentación acreditativa de la representación legal, en su caso, o de la emancipación del solicitante menor de edad. Si es tutor institucional, CIF/NIF, documento en el que conste el nombramiento de tutela de la Institución y certificación acreditativa de la representación de la Institución.

En caso de enfermedad común:

Justificantes de pago de cotizaciones de los últimos 3 meses si es usted el obligado a ingresarlas y la incapacidad se ha producido en ese mismo periodo.

En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional:

Parte administrativo de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Certificado empresarial de salarios reales del año anterior.

Otros documentos:

Si está en su poder, Historial clínico elaborado por el Servicio Público de Salud competente en su Comunidad Autónoma o, en su caso, Informe de la Inspección Médica de dicho servicio.

Si ha tenido algún aborto de más de seis meses o hijos fallecidos antes de las 24 horas de vida, certificado del Registro Civil donde conste su existencia.

Para incluir en asistencia sanitaria:

Libro de Familia o actas del Registro Civil que acrediten el parentesco con el solicitante.

Certificado del Ayuntamiento que acredite la convivencia con el solicitante (no se exige para el cónyuge y los hijos) cuando el funcionario lo considere necesario.

Auto judicial o certificado de acogimiento familiar, expedido por la Comunidad Autónoma.

Resolución judicial de separación o divorcio donde conste la custodia de los hijos menores y, en su caso, la cuantía de la pensión compensatoria al cónyuge o ex-cónyuge y la de alimentos a hijos.

Acreditación de residencia habitual en España de extranjeros, mediante certificado de empadronamiento del Ayuntamiento o tarjeta de residencia, cuando el funcionario lo considere necesario.

Esta documentación puede presentarse en cualquiera de los Centros de Atención e Información de la Seguridad Social.

5. CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES: EL PORCENTAJE APLICABLE

Las cuantías de las prestaciones por incapacidad permanente son las siguientes:

- a) Incapacidad permanente parcial

La prestación consiste en una indemnización a tanto alzado, equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que sirvió para el cálculo del subsidio de la incapacidad temporal, de la que se deriva la incapacidad permanente.

b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual

La prestación consiste en una pensión vitalicia, de periodicidad mensual, cuya cuantía está en función del porcentaje y de la base reguladora.

Para calcular la pensión mensual se aplicará un determinado porcentaje a la base reguladora que corresponda. El porcentaje es del 55 por 100 de la base reguladora, que puede incrementarse en un 20 por 100 más para los mayores de 55 años cuando, por su falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual. Este último es el supuesto comúnmente denominado -como ya se adelantó- de incapacidad permanente total cualificada.

No obstante, la pensión puede sustituirse, excepcionalmente, por una indemnización a tanto alzado, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que se solicite en los 3 años siguientes a la concesión de la pensión.
- Que se trate de un trabajador menor de 60 años.
- Que se presuma que no va a haber modificación de la incapacidad.

- Que el beneficiario realice trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena, o se acredite que el importe de la indemnización se invertirá en la preparación o desarrollo de nuevas fuentes de ingreso como trabajador autónomo, siempre que se acredite tener aptitud suficiente para el ejercicio de la actividad de que se trate.

En el supuesto de optar por la indemnización a tanto alzado, la cuantía de ésta alcanza un máximo de 84 mensualidades de la pensión con menos de 54 años de edad y un mínimo de 12 mensualidades a los 59 años.

Al cumplir 60 años, el beneficiario recuperará la pensión originariamente reconocida, con todas las revalorizaciones establecidas desde la fecha en que se autorizó la sustitución.

La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no puede resultar inferior al 55 por 100 de la base mínima de cotización vigente en cada momento (artículo 196.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015).

c) Incapacidad permanente absoluta

Consiste en una pensión vitalicia mensual, cuya cuantía está en función del porcentaje y de la base reguladora; concretamente, el 100 por 100 de la base reguladora.

d) Gran invalidez

El gran inválido tiene derecho a una pensión vitalicia del 100 por 100, incrementándose con un complemento en una cantidad equivalente al resultado de sumar el 45 por 100 de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por 100 de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia que originó la incapacidad, sin que pueda ser inferior al 45 por 100 de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador. Con este complemento el inválido puede remunerar a la persona que le atiende.

Debemos señalar que en los casos en que un trabajador con 65 o más años acceda a la pensión de incapacidad permanente, derivada de contingencias comunes, en tanto no reúna los requisitos para obtener la pensión de jubilación, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al periodo mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación. Si deriva de enfermedad común, se aplica lo establecido en el artículo 197.1.a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015.

6. CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES: DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA

Sobre la base reguladora debemos tener en cuenta las siguientes reglas (artículo 197 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015):

1ª) Si la incapacidad permanente deriva de enfermedad común, la base reguladora será el resultado de dividir las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores al hecho causante entre 112, teniendo en cuenta que:

- Las bases de cotización de los 24 meses anteriores al hecho causante se computan por su valor nominal.

- Las restantes bases se actualizarán de acuerdo con la evolución del Índice de Precios al Consumo, desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes 25.

- Si en el período a tomar en cuenta para el cálculo aparecieran meses durante los cuales no existiera la obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integran con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por 100 de dicha base mínima.

Existe una situación específica, por cuanto se aplica una base reguladora reducida, en los supuestos en que se exija un periodo de cotización inferior a ocho años, esto es, en caso de incapacidad permanente total cuando el trabajador tenga menos de 52 años en la fecha del hecho causante: la base reguladora será el cociente que resulte de dividir la suma de las bases de cotización por contingencias comunes en número igual al de meses de que conste el periodo mínimo exigible por el número de esos mismos meses exigidos, multiplicando este divisor por 1,1666, para que se produzca una proporción similar a la fórmula legal, de modo que el divisor refleje la existencia de dos pagas extraordinarias por cada doce mensualidades. En ningún caso se actualizan las bases correspondientes a las 24 mensualidades inmediatamente anteriores al mes en que se produjo el hecho causante (artículos 140.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015 y 5.3 del Real Decreto 1799/1985).

Al resultado así obtenido se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista en el artículo 210.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015 (jubilación), considerándose cotizados los años que le resten al interesado para cumplir la edad de jubilación vigente en cada momento. Caso de no alcanzar 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por 100.

2ª) Si la incapacidad permanente deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la base reguladora se calcula sobre salarios reales percibidos en el año anterior al hecho causante. Será, por tanto, el cociente de dividir por 12 los siguientes sumandos:

- Sueldo y antigüedad diarios del trabajador en la fecha del accidente por 365 días.

- Pagas extraordinarias, beneficios o participación en los ingresos, por su importe total en el año anterior al accidente.

- El cociente de dividir los pluses, retribuciones complementarias y horas extraordinarias percibidas en el año anterior al accidente, por el número de días efectivamente trabajados. El resultado se multiplicará por 273.

3º) Si la incapacidad deriva de accidente no laboral, la base reguladora será el cociente que resulta de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del trabajador

por contingencias comunes durante un periodo ininterrumpido de 24 meses elegido por el interesado dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del accidente.

Se aplican, sin embargo, las reglas generales previstas para el cálculo de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común cuando se trate de accidente no laboral y el beneficiario no se encuentre en alta o en situación asimilada al alta.

STS de 10/03/14, recoge que los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias se computarán a fin de completar el periodo de carencia en la prestación de incapacidad permanente. En este sentido, es importante aclarar que los días-cuota de la Seguridad Social son los días correspondientes a las dos pagas extraordinarias obligatorias de los trabajadores que suman 60 días, es decir, dos meses, a los 365 días naturales del año. Del mismo modo, el periodo de carencia es el periodo mínimo de cotización a la Seguridad Social para poder acceder al derecho a recibir algún tipo de prestación.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si los denominados días-cuota deben computarse, no solamente, en su caso, para determinar y completar el periodo de cotización exigible para tener derecho al acceso a las prestaciones económicas de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común de la Seguridad Social, sino además para el cálculo de la base reguladora o para el porcentaje aplicable por años de cotización, con lo que dicha base reguladora resultaría incrementada.

Así, la sentencia da respuesta al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, por el cual el Alto Tribunal ha unificado las diferentes interpretaciones de la ley que han llevado a cabo otros órganos judiciales inferiores, consiguiendo así fijar la jurisprudencia. Se establece que los días-cuota se computarán

exclusivamente a los fines de completar el periodo de carencia en la prestación de incapacidad permanente, pero no para mejorar la base reguladora de dicha prestación atendiendo a la equiparación de días de cotización a días de trabajo cotizado.

El Tribunal ha hecho prevalecer el concepto de “día-cuota” sobre el de “día de trabajo cotizado”, de modo que la cotización por las pagas extraordinarias aprovecha para el periodo necesario para la concesión del derecho a prestaciones, a cuyos efectos el año no consta sólo de 365 días naturales, sino de estos y de los días-cuota abonados por pagas extraordinarias, y concluyendo que han de excluirse los días-cuota para la determinación de la base reguladora.

La sentencia también añade que el cómputo de los días-cuota para completar el periodo de carencia sigue sin resultar aplicable en los casos de cálculo de dicho periodo para obtener la pensión de jubilación

-STS de 26/05/2017. La cotización a tiempo parcial implica que las lagunas cotizatorias para una IPA no se integren con las bases mínimas a tiempo completo. Según el Alto Tribunal, cuando un beneficiario tenga reconocida en toda su vida laboral un breve período de cotizaciones por trabajo a tiempo parcial, habiendo estado desde entonces sin cotizar varios años hasta que se volvió a hacerlo, las lagunas cotizatorias deben integrarse con las bases mínimas a tiempo completo a pesar de existir un período de cotizaciones por trabajo a tiempo parcial breve en relación con el total.

Siguiendo doctrina del TC, TJUE y aplicando la Disposición Adicional Séptima, Tercera, b) de del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (actuales Art. 245 a RD Leg. 8/2015 de 30 de Oct (TR. Ley General de la Seguridad Social -LGSS-)-248, LGSS), conforme a la cual, «la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre

las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término», la Sentencia Social N° 325/2017, TS, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec 1480/2011, 20-04-2017, establece que las lagunas deben integrarse con las bases mínima de cotización a tiempo completo, por más que sean las más caracterizadas, por su extensión cronológica, en el período a computar para la determinación de la base reguladora, lo cual, en definitiva, constituye una interpretación contraria a la que se deriva de la dicción gramatical del texto. La sentencia citada contiene un voto particular de la Excm. Sra. Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea abogando por una interpretación más flexible de las normas rectoras de la concesión de prestaciones.

7. ABONO DE LA PENSIÓN

Las pensiones se abonan mensualmente, con dos pagas extraordinarias a pagar en los meses de junio y noviembre, salvo en los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, en que dichas pagas están prorrateadas dentro de las mensualidades ordinarias.

El pago se realiza a mes vencido, con fecha del día 1 del mes siguiente, pudiendo optar el beneficiario por el abono a través de cualquier entidad financiera.

Las pensiones de incapacidad permanente tienen garantizadas unas cuantías mínimas mensuales en los grados siguientes:

- Incapacidad permanente total con 65 años cumplidos.

- Incapacidad permanente absoluta.

- Gran invalidez.

- Parcial con 65 años cumplidos, causada al amparo del Reglamento de Accidentes de Trabajo, aprobado por el Decreto de 22 de junio de 1956.

IX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

El procedimiento viene regulado por el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, en los siguientes términos:

1º) Corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos correspondientes y en todas las fases del procedimiento, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate:

- Calificar la situación de incapacidad permanente.

- Fijar el grado correspondiente, así como su posible revisión.

- Determinar el origen de la incapacidad, profesional o común.
- Reconocer el derecho a la prestación y señalar su importe.
- Identificar el responsable de las prestaciones que resulten procedentes.
- Declarar, en su caso, la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad y salud en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas.

2º) El procedimiento para evaluar la incapacidad en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas por invalidez permanente se puede iniciar:

- De oficio, por propia iniciativa de la Entidad gestora, o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

- A instancia del trabajador o su representante legal.

- A instancia de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social: Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente.

En todo caso, el procedimiento debe ser impulsado de oficio.

3º) La tramitación de los procedimientos para la evaluación de la incapacidad, en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas correspondientes, requiere los siguientes actos e informes preceptivos:

- Aportación del alta médica de asistencia sanitaria y del historial clínico, previo consentimiento del interesado o su representante.

- Formulación del dictamen-propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades, que estará acompañado de un informe médico consolidado en forma de síntesis, comprensivo de todo lo referido o acreditado en el expediente, un informe de antecedentes profesionales y los informes de alta y cotización que condicionan el acceso al derecho.

- Emitido el dictamen-propuesta, se debe conceder audiencia a los interesados para que aleguen cuanto estimen conveniente.

- Trámite de audiencia al empresario, cuando exista propuesta de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo.

4º) La resolución del expediente compete a la Dirección provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, que debe dictar resolución expresa en todos los procedimientos incoados, sin estar vinculada por las peticiones concretas de los interesados, por lo que podrá reconocer las prestaciones que correspondan a las lesiones existentes o a la situación de incapacidad padecida, ya sean superiores o inferiores a las que se deriven de las indicadas peticiones. Si en el plazo de 135 días, contados a partir de la fecha del acuerdo de iniciación en los procedimientos de oficio o de la recepción de la solicitud en los demás casos, no se dicta resolución se entiende denegada por silencio administrativo.

Dicha resolución es recurrible, previa reclamación frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, ante la jurisdicción social.

5º) La declaración de incapacidad permanente es revisable mientras el beneficiario no haya cumplido la edad mínima de jubilación. Pueden ser causas de revisión:

- Mejoría o agravación.
- Error de diagnóstico.
- Realización de trabajos por cuenta ajena o propia del pensionista.

La competencia sigue siendo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, que tanto en la resolución inicial que reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, como en las de revisión debe hacer constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, no así en el supuesto de error en el diagnóstico, pues la resolución es revisable en cualquier momento.

Llegado el caso, los efectos de la revisión pueden ser:

- Confirmación del grado de incapacidad.
- Modificación del grado de incapacidad y, en consecuencia, de la prestación.

- Extinción de la incapacidad y, en consecuencia, de la pensión.

X. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN

Se prevén cuatro supuestos en los que la conducta del beneficiario puede provocar la denegación, anulación o suspensión del derecho a la prestación por incapacidad permanente (artículo 23.1 de la Orden de 15 de abril de 1969):

- La actuación fraudulenta del beneficiario para obtener o conservar la prestación.

- La imprudencia temeraria que cause o agrave la situación.

- Cuando la incapacidad permanente es debida o se ha agravado por haber rechazado o abandonado el beneficiario, sin causa justificada, el tratamiento prescrito durante la situación de incapacidad temporal.

- Por haber rechazado o abandonado sin causa razonable tratamientos o procesos de readaptación o rehabilitación procedentes.

Particularmente, el incremento del 20 por 100 de la pensión de incapacidad permanente total cualificada queda en suspenso durante el tiempo en que el beneficiario mantenga un empleo.

Las prestaciones económicas de carácter periódico por incapacidad permanente se extinguen:

- Por revisión de la incapacidad permanente con resultado de curación.
- Por causar derecho a la pensión de jubilación, si el inválido opta por ésta (artículo 163.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015).
- Por concurrir alguna de las causas señaladas como de suspensión, si éstas suponen una infracción que afecte al cumplimiento y conservación de los requisitos que den derecho a la prestación y se dicte resolución administrativa al respecto (artículo 47 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social).
- Por fallecimiento del beneficiario.

Jurisprudencia a destacar.

- STS 28 de septiembre de 2006: «la incapacidad permanente total cualificada no constituye un grado en sentido propio, sino un complemento de la incapacidad permanente total al que se puede acceder cuando se cumplen los requisitos establecidos en la Ley para ello, la Sala razona que:

"Desde esta perspectiva jurídica, resulta indudable que no se incurre en clase alguna de incongruencia procesal cuando postulada una Incapacidad Permanente Total por quien, en el momento de su solicitud, reúne todos los requisitos para poder optar a ese grado de invalidez con la cualificación derivada de lo previsto en el art. 139.2 párrafo dos, la sentencia que la reconoce establece, ya, el abono de la prestación incrementada con el porcentaje reglamentario del 20%.

Siendo este el criterio mantenido por esta Sala (. . .) no hay razón que justifique la pretendida incorrección jurídica de la sentencia recurrida por el hecho de haber otorgado de oficio y sin una postulación expresa, el incremento del 20% a la prestación de incapacidad permanente total"»

-STS de 19 de septiembre de 2006: "En virtud de una prorroga extraordinaria un sujeto "no puede pretender la continuación en Incapacidad Temporal aun cuando precise ultimar su tratamiento" cuando "lo definitivo (. . .) de acuerdo con la doctrina unificada es, de un lado el agotamiento del plazo máximo de dieciocho meses y de otro, la existencia de resolución administrativa en la que se declara a la beneficiaria no afecta de invalidez permanente en grado alguno y de la ausencia de previsión de demora en la calificación".

- STS 14 de junio de 2006: «"ha quedado esta doctrina excepcional referida exclusivamente a los períodos sin obligación de cotizar, por invalidez provisional inmediata al proceso de invalidez en el que la misma es declarada (en este momento histórico prácticamente inexistente) o a los períodos de prórroga de la incapacidad temporal también inmediatamente anterior a la declaración de invalideces como excepciones a favor de los beneficiarios de tales prestaciones en cuanto supuestos muy específicos en los que las previsiones legales del sistema en la articulación de la protección pueden llevar a perjudicar sin justificación alguna los derechos de aquéllos".

Cuando "el actor después de un proceso de incapacidad que duró de 1991 a 1997 con inclusión del período de invalidez provisional, estuvo durante dos años -de septiembre de 1997 a 1999- en situación de alta laboral percibiendo prestaciones de desempleo, siendo después de este período cuando inició nueva situación de incapacidad temporal con resultado de invalidez (. . .) el período de invalidez provisional que le fue considerado tiempo muerto o paréntesis carecía de justificación de conformidad con la doctrina de la Sala antes indicada"».

- STS 18 de mayo de 2006: «en aquellos casos en los que el asegurado es declarado en situación de incapacidad permanente sin que esa situación se haya visto precedida de la de incapacidad temporal, sino que el interesado ha estado prestando servicios, no hay dificultad en distinguir entre la fecha del hecho causante y la de efectos económicos de la prestación. La primera será la correspondiente a la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades - tal y como establece el párrafo segundo del número 2 del artículo 13 de la Orden de 18 de enero de 1996- y la segunda será aquella en la que se produzca el cese en el trabajo»

- STS (Soc./UD), 6 de febrero de 1998: «La constancia de la no cobertura del período de cotización necesario para tener derecho a una prestación económica de la Seguridad Social es fundamento suficiente para que no haya una declaración o un pronunciamiento sobre situación de invalidez sin derecho a pensión. El acto administrativo de reconocimiento de una situación de invalidez permanente se revela de estructura compleja e indisociable, tanto en lo que hace a la constatación médica de la enfermedad determinante de dicha incapacidad para el trabajo como al consecuente otorgamiento de la prestación económica que supla la percepción de renta de trabajo a causa de tal incapacidad laboral, de modo que al venir condicionada dicha invalidez laboral a la concurrencia de determinados requisitos, unos de carácter médico y otros de índole jurídica, la ausencia de cualquiera de ellos debe determinar la imposibilidad legal de configurar aquella situación protectora de la Seguridad Social».

- STS (Soc./UD) 7 de febrero de 2000: «El art. 138.2 LSS se refiere al hecho causante como término final del período, por lo que, si se aplica rígidamente la regla, los trabajadores procedentes de la (...) incapacidad temporal prorrogada (...) tendrían serias dificultades para el cumplimiento de las denominadas "carencias cualificadas" (...). El mismo criterio debe aplicarse en materia de bases reguladora, pues los términos de la regulación son los mismos (...): evitar imponer al solicitante un perjuicio no justificado por un hecho que no le resulta imputable, y en virtud de la utilización por parte de la ley de un término equívoco».

- STS (Soc./UD), 20 de abril de 1999: «Es doctrina reiterada la que establece la no interrupción de la acción protectora de la Seguridad Social en el período de tramitación de la prestación de invalidez permanente que sucede al agotamiento de la incapacidad laboral transitoria; doctrina que ha sido establecida para el supuesto de perduración sin solución de continuidad de las mismas dolencias o lesiones padecidas, y que no supone tampoco el paso automático de una a otra situación de protección».

- STS (Soc./UD), 14 de abril de 2000: «... salvo la concurrencia de circunstancias excepcionales, la voluntaria y injustificada solución de continuidad entre la baja en Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación, no permiten considerar en situación asimilada al alta a quien solicita luego la prestación de invalidez. (...) No obstante, esta Sala ha realizado siempre una interpretación humanizadora, flexible e individualizada de los requisitos exigidos para el reconocimiento de prestaciones que tienden a proteger situaciones de necesidad, evitando así rigideces que en ocasiones desnaturalizarían el propio espíritu protector de la Seguridad Social. Y ello le ha permitido eludir el criterio general expuesto para considerar que, pese a esas rupturas temporales, sigue vivo el animus laborandi y consiguientemente se cumple el requisito de situación asimilada al alta, cuando el alejamiento intermedio del sistema obedece a especiales circunstancias,

entre las que cabe destacar las siguientes: A) La enfermedad que provoca la declaración de invalidez ya estaba instaurada y con tal carácter en la fecha en que se produjo el cese en el trabajo. En este caso se considera cumplido el requisito, no ya de situación asimilada, sino de alta (...). B) La situación de alta en Seguridad Social existe cuando se inicia la enfermedad, cuyo posterior desarrollo es tan grave que explica que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta (...). C) Aparece, en fecha anterior o coetánea a la interrupción de la inscripción, una dolencia tan deteriorante de la voluntad del trabajador enfermedad mental, etilismo crónico, adicción prolongada a otras drogas, etc. que (...) "introduce un desorden en la vida ordinaria del trabajador que explica el abandono de los trámites burocráticos necesarios para el acceso o la permanencia en la oficina de empleo". (...) D) La inscripción como demandante de empleo se produce en un momento posterior a una incapacidad laboral transitoria cuya extinción ha sido impugnada en vía judicial, pero cuando aún ha recaído sentencia firme confirmando o revocando el alta médica. (...). E) Un interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo, "no revela su voluntad de apartarse del mundo laboral"».

- STS (Soc./UD), 13 de noviembre de 2000: «...se ha de excluir para el cálculo de la base reguladora de la pensión que por incapacidad permanente absoluta tiene reconocida el recurrente el tiempo en el que permaneció en situación de invalidez provisional, retrotrayéndose en consecuencia a tales efectos el cómputo de las bases de cotización al momento en el que fue declarado en situación de invalidez provisional».

- STS (Soc./UD), 2 de febrero de 1994: «El carácter individualizado de la valoración de la invalidez permanente impide generalizar las decisiones a través de criterios genéricos cuya aparente objetividad difícilmente puede responder en la práctica a una completa identidad en la extensión e intensidad de las lesiones y en su repercusión sobre el trabajador».

- STS (Soc./UD), 13 de noviembre de 2000: «"...la petición de incremento del 20% está ínsita en la pretensión de la actora cuando solicita ser declarada afecta de invalidez permanente, grado de incapacidad permanente absoluta" y tal doctrina es la que resulta ajustada a derecho (...) no ya solo la aplicación del principio aludido de que "quien pide lo más pide lo menos", principio, éste, que, ciertamente, en algún caso, pudiera no cohonestarse, exactamente, con los intereses de la parte postulante de la invalidez permanente, sino, también, la propia naturaleza revisorí de un acto administrativo que entraña todo juicio relativo a invalidez permanente permite admitir, sin quebrantamiento procesal apreciable, que el reconocimiento de un grado de invalidez permanente inferior al postulado en la demanda rectora de autos, en tanto no esté expresamente excluido del petitum de la demanda no debe dar lugar al denunciado vicio de incongruencia procesal».

- STS (Soc./UD), 30 de septiembre de 1998: «La facultad de revisión de la invalidez permanente concedida a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social por el art. 145 LSS no debe confundirse con lo dispuesto en el art. 145 TR LPL, que se refiere a la alteración de un acto declarativo cuyos supuestos de hecho no han variado. Y así, aunque ambas disposiciones emplean la palabra revisión, se trata de dos supuestos o especies radicalmente distintos, pues en el primero se contempla la revisión del acto de la Entidad Gestora y en el segundo se revisa, no el acto de concesión del derecho, sino la declaración de invalidez o del grado de incapacidad, estándose en el primer supuesto ante una misma situación de hecho, mientras que en el segundo se provee a un nuevo hecho, agravación o mejora o error en el diagnóstico, que no pueden interpretarse que lo sean en perjuicio del beneficiario. Igualmente cabe señalar que la revisión no opera sobre el acto de la Entidad que declaró la incapacidad, sino sobre la nueva situación patológica del trabajador, que en el ulterior momento afecta a la capacidad laboral de un modo diferente a como la afectaba antes, y que, por ello, exige una calificación también diferente».

- STS (Soc./UD), 17 de enero de 2000: «...no existe razón para excluir como miembro de la unidad de convivencia al nieto de la beneficiaria que con ella convive realmente por la mera circunstancia de no acreditarse que el nieto menor se encuentre bajo la guarda y custodia de sus abuelos Todo ello sin perjuicio de que "como excepción para evitar posibles fraudes, a falta de normas específicas que lo presuman en determinados supuestos para las prestaciones no contributivas, deba estarse a lo dispuesto en los arts. 6.4 y 7.2 CC».

- STS de 1 de marzo de 2011. El Juzgado de lo Social estimó la demanda formulada por una beneficiaria de prestaciones de la Seguridad Social, declarándola afecta de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, con el derecho al percibo de una pensión equivalente al 50 por 100 de la base reguladora, cuyo importe no se había cuestionado en el litigio. La Sala de lo Social estimó el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora y la declaró afecta de una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, con derecho a una prestación económica del 100 por 100 de la base reguladora. El INSS interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue estimado por el Tribunal Supremo para revocar la sentencia recurrida, en lo relativo a la cuantía de la pensión reconocida, que quedó fijada en el 50 por 100 de la base reguladora. La actora, nacida el 23 de enero de 1934, está afiliada a la S.S. e incluida en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos, cotizando sobre una base de 612,55 euros mensuales, como titular y dependienta única de una tienda de ferretería, en la que se veía obligada a realizar labores de subir y bajar las persianas del establecimiento, manejar objetos de peso, precisando de esfuerzos físicos y de permanecer de pie ciertos períodos de tiempo. El letrado de la Administración de la Seguridad Social argumentó en el recurso de casación para la unificación de la doctrina que había interpuesto la demandante, que esta parte, al interponer el recurso de suplicación, se había limitado a combatir el grado de incapacidad reconocido en la instancia, es decir, la incapacidad permanente total para la profesión habitual, solicitando el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, pero aceptando plenamente el pronunciamiento sobre el porcentaje de la pensión, afirmando que: «En el presente supuesto no va a producirse variación en la

cuantía final de la prestación». El reproche que el Tribunal Supremo hace a la Sala de lo Social consiste en que su sentencia, sin exponer razones para ello, elevó la cuantía de la pensión hasta el 100 por 100 de la base reguladora. La representación legal del INSS había solicitado aclaración a dicha sentencia, que le fue denegada. Puesto que la parte demandada, al formular el recurso de casación para la unificación de doctrina no combatió la sentencia recurrida en cuanto al grado de incapacidad permanente ya declarado, lo único que interesaba era la modificación de fallo recurrido para reducir la cuantía de la pensión al 50 por 100 de la base reguladora, a lo que accedió el Alto Tribunal al estimar el recurso de unificación de doctrina.

El carácter extraordinario de los recursos de casación para la unificación de doctrina y de suplicación determinó el resultado final de este litigio; ambos recursos limitan la competencia del Tribunal que ha de resolverlos a los motivos y a las cuestiones suscitadas por las partes al formularlos. Lo realmente sucedido fue que la sentencia de instancia, aplicando las reglas del art. 139.5 LGSS, después de reconocer que la demandante se encuentra afecta de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, y teniendo en cuenta que había superado la edad de 65 años, sin haber cumplido con la carencia necesaria en la cotización para lucrar la pensión de jubilación, determinó que la cuantía de la pensión se situase en el 50 por 100 de la base reguladora. Contra ese fallo recurrió en suplicación la actora, pero con el único motivo de revisar el grado de incapacidad que, en lugar de total para la profesión habitual, debía alcanzar la absoluta para todo trabajo, sin otras pretensiones, como podían ser las referidas a la cuantía final de la pensión.

Con esos antecedentes, y puesto que al formular el recurso de suplicación la demandante afirmó que en el caso debatido no se iba a producir variación alguna en la cuantía final de la prestación, la Sala de lo Social revocó la sentencia de instancia para sustituir las declaraciones que contenía por las dos siguientes: que la actora está afecta de una incapacidad permanente absoluta, como se había pedido en el recurso, y que la pensión debía alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora, petición no formulada por

ninguno de los litigantes, y de esta manera la Sala sobrepasó las facultades que la Ley le reconoce para decidir los recursos de suplicación, por su carácter extraordinario, modificando el fallo impugnado en una cuestión pacífica y admitida por ambas partes.

El Tribunal Supremo rectificó el error y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 139.5 LGSS, fijó el importe de la pensión en el 50 por 100 de la base reguladora, pese a tratarse de una incapacidad permanente absoluta que, en la generalidad de los casos, origina una pensión del 100 por 100 de la base reguladora. En el recurso de casación no se suscitó la cuestión relativa al grado de incapacidad permanente que aqueja la demandante; la solución a la que llega el Tribunal Supremo es la que corresponde, tanto si se trata de una incapacidad permanente total o absoluta, en el supuesto de beneficiarios mayores de 65 años que no puedan acceder a la pensión de jubilación por acreditar un período de cotización inferior a quince años, quedando entonces limitada la pensión al 50 por 100 de la base de cotización.

Revisión de la base reguladora. STC de 1 de septiembre de 2010. El Juzgado de lo Social, acogiendo la excepción de cosa juzgada opuesta por la entidad gestora, se abstuvo de entrar a conocer de la pretensión del demandante de que se revisara la base reguladora de su pensión de invalidez permanente. La Sala de lo Social desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el demandante, pero el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina y reconociendo al actor la base reguladora solicitada en su demanda. Por sentencia firme de 1 de julio de 1999 se declaró al demandante en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, señalando que la base reguladora de la pensión se calculara tomando los 96 meses inmediatos anteriores al mes de diciembre de 1998, fecha del hecho causante de la incapacidad. El 29 de junio de 2000 solicitó el beneficiario revisión de la base reguladora, que finalmente le fue denegada, al estimar la sentencia que así lo dispuso que la cosa juzgada se oponía a lo pedido. El 23 de septiembre fue declarado el actor en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, instando el 28 de mayo de 2007 nueva revisión de la base reguladora, que también le fue denegada.

El tema de debate ya había sido abordado por el Tribunal Constitucional en sentencia 307/2006, de 23 de octubre, y por el Tribunal Supremo en sentencias de 19 de febrero de 2008 y 30 de junio de 2009, referente a la revisión de la base reguladora de las prestaciones por incapacidad permanente, fijada por sentencia firme, a un beneficiario al que originariamente se le había calculado la base reguladora cubriendo los vacíos de cotización con las bases mínimas correspondientes al tiempo no cotizado, aplicando para ello lo que dispone el art. 140 LGSS. La doctrina proclamada al respecto por el Tribunal Supremo, cambió radicalmente de signo con el pronunciamiento por el Pleno de la Sala de 7 de febrero de 2000, en el sentido de que durante la IPV, en que no había obligación de cotizar, que podía prolongarse durante cuatro años y seis meses, se considera que la regla del art. 140.1 ya citado no puede interpretarse en sentido restrictivo, pues esa norma, desde la entrada en vigor de la L 26/1985, tiene por objeto mejorar la eficacia protectora del sistema a través del reforzamiento del carácter profesional y contributivo de las pensiones, por lo que no cabe entender que la Ley se hubiera remitido para el cálculo de la pensión a un amplio período de tiempo en el que, por mandato legal, no existe obligación de cotizar.

Analizando el efecto de la cosa juzgada en esta materia concreta, la sentencia comentada acude a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad proclamado en el art. 14 Constitución (CE), precisamente para hacer prevalecer este principio sobre el de la cosa juzgada, de suerte que el hecho de que el INSS aplique la nueva doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 7 de febrero de 2000 a las prestaciones ya reconocidas en vía administrativa y la negase en los casos en que la base reguladora se hubiera fijado en sentencia firme, carece de justificación objetiva y razonable para denegar la revisión de la base reguladora con el único argumento del efecto de la cosa juzgada material; la cosa juzgada no justifica un peor tratamiento a pensionistas que se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el simple hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho. La sentencia se ocupa de varias cuestiones: de la aplicación de la teoría del paréntesis en la interpretación del art. 140.1 LGSS, del

efecto de la cosa juzgada respecto de la revisión de la base reguladora de la pensión y el período de tiempo al que se retrotraen los efectos de la revisión de la base reguladora.

El punto de inflexión de la jurisprudencia lo ha fijado la sentencia del Pleno de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2000, seguida en este punto por otras muchas, por virtud de las cuales se cambió el criterio seguido hasta entonces, en cuanto había venido considerando que en supuestos en los que no existía obligación de cotizar a la S.S., en situaciones que se podían prolongar durante varios años, la regla del art. 140.1 LGSS, a cuyo tenor la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivadas de enfermedad común, será el cociente que resulte de dividir entre 112 las bases de cotización durante 96 meses inmediatamente anteriores al hecho causante, debía interpretarse en sentido literal, pese a que en ese tiempo existieran períodos no cotizados. El cambio de criterio consistió en partir de la base de que esa norma no podía interpretarse en sentido restrictivo, remitiendo el cálculo a un amplio período de tiempo en el que, por mandato legal, no había obligación de cotizar. El cambio de la jurisprudencia supuso una mayor ventaja para los beneficiarios que pretendieran revisar el importe de la base reguladora de sus pensiones de incapacidad permanente.

El principal argumento al que habían acudido las sentencias de instancia y de suplicación, asumiendo la tesis sostenida por el INSS, fijaba la atención en el art. 222 LEC y en el efecto material de la cosa juzgada; aparentemente se enfrentaban el derecho constitucional de la igualdad ante la Ley y el de la santidad de la cosa juzgada, esto es, bien dar el mismo tratamiento a dos grupos de beneficiarios que, de entrada, se hallaban en situaciones comparables, o bien mantener a ultranza lo declarado en una sentencia judicial firme, aunque resultara quebrantado el principio de igualdad. La cuestión se presentaba con esos caracteres, es decir, si en anterior ocasión se había fijado la base reguladora en sentencia judicial firme, el instituto de la cosa juzgada impedía volver a resolver sobre el mismo objeto del proceso, para volver a decidir sobre una cuestión ya solventada definitivamente, como es la fijación de la base reguladora. El Tribunal Supremo rechaza el razonamiento del INSS y aplica la doctrina proclamada

por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que el principio de igualdad, que como fundamental es proclamado en el art. 14 CE, prima sobre el de la cosa juzgada. Se trata de comparar dos colectivos de pensionistas del sistema público de S.S. que, en situaciones de igualdad objetiva, reciben un trato asimétrico de la entidad gestora; a los sujetos a los que se les reconoció una determinada pensión en resolución administrativa, se les permitió solicitar la revisión de la base reguladora de su pensión, a la luz de la nueva doctrina del TS, más favorable a los peticionarios y, sin embargo, se denegó tal revisión a quienes se había fijado la base reguladora en sentencia judicial firme, sin que pueda apreciarse la existencia de una justificación objetiva y razonable, y por tal motivo la razón no estaba ni en la tesis del INSS ni en la de las sentencias de instancia y de suplicación.

La última cuestión tratada se refiere al efecto retroactivo de la revisión de la base reguladora de una pensión ya reconocida con anterioridad; el Tribunal Supremo aplica la doctrina tradicional que, interpretando el art. 43. 1 LGSS, ha venido declarando que los efectos de la revisión de la base reguladora se retrotraen a los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud.

- STSJ de Madrid de 3 de junio de 2017, confirma el criterio establecido en su momento por el Juzgado de lo Social nº 33, de noviembre por la que se declaraba "incapacitado permanente total para su profesión" a un trabajador, diagnosticado de "silicosis de 2º grado" así como de enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) leve.

Para la Sala de lo Social, la valoración de las distintas pruebas practicadas acredita "la cuestionada relación de causalidad entre el trabajo realizado y la enfermedad diagnosticada". En este sentido, ve "un hecho incuestionable" que estuvo expuesto al polvo de sílice durante su actividad profesional.

El fallo se convierte en el primero en el que se declara como probado que un trabajador por su contacto directo con el cartón-yeso (conocido como pladur) se encontraba expuesto al polvo de sílice durante su jornada laboral, por lo que al contraer la enfermedad, no cabe duda de que el origen debe ser calificado como profesional.

Reconocimiento como enfermedad profesional. Cabe resaltar que la sentencia abre también la posibilidad al reconocimiento como enfermedad profesional de trabajadores de otras profesiones que padezcan silicosis y que estén o hayan estado expuestos al polvo del cartón-yeso, dado que la redacción actual del Cuadro de Enfermedades Profesionales (Real Decreto 1299/2006 de 10 de Noviembre (Cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y criterios para su notificación y registro)) denota la voluntad del legislador de mantener una lista abierta en relación a las enfermedades profesionales y las principales actividades capaces de producirlas.

XI. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

El régimen de incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente se sujeta a las siguientes reglas:

- La prestación por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual es compatible con el desarrollo de cualquier actividad, por cuenta propia o ajena.

- La pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual es compatible con la realización de cualquier otro trabajo por cuenta ajena o propia en la

misma empresa o en otra distinta, si bien el pensionista debe comunicar a la Entidad gestora dicha circunstancia. En cambio, es incompatible con el desempeño del mismo puesto en la empresa. La compatibilidad se refiere a trabajo distinto de aquél que constituía su profesión habitual, y para la que fue, declarado incapaz.

El percibo del incremento del 20 por 100 es incompatible con la realización de trabajos retribuidos por cuenta ajena o propia; mientras éstos tengan lugar, como ya se ha señalado, el incremento queda suspendido.

- Las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

Si se realizan trabajos susceptibles de inclusión en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, existe la obligación de cursar la correspondiente alta y cotización, debiendo comunicar el pensionista a la Entidad gestora el inicio de la actividad, ya sea por cuenta ajena o propia.

- Las pensiones de incapacidad permanente son incompatibles con la pensión de jubilación, si bien, en caso de concurrencia el beneficiario puede optar por una de ellas.

- Si se está percibiendo prestación o subsidio por desempleo y se declara al beneficiario en situación de incapacidad permanente, éste puede optar entre agotar la prestación o subsidio por desempleo y percibir, una vez agotadas, la pensión de incapacidad permanente o, si no, percibir de manera inmediata la pensión que le corresponda por su incapacidad permanente.

- Cuando la declaración de incapacidad permanente total sea la causa de extinción del contrato de trabajo, se puede optar entre percibir la prestación por desempleo o percibir de forma inmediata la pensión correspondiente por incapacidad permanente.

- Si el beneficiario, en el supuesto de incapacidad permanente total, pierde posteriormente un trabajo distinto de aquél por el que fue declarado inválido se le reconoce el derecho a percibir la prestación por desempleo, además de la pensión.

- La pensión de incapacidad permanente es compatible con las pensiones de orfandad y viudedad y con las de muerte y supervivencia.

La literalidad del precepto - apdo. 2, Art. 198 LGSS - apunta a la compatibilidad trabajo-pensión ("Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión"), al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible.

No obstante, ha ido criterio tradicional de la Sala IV, que los trabajos 'compatibles' resultan ser los cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, muy particularmente por sus limitaciones en orden a la jornada y a la retribución. En esta línea se ha afirmado que la actividad compatible de que trata el apdo. 2, Art. 198 LGSS no comprende 'el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos afecta tal grado de invalidez' (SSTS 19/12/88; y 26/12/88), sino que va referida a labores de orden adjetivo o marginal (SSTS 07/07/86; 19/12/88; y 26/12/88), pues 'no deben manifestar un cambio

en su capacidad de trabajo, ya que, de producirse éste, operaría la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes' (STS 26/01/89). Y esta conclusión, de que la actividad laboral compatible con las situaciones de IPA y GI por necesidad ha de ser de escasa significación, es una consecuencia -se dice- de que la interpretación del 141.2 LGSS ha de llevarse a cabo en función de los principios que inspiran la legislación de Seguridad Social, debiendo rechazarse una conclusión que contradice plenamente el sistema y el concepto de IPA; en palabras de la STS 20/12/85 -reiteradas por la de 13/05/86 -, '... el legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve, porque otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina de la Sala que tiene reiteradamente declarado que la incapacidad permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, con lo que de mantenerse un criterio amplio en la interpretación del precepto citado, el resultado sería, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo'.

No obstante, la cuestión que se plantea no ofrece la misma claridad si se atiende al dato de que el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de ipa o gi, porque así lo reconoce el Art. 35, Constitución Española y lo corroboran los apdo. 2, Art. 198 LGSS, Art. 2 ,Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo y 18.4 Orden Ministerial 18/01/96 (en este sentido, las SSTs 06/10/87; 03/11/87; 23/11/87; 26/01/89; 26/01/89; y 20/02/89). Y también -con doctrina clásica de la Sala IV- si se atiende a la consideración de que si bien la propia definición de IPA determina una cierta dificultad teórica para admitir la actividad laboral normal -no ocasional o discontinua- de quien se encuentra en tal situación (legalmente definida como la que 'inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio'), la posibilidad de esa actividad profesional se deriva del hecho de que la calificación de IP es un juicio problemático de las expectativas de empleo, como evidencian el propio 138.2 ,LGSS (STS 06/03/89); y de que '... los términos en que se expresa el legislador han de ser interpretados con cierta moderación dado el alcance de tales palabras de cierta infinitud de difícil percepción y adaptabilidad en la realidad sobre la que ha de actuarse ... de suerte que sólo cabe

apreciarlo (el supuesto de IPA) cuando escapa a lo verosímil dentro de las innumerables posibilidades de la actividad laboral' (STS 12/02/79)'."

Como establecen las SSTS 30-1-2008 y 10/11/2008, al interpretar el apdo. 2, Art. 198 LGSS, la percepción de la prestación por incapacidad permanente absoluta es compatible con la realización de actividad.

XII. INCAPACIDAD PERMANENTE NO CONTRIBUTIVA

1. CONCEPTO

Deficiencias previsiblemente permanentes, de carácter físico y psíquico, congénitas o no, que anulan o modifican la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen (art. 136.2 LGSS). A diferencia del nivel contributivo, la modalidad no contributiva no tiene por qué afectar a la capacidad profesional del sujeto causante, dado que el elemento esencial es que se padezca una enfermedad crónica o un grado de minusvalía igual o superior al 65%.

2. BENEFICIARIOS

Para reunir la condición de beneficiario de la pensión de incapacidad, en su modalidad no contributiva, se deben cumplir los siguientes requisitos:

a) Ser mayor de dieciocho y menor de la edad ordinaria de jubilación, en la fecha de la solicitud.

b) Residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante 5 años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión.

c) Estar afectados por una minusvalía o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65 por 100.

d) Carecer de rentas o ingresos propios suficientes. Al respecto, se considera que existen rentas o ingresos insuficientes cuando la suma, en cómputo anual, de enero a diciembre, de los mismos sea inferior al importe, también en cómputo anual, de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social que se fije en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Ahora bien, si se convive con otras personas en una misma unidad económica, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes cuando la suma de los de todos los integrantes de aquélla sea inferior a estos límites de acumulación de recursos:

- En el supuesto de unidad económica, serán equivalentes a la cuantía, en cómputo anual, de la pensión, más el resultado de multiplicar el 70 por 100 de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno.

- Cuando convivan, dentro de una misma unidad económica, el solicitante y sus descendientes o ascendientes en primer grado, los límites de acumulación de recursos serán equivalentes a dos veces y media de la cuantía que resulte de aplicar lo dispuesto en el apartado anterior.

A los efectos señalados, es preciso hacer dos consideraciones de carácter conceptual:

- Se considera que existe unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado.

- Se consideran como ingresos o rentas computables, cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional. En caso de bienes muebles o inmuebles, se tendrán en cuenta sus rendimientos efectivos; y si no existen rendimientos efectivos, se valorarán según las normas establecidas para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la excepción, en todo caso, de la vivienda habitualmente ocupada por el beneficiario. No se computan las asignaciones periódicas por hijos a cargo.

Por último, advertir que los beneficiarios de la pensión de invalidez no contributiva, que sean contratados por cuenta ajena, que se establezcan por cuenta propia o que se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, recuperarán automáticamente el derecho a dicha pensión cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción. En tales supuestos, no se tendrán en cuenta, para el cómputo anual de sus rentas, las

percibidas en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, por cuenta propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción.

3. CUANTÍA DE LA PENSIÓN

La cuantía de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva se fijará, en su importe anual, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Su abono se fraccionará en catorce pagas, correspondientes a cada uno de los meses del año más dos pagas extraordinarias que se devengarán en los meses de junio y noviembre.

Cuando en una misma unidad económica concorra más de un beneficiario con derecho a pensión de esta misma naturaleza, la cuantía de cada una de las pensiones vendrá determinada en función de las siguientes reglas (artículo 364 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015):

1) Al importe fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado se le sumará el 70 por 100 de esa misma cuantía, tantas veces como número de beneficiarios, menos uno, existan en la unidad económica.

2) La cuantía de la pensión para cada uno de los beneficiarios será igual al cociente de dividir el resultado de la suma prevista en la regla Primera por el número de beneficiarios con derecho a pensión.

3) Las cuantías así resultantes, calculadas en cómputo anual, son compatibles con las rentas o ingresos anuales que disponga cada beneficiario, siempre que no excedan del 35 por 100 del importe anual de la pensión no contributiva.

4) Si conviven el beneficiario o beneficiarios con personas no beneficiarias y la suma de los ingresos o rentas anuales de la unidad económica más la pensión o pensiones no contributivas, calculadas conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, superara el límite de acumulación de recursos establecidos en el artículo 144.2 y 3, la pensión o pensiones se reducirán, para no sobrepasar el mencionado límite, disminuyendo, en igual cuantía, cada una de las pensiones.

5) En cualquier caso, la cuantía de la pensión reconocida será, como mínimo, del 25 por 100 del importe de la pensión anual fijada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Indicar, por último, que las personas que, cumpliendo los requisitos anteriormente señalados, estén afectadas por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 por 100 y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, tendrán derecho a un complemento equivalente al 50 por 100 del importe de la pensión (artículo 364.6 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015).

4. EFECTOS ECONÓMICOS DE LAS PENSIONES

El reconocimiento del derecho a las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva produce efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se presente la solicitud (artículo 365 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015).

5. DETERMINACIÓN DEL GRADO DE MINUSVALÍA O ENFERMEDAD CRÓNICA Y SUS REVISIONES

A efectos del reconocimiento de la pensión en su modalidad no contributiva, el grado de minusvalía o de la enfermedad crónica padecida se determina valorando tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales del presunto minusválido, como los factores sociales complementarios, mediante la aplicación de los baremos contenidos en el Anexo I del Real Decreto 1971/1999.

Asimismo, la situación de dependencia y la necesidad del concurso de tercera persona, a efectos del reconocimiento del complemento del 50 por 100, se determina mediante la aplicación del baremo establecido en el Anexo II del Real Decreto 1971/1999.

El grado de minusvalía será objeto de revisión siempre que se prevea una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento, debiendo señalarse el plazo en el que debe efectuarse dicha revisión.

En todos los demás casos, no se podrá instar la revisión del grado por agravamiento o mejoría hasta que, al menos, haya transcurrido un plazo mínimo de 2 años desde la fecha en que se dictó resolución, excepto en los casos en que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento del grado, en que no será preciso agotar el plazo mínimo.

6. OBLIGACIONES DE LOS BENEFICIARIOS

Los perceptores de las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva están obligados a comunicar a la entidad que les abone la prestación, en el plazo máximo de treinta días desde la fecha en que se produzca, cualquier variación de su situación de convivencia, estado civil, residencia y cuantas puedan tener incidencia en la conservación o la cuantía de aquéllas. En particular, vienen obligados a comunicar la realización de cualquier trabajo, sea por cuenta propia o ajena.

En todo caso, el beneficiario deberá presentar, en el primer trimestre de cada año, una declaración de los ingresos de la respectiva unidad económica de la que forma parte, referida al año inmediato precedente.

7. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDAD DE LAS PENSIONES

Las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva no impiden el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del

inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo (artículo 366 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015).

Como regla general, si las rentas que origina esa actividad compatible, sumadas, en su caso, con los ingresos del pensionista o de las demás personas que pertenezcan a la misma unidad económica, superan los respectivos límites de recursos que impone la regulación legal de esta prestación no contributiva, se perderá el derecho a pensión. Ahora bien, cuando se les extinga su contrato o dejen de desarrollar esa actividad profesional por cuenta propia recuperarán automáticamente el derecho a dicha pensión, sin que se les tenga en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubieran percibido por aquella actividad compatible en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato o el cese de la actividad.

Singularmente, en el caso de personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa vinieran percibiendo pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrán ser superiores, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento. En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en el 50 por 100 del exceso sin que, en ningún caso, la suma de la pensión y de los ingresos pueda superar 1,5 veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM). Esta reducción no afecta al complemento previsto en el apartado 6 del artículo 364 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015

8. EXTINCIÓN DEL DERECHO

El derecho a la pensión no contributiva se extingue cuando en el beneficiario concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Pérdida de su condición de residente legal o traslado de su residencia fuera del territorio español por tiempo superior a noventa días a lo largo del año natural, salvo que esté motivada por causa de enfermedad debidamente justificada.

- Mejoría de la minusvalía o enfermedad crónica padecidas que determine un grado inferior al 65 por 100.

- Disponer de rentas o ingresos suficientes.

- Fallecimiento del beneficiario.

XIII. GESTIÓN

La gestión corresponde al Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas con transferencias.

Para determinar el grado de minusvalía o enfermedad crónica se requiere el dictamen previo de los equipos de valoración y orientación de las Direcciones provinciales del IMSERSO o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas con transferencias.

El procedimiento, regulado en el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, se inicia por el propio interesado, su representante o por quien demuestre un interés legítimo para actuar a favor de personas con capacidad gravemente disminuida (artículos 22 a 25).

Finalmente, señalar que el artículo 26 del citado Real Decreto 357/1991 crea las Comisiones de Seguimiento de la gestión de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social como vía de participación institucional en el control y vigilancia de la gestión de las mismas.

XIV. LA INCAPACIDAD PARA EL TRABAJO

1. LA INCAPACIDAD COMO CAUSA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Siendo el contrato de trabajo una prestación de carácter personalísima, o intuitu personae, sin que quepa la sustitución por otra persona, lógicamente, las circunstancias tocantes a la incapacidad del trabajador han de influir en su dinámica bien suspendiéndolo, bien extinguiéndolo, trayendo consecuencias no solamente para el

Derecho sustantivo laboral sino también para la Seguridad Social, la cual previene prestaciones para la situación de necesidad creada.

El contrato de trabajo podrá suspenderse, según precisa el artículo 45 apartado c) del Estatuto de los Trabajadores 2015, por la incapacidad temporal de los trabajadores. En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente, tal como dispone el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores 2015.

2. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR POSIBLE MEJORÍA DE INCAPACIDAD PERMANENTE

En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente (apdo. 2, Art. 48 ET)

Suspensión del contrato por posible mejoría de Incapacidad Permanente.

En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente (1) (apdo. 2, Art. 48 ET). Ver sentencia nº TSJ Cataluña, de 14/07/1999

La subsistencia de la suspensión establecida en el ET sólo procede cuando en la correspondiente Resolución inicial del INSS para el reconocimiento de la incapacidad se haga constar un plazo para poder instar la revisión, ante previsible mejoría del incapacitado, igual o inferior a dos años.

Pueden darse dos tipos de situaciones ante la revisión de invalidez:

1. La posibilidad de revisión. Mientras el incapacitado no cumpla la edad de jubilación, tanto por mejoría como por empeoramiento de su situación, puede disminuirse la incapacidad o suponer una declaración de invalidez permanente definitiva que suponga la extinción de la relación laboral.

2. Una revisión por mejoría. En estos supuestos de producirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente.

Como se ha visto, el apdo. 2, Art. 48, ET en su redacción actual ha introducido un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente en aquellos supuestos en que "la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su incorporación al puesto de trabajo". Tal situación constituye una especialidad importantísima respecto de la previsión general de revisión de las declaraciones de invalidez que se contiene en el apdo. 2, Art. 200 ,LGSS, puesto que, mientras en este precepto se limita a reconocer como principio general que toda invalidez es susceptible de revisión en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación, tanto por mejoría como por empeoramiento de la situación, previendo la fijación de un plazo no vinculante a partir del cual se podrá solicitar la revisión por cualquiera de las partes, en el apdo. 2, Art. 48 ,ET se parte de una revisión por mejoría no ya posible sino probable, puesto que se considera previsible que se producirá, y por ello se fija un plazo de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo que es vinculante para el empresario, en situación que no se produce ante la simple posibilidad de revisión que contempla el Art. 200 ,LGSS. Esta doble y diferente previsión legislativa en materia de revisión de incapacidades permite distinguir entre una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral".

Supuestos de declaración de invalidez permanente con reserva de puesto de trabajo.

1. La subsistencia de la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo, que se regula en el apartado 2 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sólo procederá cuando en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento de invalidez, a tenor de lo previsto en el párrafo

primero del apartado 2 del artículo 200 de la Ley General de la Seguridad Social, se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igual o inferior a dos años (Art. 7 Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio).

2. En el supuesto al que se refiere el apartado anterior, se dará traslado al empresario afectado de la resolución dictada al efecto por la correspondiente Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Sentencia firme declarando la IP permanente sin previsión de mejoría.

Como ya se ha señalado a lo largo de este apartado en repetidas ocasiones, la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo, va indisolublemente vinculada, a que el órgano de calificación estime que la situación de invalidez vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría, y por ello solo en un recurso se puede modificar su apreciación, tanto si estima que puede ser objeto de mejoría, como si de modo expreso o implícito estima lo contrario. Atendiendo a esto, cuando una invalidez permanente total o absoluta haya adquirido firmeza, con respecto a la subsistencia de la suspensión de la relación laboral y consiguiente reserva del puesto de trabajo, implica dos consecuencias que es necesario resaltar, la primera que si no fue declarada la previsión de revisión por mejoría el trabajador perdió definitivamente el derecho a la reserva del puesto de trabajo, la segunda que el INSS no puede acordar la revisión por mejora hasta transcurridos dos años desde que fue declarada la invalidez, lo contrario significaría variar en contra del trabajador, el derecho que le reconoce el apdo. 2, Art. 48 ,Estatuto de los Trabajadores, pero esta imposibilidad del I.N.S.S. de no acordar la mejora en dos años no le priva de sus funciones con respecto a posibles revisiones de la invalidez reconocida en plazos superiores.

A modo de resumen: Una vez firme la sentencia que declare la invalidez permanente total o absoluta sin previsión de mejoría, ésta no puede ser mejorada por el INSS quedando la relación laboral extinguida en virtud del apdo. e) Art. 49, ET.

3. LA INCAPACIDAD COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Conforme al artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores 2015 el contrato de trabajo se extinguirá por gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 del mismo cuerpo legal. No es así causa de extinción del contrato de trabajo la incapacidad permanente parcial, esto es, la 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 (194 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social 2015).

Ahora bien, y según se sigue del artículo 198.1 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social 2015, y como quiera que la pensión de invalidez total tiene una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual, ello comporta su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido (se supone con esfuerzo desmesurado, o con rendimiento anormalmente bajo, o con una y otra cosa a la vez) de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez. (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2002 y 2 de marzo de 2004). Lo cual es tanto como afirmar que quien es declarado incapaz permanente total

para una determinada profesión puede compatibilizar la pensión que recibe de la Seguridad Social con el salario devengado por una profesión distinta. Así, por ejemplo, si la profesión para la que fue declarado en situación de incapacidad permanente total el trabajador era la de peón especialista siderometalúrgico y la nueva actividad profesional que llevó a cabo después, compatibilizándola con el cobro de la pensión, fue la de oficial de segunda encofrador, estamos ante profesiones diferentes que, por ello, no determinan que la segunda sea incompatible con la prestación de incapacidad total derivada de la primera (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2004).

Incluso el legislador no descarta, por prevenirlo expresamente así el artículo 198.2 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social 2015, que la pensión por incapacidad permanente absoluta sea compatible con el trabajo, no de cualquiera, si cumple con el doble requisito de que sea compatible con el estado del inválido, lo cual quiere decir que no sea perjudicial o dañino para su salud, y no revele un cambio en su capacidad de trabajo, a efectos de revisión, esto es, que no refleje la inexistencia de la limitación o limitaciones en cuya virtud se reconoció la invalidez. Nuestro legislador pudo incompatibilizar todo trabajo lucrativo con el cobro de pensión de incapacidad absoluta, pero no lo hizo así, optando por permitir que se pudiera simultanear el cobro de la pensión con el desempeño de actividad remunerada con tal de que no se arriesgara la salud del inválido o se revelara que éste ya no lo era tanto (Sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco de 20 de febrero de 2001).

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1991 sienta la doctrina de que el trabajador no puede ser declarado en situación de incapacidad permanente si no reúne los requisitos necesarios para devengar una prestación de la Seguridad Social, a fin de no provocar la extinción del contrato de trabajo y privarle de todo tipo de ingresos, concediendo el artículo 4 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, legitimación para iniciar el procedimiento de evaluación de incapacidades a los trabajadores y sus representantes, a las mutuas de accidentes de

trabajo y enfermedades profesionales y a las empresas en aquellos asuntos que les afecten directamente. En el plano procesal, sin embargo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1992 declara que el empresario solamente se halla legitimado en los procesos de invalidez permanente cuando se declare responsable de prestaciones.

También la incapacidad permanente del empresario, así como la extinción de la personalidad jurídica del contratante, es causa de extinción del contrato de trabajo, tal como dispone el artículo 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores 2015. En el caso de incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario, mientras que en el de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51 de la norma estatutaria. Por incapacidad del empresario ha de incluirse tanto la incapacidad permanente en el ámbito de la Seguridad Social, o de entidades de previsión social, como la incapacidad jurídica o de obrar declarada judicialmente con arreglo a las normas del Derecho Civil -artículo 199 y siguientes del Código Civil- o incluso la incapacidad física, profesional o de hecho, que no requiere declaración judicial forzosamente (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1988 y 20 de junio de 2000).

4. LA INEPTITUD DEL TRABAJADOR COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores 2015 contempla como extinción del contrato de trabajo por causas objetivas la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá

alegarse como causa justificativa del despido con posterioridad a dicho cumplimiento, ya que en este supuesto el empresario tuvo oportunidad de conocer la aptitud del trabajador y desistir libremente del contrato. Tampoco puede utilizarse esta causa de extinción por el empresario cuando la ineptitud sobrevenga al trabajador por la realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional (artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores).

La ineptitud puede sobrevenir por diversos factores, de tipo formal, como por ejemplo la falta de titulación, la inhabilitación para ejercer la prestación laboral en ciertas profesiones (conductores, vigilantes...), o de tipo material (falta de conocimientos, habilidades o deterioro de la capacidad física o intelectual).

En definitiva, y a falta de definición expresa, la ineptitud puede considerarse como ausencia en el trabajador de las condiciones necesarias para desempeñar adecuadamente un trabajo determinado, es decir, "una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo" (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2004 y 2 de mayo de 1990).

XV. PRORROGA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL HASTA LA DECLARACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

La fecha de extinción del derecho al subsidio de incapacidad temporal cuando la baja laboral dura 545 días ha sido unificada por esta Sala IV del Tribunal Supremo de forma que el subsidio ha de prorrogarse, pasados 545 días de la baja, hasta la

calificación de la incapacidad permanente por la Entidad Gestora, aun cuando se acabe declarando la inexistencia de incapacidad permanente.

Las situaciones de incapacidad temporal debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

Agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación.

Cuando, agotado el plazo máximo, la calificación de la situación a efectos del eventual reconocimiento o denegación de una incapacidad permanente no se ha producido ¿ha de seguirse percibiendo subsidio por IT?

Según la STS 08/07/2013 (R. 2988/2012), cuando su baja temporal supera los 545 días la entidad gestora es la obligada de examinar la capacidad laboral residual del incapacitado en el plazo máximo de tres meses. El transcurso de ese plazo no supone el fin de la prórroga del derecho al subsidio que continúa hasta que se dicta la oportuna resolución.

Esa solución se funda, como se dice en la STS 01/12/2003 (Rud. 3569/2002), en que:

“El problema surge cuando, agotado el plazo máximo, la calificación de la situación a efectos del eventual reconocimiento o denegación de una incapacidad permanente no se ha producido. En este caso se abren tres posibilidades:

1. extinguir la incapacidad temporal y finalizar el pago del subsidio, aunque el trabajador quede sin protección,

2. mantener la prórroga de la incapacidad temporal y continuar abonando el subsidio hasta que se produzca la calificación, momento en que se extinguirá efectivamente la incapacidad temporal, con reconocimiento o no de una incapacidad permanente, y

3. otorgar la protección por incapacidad permanente desde el momento de la terminación del plazo de los treinta meses, aunque no exista calificación administrativa en atención a lo que dispone el párrafo cuarto del apdo. 1, 136 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (actual apdo. 1, 193 ,Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), a tenor del cual 'también tendrá la consideración de invalidez permanente, en el grado que se califique la situación de incapacidad que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración señalado para la misma en el apartado a) del número 1 del Art. 128 ,Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (actual apdo. 1 a), 169 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre)”.

“La primera opción, debe excluirse, porque sería contrario a los fundamentos del sistema excluir la protección de una situación de necesidad por el hecho de que las entidades encargadas de iniciar el procedimiento de calificación de la incapacidad permanente (el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el servicio público de salud

competente y la mutua, de conformidad con los Art. 4 ,Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio y 3 y 5 de la Orden de 18 de enero de 1996) no lo hayan hecho, sin que la posibilidad de que el interesado pueda instar esa calificación justifique el desplazamiento hacia él de los efectos de esa omisión, especialmente cuando se ha aplicado la prórroga extraordinaria de la incapacidad temporal para poder efectuar una calificación más ajustada a la situación clínica del interesado”.

“Tampoco puede aplicarse la tercera solución, porque la misma no es automática, sino que requiere un acto de calificación, como se desprende de la propia naturaleza de la prestación de incapacidad permanente que, a diferencia de lo que sucede con la incapacidad temporal varía en función del grado reconocido, y porque así lo dispone el apartado 1º, 136 ,Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (actual apdo. 1, 193 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre; norma que se refuerza en el segundo inciso de ese párrafo cuando señala que ese paso a la situación de incapacidad permanente no se producirá en el supuesto previsto 'en el segundo párrafo del (bis) 1 Art. 131 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el cual no se accederá a la situación de invalidez permanente hasta tanto no se proceda a la correspondiente calificación'. Esta solución supondría además la aplicación del procedimiento de calificación con el plazo de resolución que hoy prevé el Real Decreto 286/2003; demora que lógicamente debería excluirse si ya no se abonan las prestaciones de incapacidad temporal”.

“Por ello, la solución más conforme a las finalidades de la norma es la de entender que también en el supuesto de superación del plazo máximo de la prórroga extraordinaria se aplica la regla del párrafo tercero del (bis) 1 Art. 131 ,Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que prevé que 'en los supuestos a que se refiere el segundo párrafo del apartado precedente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de ésta'. Es cierto que el párrafo segundo del número 2 del (bis) 1 Art. 131, Real Decreto Legislativo

1/1994, de 20 de junio fija un plazo máximo de treinta meses. Pero, como ya se ha dicho, ese plazo se concede para que en él se proceda a la calificación de la incapacidad permanente. Por otra parte, es importante poner de relieve que la regla del (bis) 3º Art. 131, LGSS sobre el plazo máximo no va dirigida al interesado, que ningún poder tiene en el procedimiento de calificación, sino a la entidad gestora, que es la que tiene que realizar la calificación, que 'podrá retrasarse por el período preciso', pero sin rebasar 'en ningún caso' los treinta meses mencionados. No es el trabajador el que ha incumplido la norma y no debe, por ello, sufrir las consecuencias de la demora en la calificación, sin perjuicio de las responsabilidades de compensación que pudieran producirse entre la gestora y la mutua, como consecuencia del retraso y de la imputación de la causa del mismo.”

Según la interpretación que se realiza por el Alto Tribunal de la norma –STS 08/07/2013 (R. 2988/2012)- ha de examinarse necesariamente la capacidad laboral residual del incapacitado, cuando su baja temporal supera los 545 días, calificación que debe hacerse en el plazo máximo de tres meses, plazo, imperativo para la Entidad Gestora, cuyo transcurso no supone el fin de la prórroga del derecho al subsidio, prórroga que continúa hasta que se dicta la oportuna resolución, por cuanto de la literalidad del precepto no se deriva que su transcurso beneficie a quien incumplió el plazo establecido en la Ley.

XVI. REVISIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

Con arreglo al apdo. 2 Art. 143 ,LGSS, toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o

mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el 205 ,LGSS, para acceder al derecho a la pensión de jubilación y que este plazo será vinculante para todos los sujetos que pudieran promover la revisión (STSJ Cataluña 02/09/2014 (R. 1974/2014 - TSJ Cataluña, Sala de lo Social, nº 5755/2014, de 03/09/2014, Rec. 1974/2014 -).

Inicio del procedimiento para reconocer las prestaciones económicas por invalidez permanente

Iniciación de oficio.

1.- Las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social iniciarán de oficio el procedimiento para reconocer las prestaciones económicas por invalidez permanente:

a) Por propia iniciativa, cuando consideren, por cualquier circunstancia, que el trabajador se encuentra en un estado que pueda ser constitutivo de una situación de invalidez permanente y, expresamente, cuando se extinga la situación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo legalmente establecido, y se emita, en su caso, alta médica por agotamiento de la incapacidad temporal.

b) Como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

c) Cuando reciban del Servicio Público de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social petición razonada, junto con el alta médica de asistencia sanitaria, el historial clínico, previo consentimiento del interesado o de su representante legal, o, en defecto de dicho historial, el informe o dictamen médico de los cuales se deduzca la posible existencia de una situación constitutiva de invalidez permanente.

2.- También podrán iniciarse de oficio los procedimientos para reconocer las siguientes prestaciones económicas (apdo. 1, Art. 1, Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio):

a) Evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma.

b) Verificar la existencia de lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidantes, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, a que se refiere el Art. 150, Ley General de la Seguridad Social, y reconocer el derecho a las indemnizaciones correspondientes.

c) Resolver sobre la prórroga del período de observación médica en enfermedades profesionales y reconocer el derecho al subsidio correspondiente.

d) Determinar, en su caso, la Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o empresa colaboradora responsable de las prestaciones que resulten procedentes en materia de incapacidades laborales y lesiones permanentes no invalidantes.

e) Declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas.

f) Evaluar la incapacidad para el trabajo a efectos del reconocimiento de la condición de beneficiario del derecho a las prestaciones económicas por muerte y supervivencia, así como de las prestaciones por invalidez del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI).

g) Declarar la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal, a que se refiere el apartado 3 del 174 Ley General de la Seguridad Social, en el momento en que recaiga la correspondiente resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a prestación de invalidez.

h) Cuantas otras funciones y competencias le estén atribuidas por la legislación vigente en materias análogas a las enumeradas en los apartados anteriores, en cuanto Entidad gestora de la Seguridad Social, y para las prestaciones cuya gestión tiene encomendada. Ver formulario Informe o certificado para reflejar la categoría y los trabajos realizados por un trabajador como control para el acceso a una pensión de incapacidad

Respecto a los grados de incapacidad permanente regulados en el 194 LGSS, la STSJ Comunidad Valenciana 27/09/2011 (R. 1271/2011 - TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, nº 2647/2011, de 27/09/2011, Rec. 1271/2011 -), ha matizado que debe valorarse en primer lugar las circunstancias concurrentes en cada caso, siendo necesario individualizar cada situación concreta ante un hipotético reconocimiento de incapacidad permanente (distintas enfermedades, diverso desarrollo de las enfermedades supuestamente similares, edad del presunto incapaz, profesión habitual de cada uno con sus distintos matices) lo que hace que difícilmente pueden darse supuestos con identidad sustancial. En segundo lugar ha de valorarse las limitaciones funcionales, más que la índole y naturaleza de los padecimientos que las originan, pues son las limitaciones y no las lesiones en si mismas las que van a impedir a una persona desarrollar un concreto trabajo o todos ellos, pues unas limitaciones pueden resultar

determinantes de la imposibilidad de realizar una tarea, e implicar una incapacidad, y ser intrascendentes para otra profesión, a pesar de derivar de las mismas lesiones.

Iniciación a solicitud del interesado.

1.- Las solicitudes se formularán en los modelos normalizados establecidos por la Administración de la Seguridad Social. Los interesados podrán precisar o completar los datos del modelo, acompañando los elementos que estimen oportunos, los cuales serán admitidos y tenidos en cuenta por el órgano administrativo.

2.- Las solicitudes que se formulen deberán contener (Art. 66, Ley 39/2015, de 1 de octubre):

- Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente.
- Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación. Adicionalmente, los interesados podrán aportar su dirección de correo electrónico y/o dispositivo electrónico con el fin de que las Administraciones Públicas les avisen del envío o puesta a disposición de la notificación.
- Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.
- Lugar y fecha.
- Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación.

Adicionalmente, y según dispone la Orden de 18 de enero de 1996:

- Número del documento nacional de identidad, si el interesado es español.
- Documento acreditativo en caso de extranjero.
- Fecha de nacimiento del interesado si fuera precisa para la determinación de la cuantía de la prestación.

Expresamente, las solicitudes deberán contener la fecha del cese en el trabajo y su causa, los datos relativos a la profesión habitual del trabajador, su categoría profesional y función y descripción del trabajo concreto que realizase.

3.- A la solicitud deberán acompañarse preceptivamente los siguientes documentos, salvo que ya obren en poder de la entidad gestora:

- Documento nacional de identidad.
- Certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas, o acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas, si el causante es el obligado a su ingreso, cuando sean necesarias para acreditar el período mínimo de cotización, para determinar la cuantía de la prestación o la situación de estar al corriente en el pago de las cuotas.

Cuando el solicitante esté en desempleo o lo hubiera estado en los últimos veinticuatro meses, deberá adjuntar también, si fuera necesario, certificado según modelo oficial, que será cumplimentado por el Instituto Nacional de Empleo. Este certificado, no obstante, no será considerado como documento preceptivo a efectos de la iniciación e instrucción del expediente.

4.- Cuando falten cualquiera de los datos o documentos preceptivos citados, se requerirá al interesado para que subsane la omisión en el plazo de diez días, teniéndosele por desistido si así no lo hiciera.

5.- Los interesados podrán aportar, si obra en su poder, copia original del historial clínico elaborado por el Servicio Público de Salud competente o, en su caso, informe de la Inspección Médica de dicho Servicio, así como los historiales, pruebas y exploraciones complementarias de centros e instituciones sanitarias que consideren conveniente.

Cuando se trate de afiliados que tengan cubierta la incapacidad temporal por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o por una empresa colaboradora, el historial clínico se aportará, previo consentimiento del interesado o su representante legal, por dichas entidades. En defecto de dicho historial, se acompañará informe de la Inspección Médica del Servicio Público de Salud competente.

6.- Se dejará constancia en el expediente tanto de los documentos aportados como de aquellos que por su naturaleza no necesiten quedar incorporados a él y puedan ser exhibidos y, previa compulsa, retirados, así como de las alegaciones efectuadas en la solicitud que no hayan resultado probadas.

7.- TS, Sala de lo Social, de 24/01/2012, Rec. 895/2011) Procede reconocer el derecho a una prestación de incapacidad permanente a quien desde una situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en el que acredita el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para causar derecho a dicha prestación, sin embargo tiene periodos de descubierto en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Para la Sala IV no es de aplicación en este supuesto la exigencia prevista en Art. 47, LGSS de hallarse al corriente en el pago de cuotas, por cuanto no es necesario para el

reconocimiento de la prestación el cómputo recíproco de cotizaciones (en el RGSS y en el RETA), ni han de tenerse en cuenta periodos en que no se cotizó al RETA.

Iniciación a solicitud de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social.

1. La iniciación del procedimiento a solicitud de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o de una empresa colaboradora se llevará a cabo conforme a las siguientes normas:

a) Cuando alguna de las entidades colaboradoras citadas considere, por cualquier circunstancia, que el trabajador se encuentra en un estado que pueda ser constitutivo de una situación de invalidez permanente, procederá a elaborar un expediente previo, y pondrá todo ello en conocimiento del trabajador afectado el día siguiente a aquel en que tenga lugar la iniciación de la indicada actuación.

b) En el expediente previo deberán constar, debidamente averados, todos los datos que sean necesarios para la identificación del trabajador y, en su caso, empresa o empresas en las que prestase sus servicios, y para el reconocimiento del derecho a la prestación, así como sus antecedentes profesionales, la profesión habitual, su categoría profesional, datos salariales y función y descripción del trabajo completo que realizase al producirse la contingencia. Asimismo, en los casos de accidente de trabajo deberá acompañarse el parte correspondiente, la declaración de existencia o no de posibilidad de recuperación y, en caso afirmativo, el programa comprensivo de las medidas recuperadoras que se fijan al trabajador, así como copia de la comunicación a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Servicios Sociales o al órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente, sobre el resultado obtenido en la ejecución del programa, y copia, en su caso, del acuerdo de la entidad colaboradora, en el que se estime probable la existencia de una situación constitutiva de incapacidad permanente,

así como cuantos otros documentos que puedan facilitar, a juicio de la entidad colaboradora, la actuación de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

c) Finalizada la elaboración del expediente previo, la entidad colaboradora remitirá a la Dirección Provincial competente el escrito de iniciación con el informe sobre los hechos y razones que fundamentan la solicitud de iniciación. Dicho escrito irá acompañado del expediente previo y del historial clínico del interesado, previo consentimiento de éste o de su representante legal.

2. Las entidades colaboradoras serán tenidas como interesadas y parte en todos los trámites.

Impulso de oficio.

El procedimiento iniciado se impulsará de oficio aunque los interesados no comparezcan en el plazo establecido.

Inicio del procedimiento para revisión de las prestaciones por invalidez permanente.

Revisión

Corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de incapacidad permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad permanente.

La revisión de la incapacidad, puede llevarse a cabo por cualquiera de las siguientes causas (Art. 72, LGSS):

1. Agravación.
2. Mejoría.
3. Error de diagnóstico.
4. Realización de trabajos por cuenta ajena o propia del pensionista.

Plazos de revisión

1.- Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida para acceder al derecho a la pensión de jubilación (Beneficiarios y requisitos de la pensión de jubilación). Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión.

No obstante lo anterior, si el pensionista por incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución.

Las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán llevarse a cabo en cualquier momento, en tanto el interesado no haya cumplido la edad para acceder a la pensión de jubilación.

2.- En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente (apdo. 3, Art. 48 ET).

3.- Las disposiciones que desarrollen la presente Ley regularán el procedimiento de revisión y la modificación y transformación de las prestaciones económicas que se hubiesen reconocido al trabajador, así como los derechos y obligaciones que a consecuencia de dichos cambios correspondan a las entidades gestoras o colaboradoras y servicios comunes que tengan a su cargo tales prestaciones.

4.- Las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad establecida para la jubilación, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo.

5.- El Tribunal Supremo ha reconocido la falta de legitimación activa de la empresa para impugnar el grado de invalidez reconocido al trabajador, existiendo excepciones a la regla general. Ver sentencia nº TS, Sala de lo Social, de 17/11/2009, Rec. 321/2009.

Efectos de la revisión

1. Confirmación del grado de incapacidad.
2. Modificación del grado de incapacidad y, en consecuencia, de la prestación.
3. Extinción de la incapacidad y, en consecuencia, de la pensión.

Iniciación del procedimiento de revisión.

1. A efectos de revisión del grado de invalidez reconocido estarán legitimados para instarla, además de las personas y entidades referidas anteriormente (arts. 3, 4 y 5, Orden de 18 de enero de 1996), los empresarios responsables de las prestaciones y, en su caso, quienes de forma subsidiaria o solidaria sean también responsables de las mismas (art. 17, Orden de 18 de enero de 1996).

2. Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido los sesenta y cinco años de edad (205, LGSS), para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión (apdo. 2., 202, LGSS). Para los supuestos de realización de trabajos o error de diagnóstico, la revisión no podrá promoverse hasta tanto haya transcurrido el plazo señalado en la resolución inicial o en la de la revisión anterior (art. 13.3, Orden de 18 de enero de 1996).

3. No se considera hecho nuevo el alegar padecimientos distintos, aumentados, alcanzando a otros órganos, ni las actualizaciones de diagnósticos anteriores. Ver sentencia nº TSJ Cataluña, de 07/12/1999.

Instrucción del procedimiento de revisión.

1.- Promovida la revisión por agravación, mejoría o error de diagnóstico del estado invalidante por las personas legitimadas a que se refiere el artículo anterior, la instrucción del procedimiento se ajustará a lo dispuesto en la sección II de este capítulo, previa la apertura de un período de prueba por plazo de quince días, para presentar las alegaciones que estimen pertinentes quienes han instado la revisión (art. 18, Orden de 18 de enero de 1996).

2.- Igual período de prueba tendrá lugar cuando la iniciación del expediente se haya practicado de oficio por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

3.- Al historial clínico o informe médico del Servicio Público de Salud se acompañarán los documentos fundamentales del expediente:

a) Historial clínico remitido por el Servicio Público de Salud competente, previo consentimiento del interesado o de su representante legal, o, en su defecto, informe de la inspección médica de dicho Servicio, acompañado, en su caso, de la correspondiente alta médica de asistencia sanitaria cuando el procedimiento se inicie a petición razonada del indicado Servicio.

b) Formulación del dictamen-propuesta por el equipo de valoración de incapacidades, que estará acompañado de un informe médico consolidado en forma de

síntesis, comprensivo de todo lo referido o acreditado en el expediente, y de un informe de antecedentes profesionales.

c) Cumplimentación del informe de cotización, elaborado por la entidad gestora, que tendrá por objeto acreditar los períodos de cotización del causante a la Seguridad Social, las bases de cálculo de las prestaciones y, en su caso, los períodos en descubierto en que pudiera estar incurso el trabajador.

d) En las solicitudes de declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene, se requerirá de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el informe correspondiente sobre los hechos y circunstancias concurrentes, sobre la disposición infringida, y sobre la causa concreta, (apdo. 1, Art. 164 ,LGSS), que motive el aumento de la cuantía de las prestaciones y el porcentaje de éste que se considere procedente. Dicho informe deberá expresar si también consta la iniciación de un procedimiento judicial en vía penal referido a los mismos hechos.

e) Cualquier otro de carácter médico que pueda tener incidencia en orden a la revisión.

En los supuestos en que el procedimiento se haya iniciado de oficio, la remisión del historial clínico requerirá el consentimiento del interesado o de su representante legal.

4.- Si el procedimiento se hubiera iniciado en razón a que el perceptor de la pensión de invalidez permanente estuviera ejerciendo trabajos por cuenta propia o ajena,

y no se hubiese constatado error de diagnóstico o mejoría que justifique el reconocimiento del derecho a las prestaciones por invalidez permanente, en un grado de incapacidad inferior o la aptitud para trabajar, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social actuará de conformidad con la normativa en vigor y, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla, cuando la actividad laboral no impida el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión (apdo.2 , Art. 198 ,LGSS). Ver sentencias nº TSJ Andalucía, de 30/09/1999 y TS, Sala de lo Social, de 11/06/2008, Rec. 1159/2007

Resolución.

Los Directores provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y dentro del plazo de 135 días a partir de la fecha del acuerdo de iniciación en los procedimientos de oficio o de la recepción de la solicitud en la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social competente (art. 14, Orden de 18 de enero de 1996), deberán dictar resolución expresa en todos los procedimientos incoados para revisar el grado de invalidez anteriormente reconocido (art. 19, Orden de 18 de enero de 1996).

Cuando en la resolución se mantenga el derecho a las prestaciones de invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, se hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la siguiente revisión del grado de invalidez por agravación o mejoría.

XVII. LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL PARA IMPUGNAR RESOLUCIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL QUE RECONOCEN PRESTACIONES A SUS TRABAJADORES

Como regla general la empresa no tiene legitimación para impugnar vía judicial la resolución del INSS que reconoce a un trabajador la prestación por incapacidad permanente. No obstante, existen excepciones a la regla general de falta de legitimación empresarial en supuestos en los que el empleador pretende la revisión hacia un grado inferior de incapacidad por incidir directamente en su patrimonio (STS 30/01/2012 (R. 2720/2010)).

El derecho empresarial a interponer acciones contra resoluciones administrativas o sentencias judiciales sobre la incapacidad permanente de alguno de sus trabajadores se ha encontrado históricamente muy restringido al entender que la acción correspondía exclusivamente el trabajador con independencia de los perjuicios, presentes o futuros, que ésta pudiese acarrear a la empresa. Existen supuestos en los que –como ha afirmado el TS (STS 20/05/09 (Rud. 2405/2008), 20/10/92 (Rud 2446/1991) y 04/04/11 (Rud 556/2010))- «el interés empresarial en la declaración de invalidez podría justificar una intervención adhesiva, pero no puede convertir al empresario en sujeto activamente legitimado para iniciar un proceso sobre calificación de la invalidez permanente comprometiendo derechos del trabajador y provocando consecuencias que afectan a su esfera personal y profesional con un alcance, desde luego, más amplio que el propio del contrato de trabajo, ya que la declaración de incapacidad permanente total se refiere al ámbito de la profesión habitual del trabajador y la absoluta se proyecta sobre toda profesión u oficio. Se invadiría así además el ámbito propio del titular del derecho, a quien el ordenamiento confía su ejercicio y defensa».

Pero el propio concepto de la legitimación «ad causam» o legitimación en sentido estricto, entendido como «una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta por obra de una

relación en que las partes se encuentran respecto a la cosa objeto del litigio» (STS 14/10/92 (Rud 2500/1992)), con citas de doctrina procedente de la Sala Primera), determina que el empresario esté activamente legitimado, existiendo excepciones a la regla general de falta de legitimación empresarial. En concreto, las más relevantes son (STS 30/01/2012 (R. 2720/2010)):

1. Los supuestos de declaración por el INSS de una incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales, tanto por accidente de trabajo como por enfermedad profesional, aunque no se le reclame responsabilidad alguna a la empresa por defectos del aseguramiento (alta o cotización), y aunque ya exista otra sentencia firme que declara la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo de los apartados 4 y 5 del Art. 164 Ley General de la Seguridad Social. En este caso el empresario se haya legitimado para pedir un grado de incapacidad permanente inferior al reconocido en vía administrativa ya que tiene una posible repercusión en su patrimonio, por cuanto aunque el porcentaje del recargo de prestaciones ya fijado definitivamente es inamovible, sí que lo puede ser la prestación sobre la que se calcula si resulta inferior a la fijada administrativamente.

2. Cuando se discute la contingencia común o profesional de una determinada prestación, ya que si se declara que ha sido debida a enfermedad común a la empresa no le alcanza responsabilidad alguna y no está, por consiguiente legitimada, pero si se declara causada por enfermedad profesional, y aunque la prestación la pague la Mutua que asegura el riesgo, ello supone una condena al empresario, que incorpora una declaración de unas determinadas circunstancias que pueden causarle perjuicios en el futuro (indemnización por daños, recargo, sanciones administrativas de la LISOS, pérdida de bonificaciones).

3. Cuando por las circunstancias del caso concreto planteado, la empresa, sin tener una genérica legitimación activa, sí tiene la denominada legitimación “ad

causam”, entendida como “una actitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en un proceso concreto por obra de una relación en que las partes se encuentran respecto a la cosa objeto del proceso”, afectación cuya carga corresponde caso por caso a la empresa, como puede ser en todos aquellos procesos, muy frecuentes en la actualidad, en las que el trabajador o sus causahabientes obtienen una resolución del INSS en la que se modifica la contingencia determinante de una incapacidad permanente, pasando de enfermedad común a enfermedad profesional, con la consiguiente posible repercusión para la empresa en que se contrajo, o en aquellos casos en que la empresa es auto aseguradora del riesgo.

La conveniencia de dar cabida a las empresas en los procesos de incapacidad es especialmente relevante en todos aquellos derivados de riesgos profesionales lo que viene reforzado por la imposición procesal de litisconsorcio pasivo necesario. Negarle entonces un interés legítimo sería tanto como condenarle a soportar eventuales perjuicios sin ofrecerle la posibilidad de articular una mínima defensa.

XVIII. PROCEDIMIENTO PARA RECLAMAR LA READMISIÓN DEL TRABAJADOR TRAS INCAPACIDAD PERMANENTE

Procedimiento para reclamar la readmisión del trabajador que ha recuperado su plena capacidad laboral tras incapacidad permanente.

Un trabajador que hubiera cesado en la Empresa por habérseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta que tras recibir tratamiento médico consigue su plena capacidad laboral.

En caso de negativa empresarial a la reincorporación ¿Qué procedimiento para reclamar la readmisión debería utilizar el trabajador que ha recuperado su capacidad tras una situación de incapacidad permanente?

En estos supuestos el proceso para la reclamación de la reserva del puesto de trabajo ante la mejoría del trabajador tras declaración de incapacidad se realizará mediante el procedimiento ordinario nunca de despido.

El trabajador debe reclamar la subsistencia de la suspensión de contrato con derecho de reserva del puesto de trabajo tras declaración de incapacidad. Para ello tendrá un plazo de dos años desde la fecha de la resolución administrativa declaratoria de Incapacidad Permanente (apdo. 2, Art. 48, ET).

A pesar de que aparentemente el procedimiento a utilizar podría parecer el de despido, la jurisprudencia se ha pronunciado estableciendo que en supuestos como el estudiado no existe despido (STS 2013-01-28 (R. 149/2012) y 21/03/2000) ya que nos encontraríamos ante el procedimiento ordinario en solicitud de reconocimiento de derechos, esto es, del derecho de preferencia absoluta establecido en el vigente Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. De esta forma:

1. Los trabajadores que hubieran cesado en la Empresa por habérseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última Empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional.

2. Los trabajadores que hubieran cesado en la Empresa por habérseles reconocido una invalidez permanente y después de haber recibido las prestaciones de recuperación profesional continuarán afectos de una incapacidad permanente parcial, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última Empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca y que resulte adecuada a su capacidad laboral.

3. Las readmisiones que lleven a efecto las Empresas, en los supuestos previstos en este artículo darán derecho a reducciones del 50 % de la cuota patronal de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes durante un período de dos años.

A los efectos de la reincorporación a la empresa también hemos de tener en cuenta la influencia del convenio colectivo. Multitud de normas colectivas establecen supuestos para la recolocación en estos casos, estableciendo la obligaciones para la empresa a la hora de asignar al trabajador incapacitado un nuevo puesto de trabajo en función de sus limitaciones, abonándole un nuevo salario, en función del puesto a cubrir, o manteniéndoselo en caso de ser inferior.

XIX. REGULACIÓN DE LAS LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

La lesión permanente no invalidante se define como la lesión, mutilación o deformidad causada por un accidente de trabajo o enfermedad profesional de carácter definitivo que no constituya incapacidad permanente, ni altere o disminuya la integridad física del trabajador y se encuentre catalogada en el baremo establecido al efecto.

El Tribunal Supremo, siguiendo doctrina previa (SSTS de 3 y 12 de noviembre de 2003) ha reiterado que la Ley obliga a indemnizar a todas y cada una de las lesiones que pueda sufrir el trabajador en todos aquellos aspectos en que sumadas no den lugar a una incapacidad permanente, estando la cuantía de dichas indemnizaciones sujeta al baremo legal o reglamentario establecido (201, LGSS y Orden de 16 de enero de 1991). Sentencias TS, de 19/01/2004 y TS, Sala de lo Social, de 07/10/2008, Rec. 2426/2007.

El 201 LGSS, por su parte, establece que las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo anejo a las disposiciones de desarrollo de dicha ley, serán indemnizadas, por una sola vez, con las cantidades alzadas que en el mismo se determinen, por la entidad que estuviese obligada al pago de las prestaciones de incapacidad permanente, todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a continuar al servicio de la empresa.

Beneficiarios

Serán beneficiarios los trabajadores integrados en el Régimen General de la Seguridad Social, en alta o situación asimilada a la de alta, que hayan sufrido la lesión, mutilación o deformación con motivo de un accidente de trabajo o enfermedad profesional y hayan sido dados de alta médica.

Contenido y cuantía

La prestación consiste en una indemnización a tanto alzado, abonada por la entidad que estuviera obligada al pago de las prestaciones de incapacidad permanente, cuya cuantía (fijada por baremo y para las lesiones, mutilaciones y deformidades que en el mismo se recogen) aumentará, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, a cargo del empresario infractor, cuando la lesión, mutilación o deformidad se produzca por máquinas, artefactos, instalaciones, centros o en lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, o los tengan inutilizados o en malas condiciones o hayan inobservado las medidas de Seguridad e higiene en el trabajo, Salubridad y Adecuación personal a cada trabajo

Habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. Sentencia TS, Sala de lo Social, de 10/03/2009, Rec. 1269/2008

Compatibilidades / incompatibilidades

Compatible

Trabajo en la misma empresa. Sentencia TS, Sala de lo Social, de 25/03/2009, Rec. 3402/2007

Incompatibilidad con las prestaciones por incapacidad permanente.

Las indemnizaciones a tanto alzado que procedan por las lesiones, mutilaciones y deformidades que se regulan en este capítulo serán incompatibles con las prestaciones económicas establecidas para la incapacidad permanente, salvo en el caso de que dichas lesiones, mutilaciones y deformidades sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en consideración para declarar tal incapacidad permanente y el grado de la misma.

Abono

Las cantidades, a tanto alzado, que correspondan por aplicación del baremo se satisfacen por alguno de los siguientes organismos (ORDEN TAS/1040/2005, de 18 de abril, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes):

1. La Entidad gestora.
2. El Instituto Nacional de la Seguridad Social.
3. El Instituto Social de la Marina.
4. La Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que esté obligada a realizar el pago de las prestaciones por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El empresario infractor será responsable del pago del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene.

Período de prescripción de la acción indemnizatoria para lesiones permanentes no invalidantes indemnizables con baremo.

Para la reclamación ante un accidente laboral que da lugar a la declaración de lesiones permanentes no invalidantes indemnizables con baremo el cómputo del plazo (Art. 59 ET) comenzará desde el momento en que recayó la resolución administrativa

que declaró al actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes indemnizables por baremo. Sentencia nº TSJ Galicia, de 09/01/2002

Revisión

Las lesiones, mutilaciones y deformidades son revisables por agravación de las secuelas que motivaron la indemnización por las lesiones permanentes no invalidantes, sin impedir que el trabajador pueda solicitar el reconocimiento del derecho a las prestaciones por incapacidad permanente derivada de la contingencia que corresponda.

Un trabajador que fuese declarado por la entidad gestora afecto de lesiones permanentes no invalidantes con derecho prestación a cargo de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social puede pedir revisión de grado de incapacidad permanente por agravamiento. Sentencias TS, Sala de lo Social, de 30/06/2008, Rec. 4827/2006 y TS, de 04/05/2006, Rec. 644/2005

Indemnización por incapacidad tras fallecimiento

El TS, en su Sentencia TS, Sala de lo Civil, nº 535/2012, de 13/09/2012, Rec. 2019/2009, ha fijado que el derecho a reclamar la indemnización por incapacidad es transmisible a los herederos y no se extingue con el fallecimiento. La sentencia razona que el perjuicio sufrido por la víctima por sus lesiones (incapacidad temporal y permanente) estaba ya perfectamente determinado a través del informe forense de sanidad. En consecuencia, al margen de su posterior cuantificación económica, el derecho a reclamar la indemnización correspondiente era, desde ese momento, transmisible a sus herederos al no ser un derecho que se extinga con su fallecimiento. Tras matizar las diferencias entre el supuesto aquí enjuiciado y el resuelto por la Sala en su sentencia de 10 de diciembre de 2009, la sentencia precisa que los perjuicios, reales y

ciertos, sufridos desde la fecha del siniestro “no quedan absorbidos por la muerte posterior por cuanto tienen entidad propia e independiente y han generado hasta ese momento unos perjuicios evidentes a la víctima susceptibles de reparación en un sistema que indemniza el daño corporal en razón de la edad y expectativas de vida del lesionado, las cuales no se han cumplido por el fallecimiento anticipado de la víctima debido al accidente de tráfico”.

De lo anterior se desprende, según la sentencia, que, puesto que la indemnización de la víctima por lesiones permanentes o secuelas varía en el sistema legal de valoración del daño corporal en relación inversamente proporcional a su edad en el momento del accidente (a más edad, la cuantía correspondiente a las secuelas de la misma entidad o puntuación, disminuye), parece lógico ajustar la cantidad que reconoce el sistema, puesto que lo hace en contemplación a los años que tenía cuando se produjo el siniestro respecto de los que le quedarían al vivir, y fijar la indemnización atendiendo al tiempo efectivo que transcurrió hasta su fallecimiento, pues fue este espacio temporal durante el cual la víctima sufrió la secuela.

XX. AGOTAMIENTO DEL PLAZO DE INCAPACIDAD TEMPORAL CON PROPUESTA DE INCAPACIDAD PERMANENTE

El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo de 545 días naturales desde la baja médica (18 meses); por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente; por el reconocimiento de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.

Según el glosario de términos de la Seguridad Social, la prórroga de efectos de la incapacidad temporal sucede cuando la extinción de la incapacidad temporal se produce por el transcurso del plazo máximo fijado legalmente o por alta médica con declaración de incapacidad permanente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogan hasta el momento de la calificación de incapacidad permanente, en cuya fecha se inician las prestaciones económicas de ésta, salvo que las mismas sean superiores a las que venía percibiendo el trabajador, en cuyo caso se retrotraerán aquéllas al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal. No obstante, en los casos en que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hubiera hecho aconsejable demorar la calificación, ésta podrá retrasarse por el periodo preciso, que en ningún caso podrá rebasar los 730 días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal.

Con anterioridad al 27/12/2013.

El ex Art. 131 bis, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, indicaba:

“3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los números anteriores, cuando la extinción se produjera por el transcurso del plazo máximo fijado en el apartado a) del número 1 del artículo 128 o por alta médica con declaración de incapacidad permanente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de ésta, salvo que las mismas sean superiores a las que venía percibiendo el trabajador, en cuyo caso se retrotraerán aquéllas al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal.

En los supuestos a que se refiere el segundo párrafo del apartado precedente, los

efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de ésta.

En el supuesto de alta médica anterior al agotamiento del plazo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal fijado en el apartado a) del número 1 del artículo 128, de producirse con posterioridad dicha declaración de inexistencia de incapacidad permanente.”

Es decir, en el supuesto de alta médica anterior al agotamiento del plazo máximo de duración, sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del plazo máximo de duración, de producirse con posterioridad dicha declaración de inexistencia de incapacidad permanente. De la interpretación de este precepto surgen dos posibilidades:

1. En caso de alta médica con propuesta de incapacidad permanente, la empresa debe mantener en alta al trabajador subsistiendo la obligación de cotizar a la Seguridad Social hasta que se extinga el contrato de trabajo o bien hasta el agotamiento de los 18 meses, si la declaración de inexistencias de incapacidad permanente se produce con posterioridad al transcurso de los citados 18 meses. Y en caso de declaración de IP, en cualquier grado, se producirá la devolución de cuotas previa solicitud por parte de la empresa.
2. En el supuesto planteado (propuesta de IP pero sin alta médica) se procedería a la baja en la Seguridad Social y si la Resolución del INSS concediese la IP, se

realizaría una liquidación complementaria por las cuotas dejadas de ingresar. De declararse la IP, dicha baja hubiese sido correcta sin mayor repercusión.

Agotado el plazo máximo se dejaba de cotizarse por el trabajador a la espera de la declaración de IP (la baja hubiese sido correcta) o el alta sin ip (se cotizaría con efectos retroactivos).

Con posterioridad al 27/12/2013, y vigencia indefinida.

Con efectos de 27/12/2013, el Art. 131 bis Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, según redacción aportada por DF4 Ley 22/2013, de 23 de diciembre) - actual 174 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre -, especifica:

"1. El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica; por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente; por el reconocimiento de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.

A efectos de determinar la duración del subsidio, se computarán los períodos de recaída en un mismo proceso. Se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior.

Cuando, iniciado un expediente de incapacidad permanente antes de que hubieran transcurrido quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración del subsidio de incapacidad temporal, se denegara el derecho a la prestación de incapacidad permanente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir, dentro de los ciento ochenta días naturales posteriores a la resolución denegatoria, una nueva baja médica por la misma o similar patología, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador. En estos casos se reanudará el proceso de incapacidad temporal hasta el cumplimiento de los quinientos cuarenta y cinco días.

2. Cuando el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del período de quinientos cuarenta y cinco días naturales fijado en el apartado anterior, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda. No obstante, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, sin que en ningún caso se puedan rebasar los setecientos treinta días naturales sumados los de incapacidad temporal y los de prolongación de sus efectos. Durante los períodos previstos en este apartado, de tres meses y de demora de la calificación, no subsistirá la obligación de cotizar.

3. Extinguido el derecho a la prestación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración, con o sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse derecho a la prestación

económica de incapacidad temporal por la misma o similar patología, si media un período superior a ciento ochenta días naturales, a contar desde la resolución de la incapacidad permanente.

Este nuevo derecho se causará siempre que el trabajador reúna, en la fecha de la nueva baja médica, los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de incapacidad temporal derivado de enfermedad común o profesional, o de accidente, sea o no de trabajo. A estos efectos, para acreditar el período de cotización necesario para acceder al subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente.

No obstante, cuando se trate de la misma o similar patología y no hubiesen transcurrido ciento ochenta días naturales desde la denegación de la incapacidad permanente, podrá iniciarse un nuevo proceso de incapacidad temporal, por una sola vez, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. Para ello, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordará la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.

4. El alta médica con propuesta de incapacidad permanente, expedida antes de que el proceso hubiera alcanzado los trescientos sesenta y cinco días de duración, extinguirá la situación de incapacidad temporal.

Si, al agotamiento del plazo de trescientos sesenta y cinco días, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordase la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, la situación de incapacidad temporal se extinguirá en la fecha de cumplimiento del indicado plazo. Cuando, en el ejercicio de las competencias previstas en el artículo 128.1.a), el Instituto Nacional de la Seguridad Social hubiese acordado la

prórroga expresa de la situación de incapacidad temporal, y durante la misma iniciase un expediente de incapacidad permanente, la situación de incapacidad temporal se extinguirá en la fecha de la resolución por la que se acuerde dicha iniciación.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los números anteriores, cuando la extinción se produjera por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, por acuerdo del Instituto Nacional de la Seguridad Social de iniciación de expediente de incapacidad permanente, o por el transcurso de los quinientos cuarenta y cinco días naturales, el trabajador estará en la situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal hasta que se califique la incapacidad permanente. En los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, los efectos de la prestación económica de incapacidad permanente coincidirán con la fecha de la resolución de la Entidad Gestora por la que se reconozca, salvo que la misma sea superior a la que venía percibiendo el trabajador en concepto de prolongación de los efectos de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerán aquellos efectos al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal.

En el supuesto de extinción de la incapacidad temporal, anterior al agotamiento de los quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración de la misma, sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del citado plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales, de producirse con posterioridad dicha declaración de inexistencia de incapacidad permanente."

Actualmente, el derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo de 545 días naturales desde la baja médica; por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente; por el reconocimiento de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos

adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.

En el supuesto de alta médica anterior al agotamiento del plazo máximo de duración, sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente, ha de tenerse en cuenta un nuevo parámetro, el transcurso de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica, junto con la futura declaración de IP o NO, es decir, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral (salvo matización jurisprudencial sucede cuando "es dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente") o hasta la extinción del citado plazo de 545 días naturales, de producirse con posterioridad dicha declaración de inexistencia de incapacidad permanente.

XXI. DESPIDO DISCIPLINARIO POR INCOMPARECENCIA AL TRABAJO TRAS LA DENEGACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

La doctrina de la Sala IV sobre la extinción de la incapacidad temporal y el nacimiento del deber de reincorporarse al trabajo, cuando se dicta resolución administrativa declarando que el trabajador no se encuentra afecto de incapacidad laboral permanente, se remonta a la SSTS 13/05/1987, 07/06/1988 y 20/10/1988, y sostiene que en los casos de incapacidad temporal el contrato se encuentra en suspenso hasta que recae resolución administrativa declarando la inexistencia de incapacidad permanente, incluso si se reconoce una incapacidad permanente parcial, momento en el que nace el deber del trabajador de reincorporarse al trabajo.

En la STS 22/10/1991 esta solución se justifica con los siguientes argumentos que continúan considerándose aplicables en la actualidad a estos supuestos:

«como establecen, de una parte y con carácter general, los artículos 45.1 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo (hoy Art. 38, Art. 39, Ley 39/2015, de 1 de octubre) y, de otra y en el ámbito del procedimiento de declaración de invalidez permanente, el apdo. 2. Art. 9, Real Decreto 2609/1982 de 24 de septiembre, los actos administrativos tienen una presunción de validez que hacen su cumplimiento necesario y directamente ejecutivo, por lo que, como ha destacado la doctrina científica, la declaración contenida en el acto que define una situación jurídica crea inmediatamente esa situación sin perjuicio de lo que pueda resultar de su revisión. Esta eficacia inmediata del acto es una cualidad distinta de su firmeza y no se funda en ella. Su ámbito de aplicación es el de las prestaciones de seguridad social. Tiene, sin embargo, una proyección indirecta o refleja en el contrato de trabajo, porque el la letra c) del apdo. 1, Art. 45, Estatuto de los Trabajadores, al enunciar el supuesto suspensivo que contempla, se remite a dos situaciones protegidas por la seguridad social y dentro de ésta ha de atribuirse el mismo alcance al acto que declara la iniciación de la situación protegida que al que establece su terminación por la concurrencia de una causa legal. El problema en materia laboral consiste en determinar si existe o no una situación de incapacidad temporal que impida la prestación de trabajo. Lo que ocurre es que el acto administrativo de la gestora, al extinguir la situación de incapacidad laboral transitoria, priva en principio de justificación a la incomparecencia al trabajo de la misma forma que la baja había otorgado inicialmente esa justificación. El empresario puede, por tanto, deducir las consecuencias extintivas - disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento- que derivan de esa falta de justificación y el trabajador, que ha de prevenir la eventual apreciación de un desistimiento -cuya concurrencia o no habrá de valorarse en cada caso- manifestando su voluntad de mantener la relación, debe también, si quiere conservar la suspensión, destruir los efectos reflejos de la resolución administrativa acreditando que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo. Lo que no cabe es entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una

decisión judicial firme y ello porque, aparte de lo dicho, frente a la desaparición de la justificación de la incomparecencia no basta la impugnación de una resolución administrativa en una relación externa a la laboral, sino que el trabajador ha de desarrollar, con la diligencia exigible en cada caso, una conducta positiva en orden a informar al empresario de la impugnación y a acreditar la subsistencia de una incapacidad temporal para el trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa. Lo dispuesto en la Orden de 20 de mayo de 1.952 no modifica esta conclusión, pues, sin necesidad de otras consideraciones, es claro que no estamos ante el supuesto que contempla esa Orden caracterizado por la existencia de un cese con reconocimiento de la condición de pensionista y de una posterior declaración de aptitud para el trabajo»

Aplicando la anterior doctrina al caso del supuesto, si el trabajador no puede probar que, pese al alta médica o a la resolución declarando que no estaba afecto de incapacidad permanente, continuaba en situación de incapacidad temporal por estar impedido para reanudar el trabajo, ni que durante la tramitación del expediente de incapacidad permanente siguiese recibiendo asistencia médica; no sucederá ninguno de los supuestos contemplados por la jurisprudencia para justificar la incomparecencia al trabajo por lo que el despido disciplinario por no presentarse en su puesto de trabajo sería posible

XXII. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. OPCIÓN AL LLEGAR LA EDAD DE JUBILACIÓN

Podrán ser beneficiarios de la pensión de jubilación los trabajadores que cesen total o parcialmente en su actividad laboral y reúnan determinados requisitos.

Jubilación total

Cuando cumpliendo los requisitos generales para el acceso a la pensión de jubilación el trabajador cese totalmente en su actividad laboral.

Jubilación parcial

Posibilita la compatibilidad entre el percibo de una jubilación del sistema de la Seguridad Social y un puesto de trabajo a tiempo parcial. Podrán acogerse a esta modalidad:

Trabajadores que hayan cumplido la edad que en cada caso resulte aplicable y reúnan los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, siempre que se reduzca su jornada de trabajo entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 50 por 100, sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo.

Jubilación anticipada

La edad mínima de jubilación podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

Esta reducción de edad se realiza mediante la aplicación de coeficientes reductores a determinadas categorías profesionales tales como trabajadores de la minería del carbón, ferroviarios, personal de vuelo de trabajos aéreos etc.

Los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos por acceder a la jubilación a una edad superior a la que en cada caso resulte aplicable y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

Trabajadores por cuenta ajena que realicen una actividad retribuida y durante ésta acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100. La edad ordinaria se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado los coeficientes del 0,25 en los casos de un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 o del 0,50 en los casos de un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 y que el trabajador necesite el concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida ordinaria. El período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación.

La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ninguno de los supuestos anteriores dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años.

También podrá ser rebajada la edad de jubilación ordinaria en el caso de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100, siempre que se trate de las discapacidades reglamentariamente determinadas en el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas. La edad mínima de jubilación de las personas afectadas por una de estas discapacidades será, excepcionalmente, la de cincuenta y seis años.

Acceso anticipado derivado del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador: trabajadores que tengan cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación, inscritos como demandantes de empleo, durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación, que acrediten un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias y que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social, el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este apartado la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de aplicación, de los siguientes coeficientes reductores en función del período de cotización acreditado:

Coeficiente del 1,875 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a 38 años y 6 meses.

Coeficiente del 1,750 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses.

Coeficiente del 1,625 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses.

Coeficiente del 1,500 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses.

A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de aplicación.

Para el cómputo de los periodos de cotización se tomarán periodos completos, sin que se equipare a un periodo la fracción del mismo.

Acceso anticipado a la jubilación por voluntad del interesado. Los requisitos son:

Tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores que se especifican más arriba.

Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 35 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

Una vez acreditados los requisitos generales y específicos de dicha modalidad de jubilación, el importe de la pensión ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

En los casos de acceso a esta clase de jubilación anticipada, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso corresponda, de los siguientes coeficientes reductores en función del período de cotización acreditado:

Coeficiente del 2 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a 38 años y 6 meses.

Coeficiente del 1,875 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses.

Coeficiente del 1,750 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses.

Coeficiente del 1,625 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses.

A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el

plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de aplicación.

Para el cómputo de los periodos de cotización se tomarán periodos completos, sin que se equipare a un periodo la fracción del mismo.

Trabajadores por cuenta ajena con 60 años de edad, incluidos en el Régimen General que tuvieran la condición de mutualistas en alguna Mutualidad Laboral de trabajadores por cuenta ajena antes del 1 de enero de 1967. Esta posibilidad no es aplicable a los trabajadores que no se encuentren en alta o en situación asimilada al alta.

Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V1629-12 de 27 de Julio de 2012.

En lo que afecta a la acreditación de la condición de persona con discapacidad en relación a la aplicación del mínimo por discapacidad a que se refiere el Art. 60 LIRPF, a efectos del IRPF, tendrán la consideración de persona con discapacidad aquellos contribuyentes con un grado de minusvalía igual o superior al 33%. El grado de minusvalía deberá acreditarse mediante certificado o resolución, expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65%, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado.

El consultante percibe una pensión de jubilación, pues opta a la misma al cumplir los 65 años de edad, en lugar de la que venía percibiendo por incapacidad permanente total, la manera de acreditar la situación de discapacidad es a través de los certificados expedidos al efecto por los servicios indicados, es decir, del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o, en su caso, del órgano competente de las Comunidades Autónomas.

Resolución de 27 de Julio de 2012. “Como cuestión de principio se hace preciso señalar que la contestación se realiza partiendo del supuesto de que el presente caso consultado trata de lo dispuesto en el artículo 122.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en cuya virtud el consultante, que percibía pensión por incapacidad permanente total, opta al cumplir los 65 años de edad a percibir la correspondiente pensión de jubilación, regulada en los artículos 160 y siguientes del citado RDL 1/1994, de 20 de junio.

Dicho lo anterior, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y en concreto, en lo que afecta a la acreditación de la condición de persona con discapacidad en relación a la aplicación del mínimo por discapacidad a que se refiere el artículo 60 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE del día 29), se considera lo siguiente:

En cuanto a la acreditación de la condición de persona con discapacidad, debe señalarse que el artículo 72 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo (BOE del día 31), dispone lo siguiente:

"1.A los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrán la

consideración de persona con discapacidad aquellos contribuyentes con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento.

El grado de minusvalía deberá acreditarse mediante certificado o resolución expedida por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado.

(.....)

Por tanto, a la vista del precepto reglamentario transcrito, a efectos de la aplicación de la reducción en concepto de mínimo por discapacidad, a que se refiere el artículo 60 de la Ley del Impuesto, se deberá cumplir lo señalado en el artículo 72 del Reglamento del Impuesto, donde se indican los distintos medios de acreditación exigidos al efecto.

Como quiera que el consultante percibe una pensión de jubilación, pues opta art. 122.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social- a la misma al cumplir los 65 años de edad, en lugar de la que venía percibiendo por incapacidad permanente total la manera de acreditar la situación de discapacidad es, conforme a lo anteriormente dicho, a través de los certificados expedidos al efecto por los servicios indicados, es decir, del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o, en su caso, del órgano competente de las Comunidades Autónomas.

Lo que comunico a Vd. con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”.

XXIII. JUBILACIÓN ANTICIPADA E INCAPACIDAD

Dada la redacción del art. 138.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), la imposibilidad de acceder a la pensión de incapacidad permanente por parte de quien ya es beneficiario de pensión de jubilación se produce sólo a partir de los 65 años. No obstante, la STS 22/03/2006 (Rud. 5069/2004), modificó el citado artículo, originando en su día la posibilidad de que los pensionistas de jubilación anticipada pudieran ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente. Esto ha sido reiterado por la STS 13/06/2007 (Rud. 2282/2006) y más recientemente por la STS 21/01/2015 (R. 491/2014).

De este modo, y como consecuencia de la jurisprudencia citada con anterioridad, los trabajadores prejubilados anticipadamente menores de 65 años, pueden solicitar una pensión de Concepto de incapacidad permanente por causas comunes si padecen lesiones o dolencias que así lo justifican. Si embargo, aunque la STS 22/03/2006 (Rud. 5069/2004), parece que está incluyendo también el supuesto de incapacidad permanente total para la profesión habitual, en realidad únicamente afecta a los grados de Prestación por incapacidad permanente absoluta y Prestación por gran invalidez, al ser los únicos a los que se puede acceder desde una situación de no alta en la Seguridad Social siempre que se tengan 15 años cotizados, ya que quienes están prejubilados no están de alta en la Seguridad Social, todo ello desde luego sin perjuicio, tal como se establece en la sentencia recurrida, de que el INSS esté obligado a tramitar el expediente de incapacidad permanente si se pide la IPA o la gran invalidez.

Por último, ha de destacarse que las mencionadas sentencia no afectan a los supuestos de petición de incapacidad permanente aunque se trate de mayores de 65

años, si la contingencia es la de enfermedad profesional y las dolencias se iniciaron cuando el pensionista trabajaba, ni tampoco en los supuestos en que la contingencia sea de accidente de trabajo si el pensionista estaba efectivamente trabajando.

XXIV. CONTRATO EN PRÁCTICAS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Será posible formalizar un contrato en prácticas para personas con discapacidad con un trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33%, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Requisitos de los trabajadores para la contrato en prácticas para personas con discapacidad.

Ser trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el organismo competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

El contrato de trabajo en prácticas podrá concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente, o de certificado de profesionalidad de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las

Cualificaciones y de la Formación Profesional, que habiliten para el ejercicio profesional.

Que no hayan transcurrido más de siete años desde la terminación de los estudios.

Formalización del contrato en prácticas para personas con discapacidad

Deberá formalizarse por escrito haciendo constar expresamente la titulación del trabajador, la duración del contrato y el puesto de trabajo a desempeñar durante las prácticas.

Deberá comunicarse al Servicio Público de Empleo en el plazo de los diez días siguientes a su concertación, al igual que las prórrogas del mismo.

Duración del contrato en prácticas para personas con discapacidad

No podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años; dentro de estos límites, los Convenios Colectivos de ámbito sectorial podrán determinar la duración del contrato. Si el contrato en prácticas se hubiera concertado por tiempo inferior a dos años, se podrán acordar hasta dos prórrogas, con una duración mínima de seis meses.

Ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación.

El periodo de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 ó 2, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3, salvo lo dispuesto en convenio colectivo.

A la finalización del contrato no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba, computándose la duración de las prácticas a efectos de antigüedad en la empresa (apdo. 1 f) Art. 11, ET, DA 20, ET, Art. 11, Real Decreto 209/2005, de 25 de febrero).

Incentivos para el contrato en prácticas para personas con discapacidad

Las empresas tendrán derecho a una reducción, durante la duración del contrato, a tiempo completo o parcial, del 50% de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes.

Subvención para la adaptación de puestos de trabajo, eliminación de barreras o dotación de medios de protección personal, siempre que su duración sea igual o superior a doce meses.

Las transformaciones en contratos indefinidos a tiempo completo, o a tiempo parcial, podrán acogerse a la finalización de su duración inicial o prorrogada, independientemente de la fecha de su celebración, reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años de 500€/año (700€/año si se trata de mujeres).

Retribución del trabajador

La retribución del trabajador será la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60% o al 75% durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo.

En ningún caso el salario será inferior al salario mínimo interprofesional. En el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial, el salario se reducirá en función de la jornada pactada.

Bonificación que las nuevas contrataciones. Incremento del nivel de empleo fijo

El requisito de que las nuevas contrataciones o transformaciones supongan un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa (excepto contratos de relevo), no aparecía en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, incorporándose como obligatorio por el segundo párrafo del apdo. 5, Art. 10 ,Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. De esta forma, es un requisito imprescindible para que puedan aplicarse las bonificaciones establecidas legalmente que las nuevas contrataciones o transformaciones, salvo las referidas a contratos de relevo, supongan un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa.

Para calcular dicho incremento, se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores con contratos indefinidos en el periodo de los noventa días anteriores a la nueva contratación o transformación, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa el sumatorio de los contratos indefinidos que estuvieran en alta en la empresa en cada uno de los noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación o transformación. Se excluirán del cómputo los contratos indefinidos que se hubieran extinguido en dicho periodo por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba.

Este concepto se encuentra sujeto a la previsión del punto segundo de la DF3 Ley 35/2010, de 17 de septiembre, donde se prevé que «se autoriza al Ministro de Trabajo e Inmigración a adaptar los métodos de cómputo del incremento y mantenimiento del empleo a que se refieren los artículos 10 y 11 de esta Ley en función de los requerimientos técnicos de los sistemas informáticos de la Tesorería General de la Seguridad Social y de los servicios públicos de empleo».

Conviene precisar que de dicho cómputo se excluyen los que se hubieran extinguido en ese periodo de 90 días por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba.

Mantenimiento del empleo bonificado

Como se ha citado, las empresas están obligadas a preservar el nivel de empleo fijo alcanzado con la contratación bonificada, ya que en caso contrario vendrán obligadas a reintegrar las bonificaciones, salvo que se cubran dichas vacantes en el plazo de un mes mediante la contratación de nuevos trabajadores (indefinidos o transformaciones a indefinidos) con la misma jornada que tuviera el trabajador cuyo contrato se hubiera extinguido.

Al igual que en el supuesto anterior, no se considerará incumplida la obligación de mantener el empleo cuando se produzcan extinciones por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba.

Efectos del incumplimiento del requisito de mantenimiento del nivel de empleo fijo

Cuando se produzcan extinciones de contratos indefinidos bonificados por otras causas a las citadas y además suponga disminución del empleo fijo, las empresas estarán obligadas a cubrir dichas vacantes en los dos meses siguientes a que se produzcan, mediante la contratación de nuevos trabajadores con contrato indefinido o la transformación de contratos temporales o formativos en indefinidos, con la misma jornada de trabajo, al menos, que tuviera el trabajador cuyo contrato indefinido se hubiera extinguido. Si el contrato extinguido correspondiese a uno de los bonificados, cuando la cobertura de dicha vacante se realice con un trabajador perteneciente a alguno de los colectivos de bonificación previstos en el mismo, este nuevo contrato dará derecho a la aplicación de la bonificación correspondiente al colectivo de que se trate durante el tiempo que reste desde la extinción del contrato hasta el cumplimiento de los tres años de bonificación de éste (párrafo tercero apdo. 6, Art. 10 ,Ley 35/2010, de 17 de septiembre).

En síntesis, para que se produzca el reintegro de las bonificaciones aplicadas, ante la extinción de uno de los contratos indefinidos afectados por las bonificaciones objeto de comentario, ha de producirse el cese por alguna de las causas excluidas y además, que la empresa no sustituya al trabajador en el plazo de 2 meses. En este caso (como señala el apdo. 6, Art. 10, Ley 35/2010, de 17 de septiembre) ha de producirse el «reintegro de las bonificaciones aplicadas sobre los contratos bonificados, afectados por el descenso del nivel de la plantilla fija que se alcanzó con esas contrataciones». Es decir, que si la empresa tuviera en vigor varios contratos indefinidos bonificados, el reintegro únicamente afectará a las bonificaciones que se aplicaron por el trabajador que no ha sido sustituido en el plazo y con los requisitos exigidos.

Mantenimiento del empleo bonificado en el supuesto del contrato de relevo formalizado por una empresa por jubilación parcial de uno de sus trabajadores

La sentencia TS, Sala de lo Social, de 09/07/2009, Rec. 3032/2008, siguiendo doctrina previa, reitera que existe responsabilidad empresarial sobre una pensión por jubilación parcial cuando se produce un retraso en el cumplimiento de la obligación de sustituir al trabajador relevista, cuando éste cesa en su trabajo; y ello porque es aplicable el punto cuarto de la DA2 Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que es un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de mantener un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste. Debiendo añadirse que si tal incumplimiento fuera meramente parcial, en ese caso la responsabilidad del empleador deberá atemperarse para ser exigida en forma proporcional a la entidad del incumplimiento. Ver sentencia TS, Sala de lo Social, de 08/07/2009, Rec. 3147/2008.

Extinción de contratos por empleo selectivo. Medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos/discapacitados

Según el vigente Art. 10 Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo

selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, las empresas beneficiarias están obligadas a mantener la estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados al amparo de la normativa citada por un tiempo mínimo de tres años, no pudiendo despedir sin causa justificada a estos trabajadores, y, en caso de despido procedente, deberán sustituirles por otros trabajadores minusválidos, beneficiándose en este caso solamente de la bonificación de la cuota de la Seguridad Social por los sustitutos.

El incumplimiento por las Empresas beneficiarias de estas condiciones supondrá la obligación de reintegrar al Tesoro las cantidades percibidas.

Contratos e incentivos vigentes a la entrada de nueva normativa de aplicación

Los contratos de trabajo, así como las bonificaciones y reducciones en las cuotas de la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por los mismos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/2013, de 26 de julio, se regirán por la normativa vigente en el momento de su celebración o, en su caso, en el momento de iniciarse el disfrute de la bonificación o reducción (DT2, Ley 11/2013, de 26 de julio).

La redacción dada por los Art. 9-13 Ley 11/2013, de 26 de julio, así como la DA5 DF4 Ley 11/2013, de 26 de julio será aplicable a los contratos de trabajo, así como las bonificaciones y reducciones en las cuotas de la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por los mismos, celebrados entre el 24 de febrero de 2013 y el 28 de julio de 2013.

XXV. PROCEDIMIENTO, CONDICIONES Y ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DE IP Y MUERTE Y

SUPERVIVENCIA PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

La disposición adicional tercera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre, que trae causa del artículo 20 del RD Ley 13/2010 de 3 de Dic., de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, recoge la inclusión obligatoria en el Régimen General de la Seguridad Social, con efectos del 1 de enero de 2011, del personal que se relaciona en el Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre con excepción del comprendido en la letra i), del texto refundido de la Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre a los efectos exclusivos de lo recogido en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo.

La citada disposición adicional tercera preveía, con las adaptaciones que sean precisas, el respeto, para el personal militar y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, del régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado, así como de determinadas especificidades relacionadas con los tribunales médicos para la declaración de la incapacidad o inutilidad del funcionario.

Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre, sobre procedimiento, condiciones y alcance del reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia para el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado derivado de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social.

Este real decreto, en vigor a partir del 12 de diciembre de 2015, tiene por objeto regular, en materia de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, las condiciones y el alcance de la integración en el Régimen General de la Seguridad Social del personal al servicio de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, siempre que el acceso a la condición de que se trate se haya producido a partir del 1 de enero de 2011, así como el procedimiento para el reconocimiento de dichas prestaciones.

Ámbito personal de aplicación.

Se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de este real decreto:

a) El personal militar que se indica a continuación:

1.º Los militares de carrera que mantienen una relación de servicios profesionales de carácter permanente.

2.º Los militares de complemento que mantienen una relación de servicios profesionales de carácter temporal.

3.º Los militares de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter temporal.

4.º Los alumnos que ingresen en los centros docentes militares que mantienen una relación de servicios sin vinculación profesional.

5.º Los reservistas cuando se incorporen a las Fuerzas Armadas que mantienen una relación de servicios sin vinculación profesional, en los términos previstos en el artículo 134 de la Ley 39/2007 de 19 de Nov, de la carrera militar.

b) El personal del Cuerpo de la Guardia Civil que se indica a continuación:

1.º Los militares de carrera de la Guardia Civil que mantienen una relación de servicios profesionales de carácter permanente.

2.º Los alumnos de los centros docentes de formación de la Guardia Civil que mantienen una relación de servicios sin vinculación profesional.

c) Los miembros de la Policía Nacional que a continuación se indican:

1.º Los funcionarios de carrera de dicho cuerpo.

2.º Los inspectores-alumnos.

3.º Los policías-alumnos.

Procedimientos que se regulan

En relación con la Incapacidad permanente:

Procedimiento para la evaluación de las condiciones psicofísicas del personal de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil.

Procedimiento para la evaluación de las aptitudes psicofísicas del personal de la Policía Nacional.

Tramitación del procedimiento para el reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas.

- En relación con la Muerte y supervivencia

Procedimiento para el reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas.

- En relación con las prestaciones derivadas de acto de servicio:

Especialidades del procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad permanente por acto de servicio.

Especialidades del procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de fallecimiento por acto de servicio.

XXVI. BENEFICIOS, AYUDAS Y SUBVENCIONES

1. BENEFICIOS FISCALES

a. PATRIMONIO PROTEGIDO

La ley 41/2003, de 16 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección como la formación de un patrimonio destinado a atender las necesidades de la persona con discapacidad.

Tendrán la consideración de beneficiarios, exclusivamente, las personas con discapacidad en cuyo interés se constituya, que será su titular y afectadas por los siguientes grados de discapacidad:

- Las personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33%.
- Las personas con una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%.

Hay unos beneficios fiscales tanto por las aportaciones realizadas como por las recibidas.

Reducciones por aportaciones al patrimonio protegido

Personas con derecho a la reducción:

- Las que tengan una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta tercer grado inclusive con la persona con discapacidad.
- El cónyuge de la persona con discapacidad.
- Aquellas que lo tuvieran a su cargo en régimen de tutela o acogimiento.

Las aportaciones realizadas, que podrán ser dinerarias o no dinerarias, darán derecho a reducir la base imponible del aportante, con el límite máximo de 10.000 € anuales. El conjunto de las reducciones practicadas por todas las personas que efectúen aportaciones a un mismo patrimonio protegido no podrá exceder de 24.250 € anuales.

Tratamiento fiscal de las aportaciones recibidas para el contribuyente con discapacidad

- Cuando la persona que aporta es persona física, tendrán la consideración de rendimientos de trabajo hasta el importe de 10.000 € anuales por cada aportante y 24.250 € anuales en conjunto.

- Cuando los aportantes sean sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, tendrán la consideración de rendimientos de trabajo, siempre que hayan sido gasto deducible del citado impuesto, con el límite de 10.000 € anuales.

b. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, que regula el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) establece unos beneficios fiscales para las personas con discapacidad.

A los efectos del impuesto sobre la renta, tienen la consideración de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

Acreditación

El grado de discapacidad y la necesidad de ayuda de terceras personas o la movilidad reducida deberá acreditarse mediante certificado o resolución expedido por el órgano competente de las comunidades autónomas (en la actualidad se denominan equipos de evaluación y orientación EVO) o por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). Se considerará acreditado un grado de discapacidad:

1.-Igual o superior al 33%, a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

2.-Igual o superior al 65%, a aquellas personas con discapacidad cuya incapacidad haya sido declarada judicialmente en el orden civil, aunque no alcancen dicho grado.

Exenciones

No tributan en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas:

- Las prestaciones económicas consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

- Prestaciones familiares reguladas en la Sección Segunda del Capítulo IX, Título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y las pensiones y haberes pasivos a favor de nietos y hermanos incapacitados para todo trabajo.

- Las prestaciones que, en situaciones idénticas a las anteriores, le son reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de

previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social mencionado.

- Las pensiones por inutilidad o incapacidad permanente de los regímenes públicos de Seguridad Social y clases pasivas, siempre que la lesión o enfermedad que hubiera sido causa de las mismas, inhabilite para toda profesión u oficio, y las pagadas igualmente por los regímenes públicos de Seguridad Social y clases pasivas a favor de nietos y hermanos menores de 22 años o incapacitados para todo trabajo.

- Las cantidades percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con discapacidad, en modalidad simple, permanente o preadoptivo o las equivalentes previstas en los ordenamientos de las Comunidades Autónomas.

- Las ayudas económicas otorgadas por instituciones públicas a personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65% para financiar su estancia en residencias o centros de día, siempre que el resto de sus rentas no excedan del doble del indicador público de renta de efectos múltiples.

- Las prestaciones por desempleo cuando se perciban en la modalidad de pago único, cualquiera que sea la cuantía de éste, por trabajadores con discapacidad que se conviertan en trabajadores autónomos.

- Los rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta por las personas con discapacidad correspondientes a las aportaciones al sistema de previsión social especial constituido a favor de las mismas. También están exentos los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad. El límite anual conjunto de esta exención es 3 veces el IPREM. A partir del 1 de enero de 2015 este límite se aplicará de forma separada para cada uno de los rendimientos que por estos conceptos se perciban.

- Las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y asistencia personalizada que deriven de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención en Situación de Dependencia.

- Los rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta por las personas con discapacidad correspondientes a las aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos en favor de las mismas, así como los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones a patrimonios protegidos a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la ley 35/2006, hasta un importe máximo anual conjunto de tres veces el IPREM (para 2016: 7.455,14 euros. Límite: 22.365,42 euros).

- No tendrán la consideración de renta las cantidades percibidas como consecuencia de las disposiciones que se hagan de la vivienda habitual (hipoteca inversa) por parte de las personas que se encuentren en situación de dependencia severa o gran dependencia, siempre que se lleve a cabo de conformidad con la regulación financiera relativa a los actos de disposición de bienes para asistir a las necesidades económicas de vejez y de la dependencia.

- Las ayudas excepcionales por daños personales, tanto por fallecimiento y por incapacidad absoluta permanente como por gastos de hospitalización no cubiertos por ningún sistema público o privado de asistencia sanitaria, sufridos por las personas afectadas por determinadas catástrofes (incendios, inundaciones y tormentas). Consultar manual de cada ejercicio.

- Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores.

- Cuando se realicen aportaciones a planes de pensiones a favor de personas con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100, psíquica igual o superior al 33 por 100, así como de personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado, a los mismos les resultará aplicable el

régimen financiero de los planes de pensiones, regulado en el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. (Límite máximo anual: 24.250 euros).

Ventajas fiscales:

En cuanto a las ventajas fiscales existen reducciones por rendimientos de trabajo, por rendimientos de actividades económicas, por aportaciones a planes de pensiones, mutualidades de previsión social, planes de previsión asegurados, planes de previsión empresarial y seguros de dependencia severa o de gran dependencia constituidos a favor de personas con discapacidad psíquica igual o superior al 33%, física o sensorial igual o superior al 65% o con una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado.

Asimismo está previsto un mínimo personal y familiar que es la parte de la base liquidable que por destinarse a satisfacer necesidades básicas personales y familiares del contribuyente no se somete a tributación por el IRPF.

También está previsto un mínimo por discapacidad de contribuyente y por discapacidad del ascendiente o descendientes.

El mínimo por discapacidad de ascendientes o descendientes será de 3.000 euros anuales por cada uno de los descendientes o ascendientes que generen derecho a la aplicación del mínimo a que se refieren los artículos 58 y 59 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre las personas Físicas, que sean personas con discapacidad, cualquiera que sea su edad. El mínimo será de 9.000 euros anuales, por cada uno de ellos que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento.

El mínimo por discapacidad del contribuyente será de 3.000 euros anuales cuando sea una persona con discapacidad y 9.000 euros anuales cuando sea una persona con discapacidad y acredite un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento.

Dicho mínimo se aumentará, en concepto de gastos de asistencia, en 3.000 euros anuales cuando acredite necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento.

La reforma llevada a cabo de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre las Personas Físicas, Ley 26/2014, de 27 de noviembre, establece dos nuevos artículos: 81. Bis y 60.Bis del citado impuesto, recogiendo los siguientes supuestos:

- Familia numerosa: 1.200 euros anuales; 2.400 si es familia de categoría especial.

- Descendiente con discapacidad: 1.200 euros anuales por cada descendiente.

- Ascendiente con discapacidad: 1.200 euros anuales por cada ascendiente.

Además, estas cantidades, se podrán solicitar por anticipado, calculándose la deducción, de forma proporcional al número de meses en que se cumplan de forma simultánea los requisitos establecidos en la Ley (apartado 1 del artículo 81.bis).

Pueden efectuar la presentación del formulario 143.

- Los contribuyentes que pudieran tener derecho a la deducción.

- Los representantes voluntarios con poderes o facultades para presentar electrónicamente declaraciones o autoliquidaciones en nombre de los beneficiarios.

- Las personas o entidades que ostenten la condición de colaboradores sociales.

En cuanto a las deducciones por vivienda habitual, como regla general los contribuyentes con discapacidad aplicarán la deducción de acuerdo con las normas establecidas con carácter general. Sin embargo está prevista una deducción de los

contribuyentes que realicen obras o instalaciones de adecuación de su vivienda habitual por razón de su discapacidad o de su cónyuge o pariente en línea directa o colateral consanguínea o por afinidad hasta el tercer grado inclusive siempre que conviven con él, y siempre que la vivienda sea ocupada o cualesquiera de ellos a título de propietario, arrendatario, subarrendatario o usufructuario.

Podrán aplicar la deducción por inversión en vivienda habitual en los términos previstos en el apartado 2 de esta disposición, los contribuyentes que hubieran satisfecho cantidades para la realización de obras e instalaciones de adecuación de la vivienda habitual de las personas con discapacidad con anterioridad a 1 de enero de 2013 siempre y cuando las citadas obras o instalaciones estén concluidas antes del 1 de enero de 2017.

c. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO (IVA)

El artículo 91.dos.1.4 de la ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), tras la modificación operada por la ley 6/2006, de 24 de abril, para la clarificación del concepto de vehículo destinado al transporte de personas con discapacidad (BOE de 25 de abril) y movilidad reducida, establece que se aplicará el tipo del 4 por ciento de IVA a la adquisición de un vehículo para personas con movilidad reducida (descritos en el artículo 20 del Anexo I del Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo que aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial). Este tipo de vehículos son vehículos cuya tara no sea superior a 350 kg y que, por construcción, no puede alcanzar en llano una velocidad superior al 45 km/h, proyectado y construido especialmente (y no meramente adaptado) para el uso de personas con alguna discapacidad física. También se aplicará el tipo del 4 por ciento de IVA a las reparaciones de este tipo de vehículos.

También se extiende la reducción del IVA a la adquisición de las sillas de ruedas, las prótesis, ortesis e implantes internos, así como a la reparación de las sillas de ruedas.

Asimismo, está sujeto al 4 por ciento de IVA la adquisición y adaptación de vehículos destinados a ser utilizados como auto taxis o auto turismos especiales para el transporte de personas con discapacidad con silla de ruedas, bien directamente o previa adaptación, así como a la adquisición y adaptación de vehículos a motor que, previa adaptación o no, deban transportar habitualmente a personas con discapacidad en silla de ruedas o con movilidad reducida, con independencia de quien sea el conductor de los mismos.

d. IMPUESTO DE MATRICULACIÓN DE VEHÍCULOS

El apartado Dos 1 del artículo 26.bis del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre por el que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, modificado por el Real Decreto 828/2013, de 25 de octubre, establece lo siguiente:

Dos.1. Se aplicará lo previsto en el artículo 91.dos.1.4.º, segundo párrafo, de la Ley del Impuesto a la entrega, adquisición intracomunitaria o importación de los vehículos para el transporte habitual de personas con movilidad reducida o para el transporte de personas con discapacidad en silla de ruedas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que hayan transcurrido al menos cuatro años desde la adquisición de otro vehículo en análogas condiciones.

No obstante, este requisito no se exigirá en el supuesto de siniestro total de los vehículos, certificado por la entidad aseguradora o cuando se justifique la baja definitiva de los vehículos.

No se considerarán adquiridos en análogas condiciones, los vehículos adquiridos para el transporte habitual de personas con discapacidad en silla de ruedas o con movilidad reducida, por personas jurídicas o entidades que presten servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia a que se refiere la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, así como servicios sociales a que se refiere la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, siempre y cuando se destinen al transporte habitual de distintos grupos definidos de personas o a su utilización en distintos ámbitos territoriales o geográficos de aquéllos que dieron lugar a la adquisición o adquisiciones previas.

En todo caso, el adquirente deberá justificar la concurrencia de dichas condiciones distintas a las que se produjeron en la adquisición del anterior vehículo o vehículos.

2. Que no sean objeto de una transmisión posterior por actos inter vivos durante el plazo de cuatro años siguientes a su fecha de adquisición.

e. IMPUESTO DE CIRCULACIÓN (IVTM)

Conforme determina la Ley de las Haciendas Locales, aprobada por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo en su artículo 93, estarán exentos del pago del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica los vehículos para personas de movilidad reducida y los vehículos matriculados a nombre de personas con

discapacidad para su uso exclusivo. Esta exención se aplicará en tanto se mantengan dichas circunstancias, tanto a los vehículos conducidos por personas con discapacidad como a los destinados a su transporte. Esta exención no resultará aplicable a los sujetos pasivos beneficiarios de ellas por más de un vehículo simultáneamente.

2. BENEFICIOS LABORALES

Empleo público

En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 7% de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad. El 2% de las plazas ofertadas se reservará para personas con discapacidad intelectual y el resto para ser cubiertas por personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

Existe la posibilidad de solicitar la adaptación en el tiempo y en los medios para la realización de los exámenes.

Según la ley de tasas y precios públicos de cada comunidad autónoma, está contemplada exención de la tasas de examen para empleo público a personas con discapacidad igual o superior al 33%.

En la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, al igual que la anterior, mantiene su regulación en un único artículo, pero introduce como novedad respecto a los presupuestos de 2015 que, con los límites y requisitos establecidos en el propio precepto, a lo largo de 2016 se procederá en el sector público a la incorporación de nuevo personal. Se establece una tasa de reposición del 50 por ciento, con carácter general. Se mantienen las restricciones a la contratación de personal laboral temporal y al nombramiento de funcionarios interinos.

Empleo privado

Las empresas públicas y privadas, que empleen a un número de 50 o más trabajadores, vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos el 2 % sean trabajadores con discapacidad

También existen las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social para emplear a trabajadores con discapacidad.

Se entiende por empleo con apoyo el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestada por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñen puestos equivalentes.

Se trata de demandantes de empleo o empleados en centros especiales de empleo que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %.
- Personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %.
- Posibilidad de empleo en centros especiales de empleo.
- Subvenciones para la adaptación de los puestos de trabajo.

Autoempleo

Según la ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, las personas con discapacidad que causen alta en el régimen especial la Seguridad Social, de los trabajadores por cuenta propia o autónomos se beneficiaran, como sigue:

1. Las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, que causen alta inicial en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se beneficiarán, durante los cinco años siguientes a la fecha de efectos del alta, de una bonificación del 50 % de la cuota por contingencias comunes que resulte de aplicar sobre la base mínima de cotización aplicable el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal.

2. Cuando los trabajadores por cuenta propia con un grado de discapacidad igual o superior al 33% tengan menos de 35 años de edad y causen alta inicial o no hubieran estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, podrán aplicarse las siguientes reducciones y bonificaciones sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, por un período máximo de 5 años, según la siguiente escala:

a) Una reducción equivalente al 80 % de la cuota durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta.

También se establece la posibilidad de compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia cuando lo establezcan los programas de fomento al empleo.

3. PRESTACIÓN FARMACÉUTICA

Según lo establecido en el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril 8, estarán exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios de las personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica.

Se refiere a las personas que perciben las prestaciones económicas y sociales previstas en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En el Capítulo I, artículo 8, establece el sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que por no desarrollar una actividad laboral no están incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social.

Asimismo están exentas las personas con discapacidad que perciben una pensión no contributiva. En los demás casos habrá que estar a las circunstancias personales en cada caso (si está en situación de paro, si es pensionista, o si está en activo).

4. BENEFICIOS EN EDUCACIÓN

Ayudas individuales, directas para la educación especial, exención de tasas en algunas universidades, apoyos personales para la asistencia a clase en algunas Universidades, ayudas al transporte y al comedor.

Ayudas en el ámbito de la Administración General del Estado, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte,

No Universitario

Convocatoria de ayudas individuales dirigidas al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo para atender los casos de TDAH, cualquier discapacidad y trastornos de conducta, así como subsidios a las familias numerosas con algún caso de los anteriores, siempre dentro de unos umbrales económicos de renta y patrimonio.

Universidad

Convocatoria de becas de carácter general y de movilidad en cada curso académico, para estudiantes de enseñanzas universitarias, y dentro de ellas hay un artículo dedicado a becas especiales para estudiantes afectados de una discapacidad, con las siguientes particularidades:

1. Los estudiantes afectados de una discapacidad legalmente calificada de grado igual o superior al 65 por ciento podrán reducir la carga lectiva, y aumentar el número de años para concluir los estudios.
2. Cuando no se haga uso de la matrícula reducida y el estudiante formalice la matrícula en la totalidad de los créditos, las cuantías de las becas que les correspondan se incrementarán en un 50 por ciento, con excepción de la beca de matrícula.
3. Para el cálculo de la renta, se aplican deducciones en función de si es el alumno y/o miembro de la unidad familiar así como del grado de discapacidad, en cuantías diferentes.

En el caso de las Universidades Públicas se establece en la disposición adicional 24 de la Ley 6/2001 de 21 de diciembre, orgánica de Universidades la exención total de tasas y precios públicos en los estudios conducentes a la obtención de un título universitario.

Por otro lado, es de destacar La Fundación Universia con las siguientes becas para universitarios con discapacidad:

- o Becas de Acceso: dirigidas a estudiantes con discapacidad que se matriculan por primera vez en estudios universitarios.

- o Becas de Progreso: dirigidas a estudiantes con discapacidad que ya han superado el primer curso académico universitario.

- o Becas de Movilidad: dirigidas a estudiantes con discapacidad que desean realizar un curso académico en una universidad diferente a la suya de origen en el marco del Nuevo Espacio Europeo.

- o Préstamos de productos de apoyo

5. VIVIENDA

El Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbana, 2013-2016. Este plan recoge que se reconocerán subvenciones a actuaciones de ocho programas. Los programas que se refieren a accesibilidad son los siguientes:

- Programa de fomento de la rehabilitación edificatoria. Se subvencionan actuaciones en edificios que reúnan unas condiciones y que se dirijan a su conservación, mejora de la calidad y sostenibilidad, realizar ajustes razonables en materia de accesibilidad. Se consideran actuaciones para realizar ajustes razonables en materia de accesibilidad:

-la instalación de ascensores, salvaescaleras, rampas u otros dispositivos de accesibilidad, incluyendo los adaptados a las necesidades de personas con discapacidad sensorial.

-instalación o dotación de productos de apoyo tales como grúas o artefactos análogos que permitan el acceso y uso por parte de las personas con discapacidad a elementos comunes del edificio, tales como jardines, zonas deportivas, piscinas.

-instalación de elementos de información o de aviso tales como señales luminosas o sonoras que permitan la orientación en el uso de escaleras y ascensores.

-instalación de elementos o dispositivos electrónicos de comunicación entre las viviendas y el exterior, tales como videoporteros y análogos.

-programa de fomento de la regeneración y renovación urbanas. Entre las actuaciones que subvenciona están las obras de mejora de la accesibilidad de los espacios públicos.

6. BONO SOCIAL ELECTRICIDAD / GAS

El denominado bono social es un mecanismo creado por el Gobierno para proteger a los ciudadanos que pertenecen a determinados colectivos.

Dicho mecanismo se puso en marcha el 1 de julio de 2009 y, en la actualidad, tienen derecho a acogerse al bono social los consumidores denominados vulnerables, definidos en el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen.

Según la disposición transitoria décima de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, tienen derecho al bono social los suministros de los consumidores que, siendo personas físicas en su vivienda habitual, cumplan alguno de los requisitos siguientes:

- ☐ Tener una potencia contratada inferior a 3 kW en su vivienda habitual.
- ☐ Tener 60 o más años de edad y ser pensionista del Sistema de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente y viudedad, percibiendo por ello la cuantía mínima vigente en cada momento para dichas clases de pensión con respecto a los titulares con cónyuge a cargo o a los titulares sin cónyuge que viven en una unidad económica unipersonal.
- ☐ Tener 60 o más años de edad y ser beneficiario de pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez y de pensiones no contributivas de jubilación e invalidez.
- ☐ Ser familia numerosa.
- ☐ Formar parte de una unidad familiar que tenga todos sus miembros en situación de desempleo.

Por tanto, en todos los casos, el beneficiario deberá estar acogido a la Tur, ser una persona física y el contrato para el que se solicita el bono social debe ser el de su vivienda habitual. El bono social se materializa en la aplicación de la tarifa de último recurso que corresponda (con o sin discriminación horaria) calculada como un descuento del 25% sobre el Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor.

El bono social se disfruta por un periodo de dos años. Para volver a beneficiarse de él deberá acreditarse de nuevo que se cumplen los requisitos. Cuando el afectado

deje de cumplir las condiciones que le permiten disfrutar del bono social deberá comunicarlo a la compañía.

7. ACTIVIDADES RECREATIVAS. IMSERSO

Viajes: son subvenciones del IMSERSO a entidades del sector de la discapacidad para la realización de viajes accesibles que permitan a las personas con discapacidad y/o dependencia participar en actividades de ocio, cultura y promoción de la salud, así como el descanso de las familias que las tienen a su cargo.

Clases:

- Vacaciones y turismo de naturaleza.
- Turismo cultural en el ámbito de la unión europea.
- Termalismo.

Requisitos:

- contar con calificación de persona con discapacidad en grado igual o superior al 33%.
- superar la puntuación requerida, una vez aplicados los baremos o criterios de mayor discapacidad, necesidad socio-económica, pertenencia a familia numerosa en sus distintas categorías, no haber asistido a convocatorias anteriores y necesidad de descanso de los familiares cuidadores.

8. CONSIDERACIÓN DE FAMILIA NUMEROSA

Según el artículo 2 de la ley 40/2003, de 18 de noviembre (ley de familias numerosas) se equiparan a familia numerosa, a los efectos de esta ley, las familias constituidas por:

A) uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea persona con discapacidad o esté incapacitado para trabajar.

B) dos ascendientes, cuando ambos fueran personas con discapacidad, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes.

El apartado 4 del artículo 2, relativo al concepto de familia numerosa, de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, ha sido modificado por la disposición final 5.1 de la Ley 26/20015, de 28 de julio, que establece lo siguiente:

“4. Tendrán la misma consideración que los hijos las personas sometidas a tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo legalmente constituido...”.

Órganos competentes de las Administraciones Públicas establecen las exenciones, bonificaciones en tasas y precios, en los ámbitos de transportes, acceso a bienes y servicios sociales, culturales, deportivos y de ocio, selección para el ingreso a la función pública, ámbito de educación (100 por 100 de exención a los miembros de categoría especial y una bonificación del 50 por 100 para los de categoría general).

9. AYUDAS TÉCNICAS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Tratan de facilitar a las personas con discapacidad el desenvolvimiento y autonomía personal en el domicilio (adaptaciones en la vivienda), en la calle (adaptaciones en los medios de transporte) y en su entorno socio ambiental.

10. JUSTICIA GRATUITA

Según lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas con discapacidad, que careciendo de patrimonio suficiente no superen los umbrales establecidos (hay que acreditar).

No obstante, que en caso de acudir a la vía judicial y según lo establecido en la Ley 1/1996, de 10 de enero, recientemente modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, del régimen de tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, se reconocerá el derecho a asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas que careciendo de patrimonio suficiente cuenten con unos ingresos que en relación al IPREM y el número de miembros de la unidad familiar, no superen los límites establecidos en el artículo 3 de la citada norma.

En casos excepcionales, si se carece de patrimonio suficiente y los ingresos económicos brutos no superan el quíntuplo del IPREM establecido anualmente, se podrá reconocer de forma excepcional el derecho a asistencia jurídica gratuita por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad señaladas en el apartado 2 artículo 4 de del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un

proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional.

También se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar:

A las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad señaladas en el artículo 1.2 de la ley de Igualdad de Oportunidad, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con discapacidad.

A quienes a causa de un accidente estén incapacitados para su profesional habitual, necesiten de tercera persona y litiguen por daños personales y morales.

XXVII. JURISPRUDENCIA EL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valladolid, se dictó sentencia, en fecha 14 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimando la demanda formulada por Don Paulino, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (I.N.S.S.) y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (T.G.S.S.), sobre IMPUGNACIÓN DE ALTA MEDICA, absuelvo a las demandadas de los pedimentos de la demanda en su contra formulada.».

SEGUNDO.- Con fecha 1 de julio de 2016, se presentó en este Tribunal Supremo, demanda de Revisión, contra la sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Social antes referido.

TERCERO.- Con fecha 21 de septiembre de 2016 se admitió a trámite la demanda de revisión. Emplazada la parte contraria se personó y contestó a la demanda en el plazo concedido los demandados Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social.

CUARTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que la demanda debe ser desestimada. No estimándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 11 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La presente demanda de revisión de sentencia firme se presentó el pasado 27 de abril de 2016, tras haberse reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita al demandante por resolución del 21 de marzo anterior. Con la demanda de revisión se pretende la nulidad de la sentencia dictada el 14 de noviembre de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valladolid en los autos 747/2012, seguidos a instancia del demandante contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, al estimar que esos organismos obraron de forma fraudulenta por otorgarle un epígrafe de cotización erróneo y por ocultar pruebas acreditativas de que el demandante padecía una enfermedad hereditaria degenerativa que le impedía desarrollar todo tipo de trabajo, pruebas que pidió el 25 de junio de 2012 y que se practicaron a partir de diciembre de 2013. Contra esta sentencia no presentó recurso de suplicación.

Como antecedentes de hecho relevantes debe tenerse presente que en el proceso en el que recayó la sentencia cuya nulidad se pide, se pretendió la anulación del alta

médica cursada el 27 de julio de 2012 al actor y que se hacía iniciado el 9 de junio de 2011, así como que el mismo siguiera en situación de incapacidad temporal y, subsidiariamente que se le reconocieran secuelas permanentes y se acordara iniciar expediente para ser declarado en situación de incapacidad permanente, pretensión esta última de la que desistió en el acto del juicio recayendo sentencia desestimatoria de la pretensión principal por entender el jugador de instancia que el demandante no precisaba asistencia sanitaria, que sus secuelas eran permanentes, que el alta médica era correcta y que lo que procedía era valorar su capacidad laboral residual. En los hechos probados de esa sentencia constan, también, que el demandante había iniciado el 3 de septiembre de 2012 un nuevo proceso de incapacidad temporal por dolor de tobillo.

Además, conviene destacar que la prueba documental aportada acredita que el actor era trabajador autónomo y figuraba de alta en el RETA en las actividades de carpintería y cerrajería, así como que el 28 de noviembre de 2013 se acordó la prórroga de su situación de incapacidad temporal por no estar agotadas las posibilidades terapéuticas de la gonartrosis derecha tricompartimental, artropatía de tobillo derecho y posible neuropatía hereditaria. Paralelamente, el 15 de febrero de 2013, el actor presentó demanda pidiendo el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta que le fue desestimada por sentencia del Juzgado nº 4 de lo Social de Valladolid de 27 de noviembre de 2013 por entender que no estaban agotadas las posibilidades terapéuticas de diagnóstico y curación de sus patologías que en ese momento no se podían considerar permanentes e irreversibles. Esta resolución tampoco la recurrió en suplicación.

SEGUNDO.- Con los antecedentes reseñados procede desestimar la demanda por falta de los requisitos necesarios para su admisión, cuales son:

1. No se agotaron los recursos que la Ley concedía contra la sentencia cuya revisión se pide, cual requiere el art. 236-1, párrafo tercero, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

2. El recurso se ha interpuesto fuera del plazo establecido en el art. 512-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es pasados tres meses desde el día en que se descubrió el supuesto fraude, cuando se dictó la sentencia en que se fijó la profesión del demandante y sus secuelas sin haberse aportado las pruebas médicas pedidas por el actor, omisión que pudo denunciarse mediante el recurso de suplicación. Incluso si se tuviera como fecha del descubrimiento del fraude la del informe médico de 27 de febrero de 2014 al que tanta importancia da la demanda, la solución sería la misma porque se accionó en revisión pasados más de tres meses del día en que se conoció ese informe.

3. Porque la actuación fraudulenta no queda acreditada pues la demanda olvida que antes de dictarse la sentencia de 14 de noviembre de 2012 el demandante se encontraba ya en situación de incapacidad temporal, reconocida por el INSS, desde el 3 de septiembre de 2012 que reclamaba, situación en la que le mantenía el 28 de noviembre de 2013, al menos, y cuya existencia fue corroborada por la sentencia de 27 de noviembre de 2013 del Juzgado 4 de Valladolid que tampoco recurrió, lo que no se compadece con el supuesto fraude del pago de dos meses, apenas, de la incapacidad temporal (30-6-2012 al 3-9-2012) que se imputa a quien luego continuó abonando la prestación quince meses más, al menos.

4. Porque la demanda de revisión se contradice en sus poco aclaradas pretensiones, pues la anulación de la sentencia de 14 de noviembre de 2012 llevaría a retrotraer las actuaciones a ese momento y a resolver sobre el derecho a prestaciones por incapacidad temporal del demandante desde el 30 de junio de 2012 hasta el 3 de Septiembre siguiente, pero no a reconocerle una incapacidad permanente para todo trabajo, como parece pedir con base en el informe médico de 27 de febrero de 2014, por cuanto olvida que de esa pretensión desistió en el proceso en el que recayó la sentencia que pretende anular, pretensión que si ejercitó y le fue desestimada en proceso posterior donde recayó la sentencia desestimatoria de 27 de noviembre de 2013 que no recurrió en su momento y no pretende revisar ahora.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones obligan a desestimar la demanda de revisión de sentencia firme formulada, cual ha informado el Ministerio Fiscal. Sin costas por gozar el demandante del beneficio de justicia gratuita.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1. Desestimar la demanda de revisión interpuesta por el letrado D. José Javier Uriol Batuecas en nombre y representación de D. Paulino, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valladolid, de fecha 14 de noviembre de 2012 en autos nº 747/2012. 2. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JULIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 26 de noviembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Bilbao, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMAR la demanda presentada por MUTUA MUTUALIA frente a INSS, TGSS, Segundo y FUNDICIONES FUMBARRI DURANGO SA, absolviendo a los mismos de la pretensiones frente a ellos ejercitadas, confirmando la resolución administrativa que declara la responsabilidad de la MUTUA MUTUALIA.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « PRIMERO .- D. Segundo , prestó servicios para la empresa DURANGO INVESTMENTS SL del 7.5.98 al 31.3.99, del 1.4.99 al 31.5.04 los prestó para la empresa FUNDACIONES DURANGO SL, del 1.6.04 prestó servicios para

FUNDICIONES FUNBARRI DURANGO SA , que tiene cubiertas las contingencias profesionales con MUTUALIA. Todas estas empresas constituyen un única empresa con cambio de denominación social. El Trabajador ha venido prestando servicios en el puesto de rebaba y chorro de arena. SEGUNDO.- El trabajador en 2012 es objeto de estudio por la Mutua por posible neumoconiosis, siendo diagnosticado de silicosis crónica simple sin alteración funcional respiratoria. El trabajador fue reubicado en septiembre de 2012 en la sección de pintura y acabado. En la sección de rebaba los porcentajes de exposición al sílice superaban los límites de exposición desde, al menos, el 2005 y hasta el 2012. En la sección de pintura y acabado la exposición era del 10% respecto a lo permitido. En noviembre de 2014 se acredita la evolución de la patología, con silicosis crónica complicada sin alteración clínica ni funcional. Por resolución del INSS de 5.3.15 se reconoce al trabajador afecto a IPT, con responsabilidad exclusiva de Mutua Mutualia, fecha de efectos de 11.3.15 y base reguladora de 2.643,25 euros.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de MUTUALIA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, nº 2, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 15 de marzo de 2016, recurso 270/2016, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua MUTUALIA interpuesto frente a la Sentencia de 26 de noviembre de 2015 del Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao , dictada en sus autos nº 343/2015, frente al INSS y TGSS, confirmando la sentencia recurrida. Procede la imposición de costas a la Mutua recurrente incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 500 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el letrado D. José Ángel Moral Sáez-Diez, en nombre y representación de MUTUALIA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia

recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 5 de mayo de 2015, recurso 754/2015.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 4 de julio de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao dictó sentencia el 26 de noviembre de 2015, autos número 343/2015, desestimando la demanda formulada por MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 2, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Segundo y FUNDICIONES FUMBARRI DE DURANGO SA sobre RESPONSABILIDAD EN ENFERMEDAD PROFESIONAL, absolviendo a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada.

Tal y como resulta de dicha sentencia, D. Segundo ha prestado servicios para la empresa Durango Investments SL desde el 7 de mayo de 1998 al 31 de marzo de 1999, del 1 de abril de 1999 al 31 de mayo de 2004 para la empresa Fundiciones Durango SL y desde el 1 de junio de 2004 para la empresa Fundiciones Fumbarri Durango SA, que tiene cubiertas las contingencias profesionales con la Mutua Mutualia Se trata de la misma empresa con cambio de denominación social.

Ha prestado servicios en el puesto de rebaba y chorro de arena. En la sección de rebaba los porcentajes de exposición al sílice superaban los límites de exposición desde,

al menos, el 2005 y hasta el 2012. En la sección de pintura y acabado la exposición era del 10% respecto a lo permitido.

En el año 2012 D. Segundo fue diagnosticado de silicosis crónica simple, sin alteración funcional respiratoria, siendo reubicado en septiembre de 2012 en la sección de pintura y acabado.

Por resolución del INSS de 5 de marzo de 2015 se reconoce al trabajador afecto de IPT, con responsabilidad exclusiva de la Mutua Mutualia.

2.- Recurrida en suplicación por MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 2, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia el 15 de marzo de 2016, recurso número 270/2016 , desestimando el recurso formulado.

La sentencia razona que el trabajador ha estado sometido, al menos entre los años 2005 y 2012, a porcentajes de exposición al sílice que superaban los límites de exposición, habiendo estado en activo con posterioridad al año 2008, habiendo iniciado la situación de IT en el año 2012, siendo ese mismo año diagnosticado de silicosis y reubicado en otro puesto de trabajo, continuando la evolución de la enfermedad, que dio lugar a que al trabajador se le reconociera en situación de IPT mediante resolución de 5 de marzo de 2015, por lo que, en aplicación de lo ya resuelto por la Sala -entre otras en los recursos 535/2015, 888/2015, 1665/2015, 1702/2015, 1842/2015 y 2216/2015- procede desestimar el recurso manteniendo la responsabilidad de Mutua Mutualia.

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por el letrado D. José Ángel Moral Sáez-Diez, en representación de MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 2, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 5 de mayo de 2015, recurso número 754/2015.

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la parte recurrida INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 5 de mayo de 2015, recurso número 754/2015 , desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia de 20 de noviembre de 2014 , autos 384/2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de Vizcaya, en procedimiento sobre prestación de incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad profesional, instado por Constantino contra el recurrente, la Tesorería General de la Seguridad Social, Mutualia e Indumetal Recycling SA, confirmando la sentencia impugnada.

Consta en dicha sentencia que D. Constantino viene prestando servicios para la empresa Indumetal Recycling SA,, desde el 1 de julio de 1996, como especialista de 2ª y realizando las tareas propias de carretillero desde el año 2003. La empresa tiene concertadas las contingencias profesionales con la Mutua Mutualia. El 4 de julio de 2003 le diagnostican al trabajador hipoacusia sensorial bilateral que afecta a zona conversacional y limitaciones orgánicas y funcionales, siendo declarado afecto de lesiones permanentes no invalidantes el 16 de julio de 2003, derivadas de enfermedad profesional. En el año 2002 la hipoacusia era leve en el oído derecho y avanzada en el izquierdo, en el año 2004, la hipoacusia era avanzada en ambos oídos, en el año 2010 era avanzada en ambos oídos con alteración de la vía ósea derecha e izquierda. En el año 2011 la hipoacusia era avanzada en ambos oídos con alteración de la vía ósea derecha e izquierda con audífono en el oído izquierdo y en el 2013 audífonos en ambos oídos. El actor ha estado expuesto al ruido desde el 1 de julio de 1996, fecha de ingreso

en la empresa, hasta la actualidad. El actor ha estado expuesto constantemente al ruido a consecuencia de su trabajo, durante más de treinta años. Utiliza de forma permanente protectores auditivos, cuyo uso es incompatible con el uso de audífonos.

La sentencia entendió que en el concreto caso de las enfermedades profesionales no puede atenderse a la fecha del hecho causante, puesto que aquélla marca el momento de constatación del estado determinante del derecho a la correspondiente prestación y el derecho al cobro de la misma; pero el estado incapacitante representa la culminación de un previo período más o menos prolongado de exposición al agente morboso, y siendo éste lo que realmente es objeto de la cobertura, la consiguiente responsabilidad debe repartirse entre las entidades que sucesivamente realizaron tal cobertura. Se le reconoció en situación de IPP por sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de los de Bilbao de 20 de noviembre de 2014.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores que fueron declarados en situación de incapacidad permanente -IPT en la sentencia recurrida, IPP en la sentencia de contraste- derivada de enfermedad profesional, habiendo estado expuestos a los riesgos que les desencadenaron dichas enfermedades durante un dilatado periodo de tiempo, en parte anterior al 1 de enero de 2008 y en parte posterior a dicha fecha -en la sentencia recurrida desde 2005 y en la de contraste desde 1996-, reconociéndoseles la incapacidad permanente encontrándose en activo, desempeñando su trabajo. Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida conste que la exposición al sílice acontece, al menos, desde el año 2005 y que el diagnóstico inicial de la enfermedad se produzca en el año 2012 y el agravamiento en el año 2014, en tanto en la de contraste consta que el trabajador estuvo expuesto al ruido desde el 1 de julio de 1996, siendo la declaración de lesiones permanentes no invalidantes del año 2003, agravándose sus dolencias hasta desembocar en la declaración de IPP el 30 de noviembre de 2014, ya que lo esencial es que en ambos supuestos el trabajador ha estado sometido a riesgos que han originado la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional durante un lapso de tiempo que abarca un periodo anterior y otro posterior al 1 de enero de 2008.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.-1.- El recurrente alega infracción, por incorrecta aplicación, del artº 126.1 de la Ley General de la Seguridad Social vigente entonces de 1994 (RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio), en relación con el artº 68.2 a) de la misma Ley, en su redacción dada por la Ley 51/2007, en relación con los arts. 87.3, 200 y 201.1 de la misma Ley; en relación a su vez con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en sus sentencias de 15 de enero de 2013 (RCUD 1152/2012), 18 de febrero de 2013 (RCUD 1376/2012), 12 de marzo de 2013 (RCUD 1959/2012), 25 de marzo de 2013 (RCUD 1514/2012) y 26 de marzo de 2013 (RCUD 1207/2012), entre otras varias más.

El recurrente alega que procede, al menos, la declaración de riesgo de responsabilidad compartida del INSS ya que el trabajador estaba expuesto al riesgo de enfermedad profesional desde 1998, o desde el año 2005, hasta su cese en el trabajo en el año 2015 por IPT derivada de enfermedad profesional, por lo que la exposición a dicho riesgo ha sido tanto antes como después del 1 de enero de 2008, lo que supone que el INSS debe responder por el periodo en el que asumía la cobertura de la enfermedad profesional.

2 .- La sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 2013, recurso 1959/2012 , se ha pronunciado, respecto a la responsabilidad en orden al abono de prestaciones derivadas de enfermedad profesional, en un supuesto en el que la declaración de incapacidad permanente es posterior a la entrada en vigor de la DF octava de la Ley 51/2007, si bien el periodo en el que se contrajo la enfermedad es anterior a dicha fecha, argumentando que en el periodo en el que se produjo la enfermedad el Instituto Nacional de la Seguridad Social era el responsable de la prestación, por aplicación de la doctrina mantenida de forma reiterada para los accidentes de trabajo: "Se mantiene en aquella

inicial decisión -y en las muchas que la reiteran- que la responsabilidad corresponde a quien asegurase la contingencia en la fecha del accidente, porque la cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, el cual puede manifestarse con posterioridad al siniestro".

Se pronuncia en los siguientes términos:

«La sentencia de 16 de junio de 2009, que reitera la sentencia de 2013, señala, siguiendo el criterio que estableció en esta materia la sentencia del Pleno de 1 de febrero de 2000, que "la responsable de los riesgos profesionales, es aquella que los tenía asegurados en el momento de producirse el accidente" y que ello es así "porque en el sistema español de Seguridad Social la protección de los accidentes se establece con una técnica próxima a la de aseguramiento privado, organizándose la cobertura a partir de la distinción entre contingencias determinantes (las reguladas arts. 115 a 118 de la LGSS), situaciones protegidas y prestaciones (art. 38 de la LGSS), en forma análoga a la que en el marco del seguro se asocia a la distinción entre el riesgo, el daño derivado de la actualización de éste y la reaparición, de forma que mientras en relación con las contingencias derivadas de riesgos comunes lo que la Seguridad Social asegura o garantiza son unas concretas prestaciones, en relación con los accidentes de trabajo lo que se hace es asegurar la responsabilidad empresarial derivada del accidente desde que ésta se produce". La sentencia de 19 de enero de 2009 precisa , con cita de la sentencia de 1 de febrero de 2000 , que "la noción de hecho causante, que es fundamental para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos de derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida en aquellos casos en los que los distintos efectos del accidente se despliegan de forma sucesiva (incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte), no sirve para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo, pues a estos efectos la fecha del accidente es la única que cuenta porque éste es el riesgo asegurado".

Es cierto que aquí no estamos ante un accidente de trabajo, cuya actualización es fácilmente determinable en el tiempo, sino ante una enfermedad profesional que se caracteriza, como ha destacado la doctrina científica y jurisprudencial, por su carácter

progresivo y latente, de forma que entre su iniciación y su manifestación a través de una incapacidad para el trabajo o en un reconocimiento médico puede transcurrir un largo periodo de tiempo con desarrollo de actividad laboral para diversos empresarios y con establecimiento de la cobertura con distintas aseguradoras. Pero en esto ha consistido precisamente uno de los rasgos característicos de la protección de la enfermedad profesional que ha recurrido a diversas técnicas para resolver el problema de la imputación de la responsabilidad.

Entre esas técnicas pueden citarse la selección de determinadas fechas o periodos convencionales para las prestaciones temporales (periodo de observación y subsidio de incapacidad temporal) o el establecimiento de un mecanismo público de unificación del aseguramiento que elimina los problemas de la delimitación de responsabilidades entre empresas y aseguradoras. El seguro de enfermedades profesionales (Decreto 792/1961 y Orden de 9 de mayo de 1962) estableció un régimen mixto, en el que se combinaban ambas técnicas: 1ª) responsabilidad de la aseguradora con cobertura vigente en el momento de iniciación de la situación protegida (arts. 21, 44.2 y 53 de la Orden de 9 de mayo de 1962) y 2ª) asunción en exclusiva de la cobertura de las pensiones por un organismo público, el Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 19 de la Orden de 9 de mayo de 1962).

Este régimen mixto se ha mantenido en el nuevo sistema de la Seguridad Social hasta la entrada en vigor de la Ley 51/2007 el 1 de enero de 2008, porque, como dice nuestra sentencia de 14 de julio de 2009, las Mutuas no podían asumir el aseguramiento de la responsabilidad empresarial por las enfermedades profesionales en las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia; responsabilidad que correspondía al INSS y a la TGSS como sucesores del Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (disposición final 1ª y disposición transitoria 1ª del Real Decreto-Ley 36/1978) , aunque sí podían aquellas tener a su cargo, mediante las correspondientes opciones, la cobertura en las prestaciones de incapacidad temporal por enfermedad profesional.

Con el nuevo régimen vigente a partir de 1 de enero de 2008 se elimina la cobertura unificada a través del Fondo Compensador, con lo que se planteará el problema de establecer los criterios de imputación de la responsabilidad en una situación de concurrencia de gestoras en el tiempo, lo que ha hecho, aunque con insuficiencia de rango, la resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 27 de mayo de 2009 -como antes hizo la resolución de 16 de febrero de 2007 (BOE de 27 de febrero)-.

Ahora bien, para que pueda haber delimitación de responsabilidades entre aseguradoras tiene que existir concurrencia de éstas en el tiempo y eso solo ha sido posible, respecto a las prestaciones derivadas de incapacidad permanente y la muerte, a partir de 1 de enero de 2008. La concurrencia de aseguradoras no ha sido posible hasta esta fecha porque la cobertura de las situaciones de necesidad correspondientes a estas prestaciones correspondía en exclusiva al Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, al que se asignaban los recursos correspondientes a esa cobertura (art. 20 de la Orden de 9 de mayo de 1962 en relación con el art. 11.a) del Decreto 3.159/1966).

Por ello, hay que concluir que durante el periodo que aquí tiene que ser considerado -de 1974 a 1998- el asegurador real ha sido el citado Fondo, integrado en el INSS desde 1978, por lo que no cabe declarar la responsabilidad de la Mutua demandante que solo podría haber cubierto el riesgo a partir de 1 de enero de 2008».

3.- En la citada sentencia se apunta que en el futuro se planteará el problema de establecer los criterios de imputación de la responsabilidad en una situación de concurrencia de gestoras en el tiempo, señalando que tal cuestión solo podía plantearse, respecto a las prestaciones derivadas de incapacidad permanente y muerte, a partir de 1 de enero de 2008 ya que la concurrencia de aseguradoras no ha sido posible hasta esta fecha porque la cobertura de las situaciones de necesidad referentes a estas prestaciones correspondía en exclusiva al Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

CUARTO.-1.- Pasamos a examinar algunos supuestos anteriores al 1 de enero de 2008, resueltos por esta Sala, en los que se plantea la cuestión relativa a la Mutua responsable del abono de prestaciones, en supuestos de sucesión de Mutuas o de aseguramiento por el INSS.

2. - La sentencia de 2 de septiembre de 2006, recurso 2008/2005 examina qué Mutua debe abonar el subsidio de IT, derivada de enfermedad común, cuando estando concertado el riesgo con una mutua al inicio de la IT, le sucede otra durante el periodo de IT, concluyendo que la responsable es la segunda mutua. Contiene el siguiente razonamiento:

«La cuestión ha sido resuelta por la sentencia de esta Sala, invocada como contradictoria, sentencia de 2 de octubre de 2007, recurso 1310/2206 , que ha seguido la doctrina contenida en las sentencias de 27 de febrero de 2001, recurso 1225/00 y 4 de febrero de 2003, recurso 2134/02. La primera de las sentencias citadas contiene el siguiente razonamiento: "El razonamiento de nuestras sentencias precedentes a favor de atribuir a la entidad aseguradora que sucede la responsabilidad en la continuación del pago de la prestación de incapacidad temporal generada durante la vigencia de un convenio de asociación o aseguramiento anterior combina argumentos de interpretación gramatical, sistemática y teleológica. Tales argumentos se pueden resumir como sigue: 1) el art. 70.2 LGSS establece una regla de unidad e integridad de aseguramiento ("Los empresarios asociados a una mutua ... habrán de proteger en la misma entidad a la totalidad de sus trabajadores correspondientes a centros de trabajo situados en la misma provincia"), reiterada en el art. 69.1 del RD 1993/1995 (Reglamento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo), regla que parece contraria a la concurrencia en el mismo centro de trabajo de diversas entidades encargadas de la gestión de la misma contingencia; 2) tal concurrencia de aseguradoras resultaría además desaconsejable en términos de gestión, en cuanto que "atribuir el pago del subsidio a la primera aseguradora cuando ya la nueva aseguradora ha asumido la gestión produciría un evidente efecto desincentivador para esta última ... pues es obvio que disminuiría su interés en realizar, respecto de los trabajadores excluidos las funciones de seguimiento y control de sus situaciones de incapacidad temporal"; 3) los artículos 70.2 y 71.1 del citado Reglamento

de las Mutuas de Accidentes de Trabajo establecen sin distinción alguna que, "una vez formalizada la cobertura", la Mutua asumirá tanto la gestión (art. 70.2) como el pago (art. 71.1) de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes de los trabajadores al servicio de sus asociados, condición que ostenta sin duda el trabajador con contrato de trabajo suspendido por causa de tal incapacidad; 4) la solución de asignar la responsabilidad en el caso litigioso a la nueva aseguradora equilibra los intereses de las entidades en presencia, pues "igual que debe asumir (la nueva aseguradora) el pago de las incapacidades temporales existentes al comenzar su gestión, también quedará exonerada de continuar abonándolas, a partir del momento en que la empresa decida" no mantener el convenio de asociación; 5) el sistema financiero de reparto establecido para las contingencias comunes en el art. 87 LGSS significa que lo cotizado para el conjunto de los trabajadores se dedica a la cobertura de las contingencias del colectivo asegurado, sin acumular a largo plazo recursos para el futuro, pero no tiene trascendencia jurídica directa en el régimen de la acción protectora; y 6) por el contrario, "la Mutua, desde el momento en que se hizo cargo de la gestión de la incapacidad temporal por enfermedad común en la empresa pasó a percibir la fracción de las cotizaciones de todos los trabajadores - incluida la del enfermo mientras la empresa tuvo que cotizar por él - que corresponde a dicha contingencia para financiarla respecto de todos ellos", por lo que "es lógico que sea la Mutua la que deba responder de las prestaciones que se mantienen a partir de la fecha en que comienza su gestión".»

En el mismo sentido la sentencia de 17 de julio de 2012, recurso 2516/2011.

3.- La sentencia de 20 de diciembre de 1993, recurso 707/1993, determina la entidad aseguradora que debe de asumir la responsabilidad del abono de la prestación cuando el trabajador tiene reconocida una IPT derivada de accidente de trabajo, y se procede a su revisión, reconociéndole el grado de IPA derivado de enfermedad común. La sentencia resuelve que la responsabilidad debe ser compartida por ambas aseguradoras, con el siguiente razonamiento:

«.. el planteamiento contencioso de autos pone de relieve que en la configuración de la situación invalidante última -I.P.A.- que aqueja al trabajador demandante confluyen, de forma conjunta e indistinguible, tanto las lesiones derivadas del accidente laboral que, en su día, sufrió el mismo, como la patología de enfermedad común manifestada posteriormente. No es dable admitir, de lo actuado en el expediente administrativo de invalidez, que solo la mencionada patología sea susceptible de generar, por sí misma, el efecto absolutamente invalidante para el trabajo o que, esto último, lo genere la agravación de las lesiones originariamente sufridas que tuvieron su causa en accidente de trabajo.

CUARTO.- En base a lo que se deja expuesto, teniendo en cuenta la respectiva cobertura aseguradora de la Entidad Gestora de la Seguridad Social y de la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y conforme a la doctrina de esta Sala -sentencias de 9-6-87 y 29-9- 87, entre otras- la responsabilidad debe ser compartida por ambas, toda vez que la agravación de la situación invalidante de autos, aunque declarada por vía revisoria, se revela ajena al cuadro de patología derivado del accidente de trabajo, cuyas secuelas, sin embargo, entrañantes de una I.P.T., concurren, juntamente con las ulteriores lesiones derivadas de enfermedad común, a la conformación global del cuadro lesivo merecedor de la calificación de I.P.A.

QUINTO.- Por todo lo expuesto y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal el recurso debe ser estimado, lo que conlleva la casación y anulación de la sentencia recurrida.... procede con mantenimiento de la estimación del recurso de suplicación, al que se contrae la sentencia recurrida, declarar que la responsabilidad en el abono de la prestación por I.P.A. reconocida a la parte actora- recurrente debe ser compartida hasta el importe correspondiente a la I.P.T. por accidente de trabajo por la Mutua Patronal PAKEA y por el resto hasta el 100% del importe de la pensión de I.P.A. por el INSS».

En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de 7 de julio de 1995.

4.- La sentencia de 2 de octubre de 1997, recurso 4575/1996, se ha pronunciado sobre la misma cuestión, conteniendo el siguiente resumen de la doctrina de la Sala:

«Para la resolución del debate de suplicación, último tramo de la sentencia estimatoria de unificación de doctrina, debe tenerse en cuenta lo decidido ya por esta Sala en casos equivalentes sobre imputación de responsabilidades entre la mutua de accidentes de trabajo, responsable de las prestaciones correspondientes a los siniestros profesionales, y el INSS que lo es por la enfermedad común. En la ya citada sentencia de 7 de julio de 1995 , y en otra anterior de 20 de diciembre de 1993, se ha establecido sobre el particular la siguiente doctrina: a) la prestación correspondiente al nuevo grado de incapacidad tiene efectos desde la fecha en que se dictó la resolución en que se debió acceder a ella, y b) la Mutua mantiene su responsabilidad en la misma cuantía que hubo de asumir por el accidente y el INSS ha de satisfacer la diferencia que resulta de la que corresponde a la nueva prestación».

5.- La sentencia de 28 de octubre de 2002, recurso 82/2002 , aborda el supuesto en el que al trabajador se le reconoce una IPP derivada de accidente de trabajo, que es indemnizada por la Mutua y, con posterioridad, el trabajador insta la revisión, reconociéndosele una IPT, derivada de enfermedad común. La sentencia concluye que el INSS es el único responsable del abono de la prestación de IPT. Contiene el siguiente razonamiento:

« "la Mutua mantiene su responsabilidad en la misma cuantía que hubo de asumir por el accidente y el INSS ha de satisfacer la diferencia que resulta de la que corresponde a la nueva prestación ". Lo que en el supuesto de autos, dado que la agravación de la situación invalidante aunque declarada por vía revisoria se revela ajena al cuadro de patología derivado del accidente de trabajo, cuya secuelas sin embargo entrañantes de incapacidad permanente parcial, concurren con las lesiones derivadas de enfermedad común, a la conformación global del cuadro lesivo merecedor de la incapacidad permanente total, conlleva a que la responsabilidad del pago de la pensión resultante ha de recaer en este caso, sobre el INSS, en razón precisamente a que la responsabilidad en cuanto a las secuelas de accidente de trabajo ya fueron asumidas por

la Mutua de Accidentes, que abonó la indemnización a tanto alzado establecida para la situación de invalidez permanente parcial, aun cuando, como señala la sentencia de Sala General también citada de 12 de junio de 2000 " este reparto no puede considerarse como constitutivo de una norma general válida para todos los casos, puesto que, según las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos, pueden o no aparecer razones para reducir el porcentaje delimitador de la responsabilidad del INSS, reducción que provocaría el correlativo incremento de la responsabilidad de la Mutua de Accidentes de Trabajo ". Pues, no se aprecia la concurrencia de razón alguna que pudiese servir de apoyo para alterar tal distribución, cuando ya las solas secuelas derivadas de enfermedad común, determinan la situación de incapacidad permanente total.»

QUINTO.- . Procede la estimación en parte del recurso de casación para la unificación de doctrina y la declaración de responsabilidad compartida entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Mutualia, Mutua colaboradora con la Seguridad Social número 2, en los términos que se dirá, en virtud de los siguientes motivos:

Primero: La enfermedad profesional, a diferencia de lo que sucede con el accidente de trabajo, si bien se exterioriza en un momento determinado, se ha venido desarrollando a lo largo del tiempo, de forma silente e insidiosa, por la exposición del trabajador a determinadas sustancias, elementos o condiciones de trabajo, lo que impide que pueda establecerse que la entidad responsable es la aseguradora del momento en el que se manifiesta la enfermedad.

Segundo: La enfermedad se contrae a lo largo del tiempo, por la exposición a los agentes, elementos o condiciones de trabajo causantes de la misma, lo que significa que a lo largo del, generalmente, dilatado periodo de tiempo en el que se ha contraído y desarrollado la enfermedad, se han podido suceder diferentes aseguradoras de dicha contingencia, en concreto, a partir del 1 de enero de 2008 el INSS no detenta la exclusividad en el aseguramiento, sino que este puede ser asumido por las Mutuas.

Tercero: La jurisprudencia de esta Sala que se ha pronunciado acerca de la responsabilidad de las Mutuas en el abono de las prestaciones derivadas de enfermedad

profesional, ya apuntaba, aunque este no era objeto del debate, la posibilidad de que se plantease el problema de establecer los criterios de imputación de la responsabilidad en una situación de concurrencia de gestoras en el tiempo. (STS de 12 de marzo de 2013, recurso 1959/2012; 4 de marzo de 2014, recurso 151/2013 y 6 de marzo de 2014, recurso 126/2013, entre otras).

Cuarto: La jurisprudencia de esta Sala, en supuestos de sucesión de Mutuas en el aseguramiento, o en el supuesto de revisión del grado de una incapacidad reconocida por enfermedad común -asegurada en el INSS- a una incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo -asegurada en una Mutua- ha establecido la responsabilidad compartida de la entidad en la que estaban aseguradas las contingencias comunes y aquella otra en la que se encontraban aseguradas las contingencias profesionales.

Quinto: La regla general es que la responsabilidad corresponde a aquella entidad en la que está asegurada la contingencia en el momento en el que se produce el hecho causante. Sin embargo, al tratarse de enfermedad profesional, el hecho causante no se produce en un momento concreto y determinado, sino que va gestándose a lo largo del tiempo hasta que se exteriorizan las dolencias. Como durante el periodo anterior al 1 de enero de 2008 el trabajador estuvo sometido a los elementos susceptibles de generar la enfermedad profesional -silicosis crónica complicada- y durante este periodo el riesgo estaba asegurado en el INSS y con posterioridad a esa fecha siguió sometido a la exposición a dichos riesgos -periodo en el que la contingencia estaba asegurada en Mutualia- la responsabilidad derivada de las prestaciones que por contingencia de enfermedad profesional le han sido reconocidas al trabajador, ha de ser imputada a ambas entidades, en proporción al tiempo de exposición del trabajador a los citados riesgos.

SEXTO.- Por todo lo razonado procede la estimación en parte del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por Mutualia, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar en parte el pedimento subsidiario del mismo, declarando la responsabilidad compartida del Instituto Nacional de la Seguridad Social

y de Mutualia, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2 en el abono de la prestación que por incapacidad permanente total le ha sido reconocida al trabajador D. Segundo en proporción al tiempo que el trabajador estuvo expuesto al riesgo de contraer la enfermedad profesional. No se imputa la responsabilidad compartida entre ambas entidades en proporción al tiempo de aseguramiento ya que, tal como resulta del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, los porcentajes de exposición al sílice superaba los límites de de exposición al menos desde el 2005, habiendo comenzado el trabajador a prestar servicios el 7 de marzo de 1998. No procede la imposición de costas en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido.

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Ángel Moral Saez-Diez, en representación de MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 2, frente a la sentencia dictada el 15 de marzo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación número 270/2016 , interpuesto por la citada recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao el 26 de noviembre de 2015 , en los autos número 343/2015, seguidos a instancia de MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 2, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Segundo y FUNDICIONES FUMBARRI DE DURANGO SA sobre RESPONSABILIDAD EN ENFERMEDAD PROFESIONAL. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos en parte el pedimento subsidiario del recurso de tal clase interpuesto por MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 2 estimando en parte el pedimento subsidiario de la demanda formulada, declarando la responsabilidad compartida del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de Mutualia,

Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2 en el abono de la prestación que por incapacidad permanente total le ha sido reconocida al trabajador D. Segundo , en proporción al tiempo de exposición del trabajador al riesgo de contraer la enfermedad. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 2 de marzo de 2015, el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que procede estimar y estimo la demanda presentada por Mutua Midat Cyclops de accidentes de trabajo y enfermedades profesiones de la Seguridad Social, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y Dña. Carolina , en materia de prestaciones de muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional, con revocación de la resolución de 27 de mayo de 2009, que dejó sin efecto.».

Dicha sentencia fue aclarada por auto de fecha 30 de abril de 2015, en cuya parte dispositiva consta: «SE ACUERDA COMPLETAR EL FALLO de la Sentencia de fecha 02/03/2015 , en los siguientes términos: "Que procede estimar y estimo la demanda presentada por Mutua Midat Cyclops de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y Dña. Carolina , en materia de prestaciones de muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional, con revocación de la resolución de 27 de mayo de 2009, que dejó sin efecto. Debiendo declara que la responsabilidad derivada en el abono de las prestaciones derivadas del fallecimiento por accidente de trabajo del trabajador D. Cándido, corresponden al Instituto Nacional de la Seguridad Social".».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«PRIMERO.- El trabajador D. Cándido, con DNI NUM000 nacido el NUM001-1940, con DNI NUM002 , se encuentra afiliado a la Seguridad Social en el Régimen General, con el número NUM003 , siendo su profesión habitual la de panadero. El actor prestaba servicios para la empresa demandada Sociedad Espiral S.A., dedicada a la actividad económica de panadería. Dicha empresa tiene aseguradas las contingencias profesionales con la Mutua demandante -Mutua Midat Cyclops de accidentes y enfermedades profesionales-. SEGUNDO.- La demandada D^a Carolina, con DNI NUM004, contrajo matrimonio el 11 de noviembre de 1.961 con D. Cándido. SEGUNDO.- Instado el reconocimiento de la incapacidad permanente el 02-11-83 el actor fue declarado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de panadero derivada de enfermedad profesional. TERCERO.- Las patologías que dieron lugar al reconocimiento de la incapacidad permanente total consistieron en bronquitis asmátiforme con sensibilización a cereales, polvo de casa y polvo de harina, con crisis asmáticas, fatiga, disnea de esfuerzo y de reposo, pruebas funcionales respiratorias con marcada insuficiencia ventilatoria de predominio restrictivo. CUARTO.- En fecha 10-08-06 se produjo el óbito de D. Cándido concluyendo el examen de autopsia que le fue practicado el 12-08-06, que la causa principal de su muerte fue la insuficiencia respiratoria. QUINTO.- En fecha 25-09-06 solicitó Dña. Carolina , la pensión de viudedad habiendo recaído resolución de fecha de salida 03-10-06 que reconoce a la Sra. Carolina la pensión no contributiva de viudedad conforme una base reguladora de 345,65 euros, al 52% y efectos de 01-09-06. SEXTO.- Efectuada la revisión de oficio del expediente de viudedad en aplicación, de la Orden TAS 4054/2005, de 27 de diciembre y las instrucciones contenidas en la Resolución de 16 de febrero de 2007, con fecha 27-05-09, dictó resolución el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que declara que las prestaciones por muerte y supervivencia, por fallecimiento de D. Candido , deben ser asumidas por la Mutua Midat Cyclops de accidentes y enfermedades profesionales. SÉPTIMO.- Contra dicha calificación interpuso la mutua

demandante, en fecha 12-08-11, reclamación previa ante Instituto Nacional de la Seguridad Social, habiendo recaído resolución de fecha 26-09-11, por la que se declara la inadmisión de la reclamación previa por extemporánea, confirmando el acto administrativo recurrido.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) formularon recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 18 de noviembre de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 39 de los de MADRID, de fecha 2 de marzo de 2015 , en los autos número 1359/2011 seguidos en virtud de demanda presentada por Mutual Midat Cyclops, en reclamación de Seguridad Social, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS dicha resolución.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSS y la TGSS interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada en Pleno por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2014 (rcud. 2648/2014).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 6 de julio de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la no impugnación de una resolución del INSS en

el plazo previsto por el art. 71.2 LRJS , impide que la Mutua Patronal a la que por aquella decisión se le imputó responsabilidad en el abono de una prestación derivada de enfermedad profesional (EP), pueda reabrir, posteriormente, la vía judicial frente a aquella imputación antes de que haya prescrito el derecho sustantivo, mediante el uso de la reclamación que posibilita el nº 4 del citado artículo.

2. Los hechos declarados probados en la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del STSJ/Madrid de 18 de noviembre de 2015 (rec. 529/2015), confirmatoria de la de instancia (SJS/Madrid nº 39 de fecha 2 de marzo de 2015 , autos 1359/2011) que estimó la demanda formulada por Mutua Midat Cyclops de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de prestaciones de muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional y deja sin efecto la resolución de 27-5-2009, son en lo que aquí interesa, los que siguen:

a) En fecha 2-11-1983 el ahora causante, fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de panadero derivada de enfermedad profesional. En fecha 10-08-2006 se produjo el óbito del trabajador; b) Por resolución del INSS de fecha 3-10-2006 se reconoció a la viuda del trabajador prestaciones por viudedad. Efectuada la revisión de oficio del expediente de viudedad, con fecha 27-05-2009, el INSS declara que las prestaciones por muerte y supervivencia por el fallecimiento del causante son derivadas de enfermedad profesional declarando el INSS responsable de las referidas prestaciones a la Mutua Midat Cyclops; c) Contra dicha calificación interpuso la mutua demandante en fecha 12-08-2011, reclamación previa ante el INSS, habiendo recaído resolución de fecha 26-09-2011 por la que se declara la inadmisión de la reclamación previa por extemporánea, confirmando el acto administrativo recurrido.

3. Por la Mutua aseguradora presenta demanda en impugnación de la resolución del INSS de 27-05-2009, por la que se declara que las prestaciones por muerte y supervivencia por fallecimiento del trabajador D. Cándido, deben ser asumidas por la citada Mutua Midat Cyclops. La demanda fue estimada en la instancia y por la entidad gestora se recurrió en suplicación, recurso que fue desestimado por la sentencia objeto

del presente recurso. La sentencia recurrida confirmó la responsabilidad del INSS en orden al pago, pero limitó la obligación del mismo al reintegro de las prestaciones devengadas a los tres meses anteriores a la interposición de la reclamación previa de fecha 12-08-2011, de manera que la Mutua seguía siendo responsable de las prestaciones devengadas desde el 27-05-2009 hasta el 12-05-2011.

4.- Contra la anterior resolución han presentado recurso de casación unificadora el INSS y la TGSS, que se articula en torno a la caducidad de la acción e imposibilidad de reapertura de la vía administrativa.

SEGUNDO.- Para viabilizar los dos motivos de su recurso, el de caducidad de la acción procesal se cita por las entidades recurrentes como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV/TS -Pleno- de una resolución el INSS de 15 de junio de 2015 (rcud. 2648/2014).

En este caso parte la Sala de los hechos declarados probados siguientes: a) el causante de las prestaciones que son objeto de la presente reclamación tenía reconocida incapacidad permanente absoluta derivada de Enfermedad Profesional desde el año 1984, b) tras fallecer el citado trabajador en julio de 2008, el INSS reconoció a favor de su esposa prestaciones por muerte y supervivencia, declarando responsable de ellas a la Mutua Asepeyo; c) el 14-06-2013, la Mutua presenta solicitud en reclamación de que las citadas prestaciones sean declaradas responsabilidad del INSS, con devolución de los ingresos ya efectuados, lo que se desestima por resolución del INSS de 24-06-2013. La pretensión se acogió en la instancia y fue confirmada en suplicación.

La Sala IV, ante la cuestión de si la no impugnación de una resolución del INSS en el plazo previsto en el art. 71.2 LRJS impide que la Mutua (a la que se le imputó la responsabilidad en el abono de la prestación por derivar de enfermedad profesional) pueda reclamar en vía judicial antes de que haya prescrito el derecho, casa y anula la sentencia de suplicación para desestimar la demanda, por entender: 1) Que la previsión del art. 71.4 LRJS es una excepción al régimen común administrativo (arts. 56 y 57 LRJAP /PAC), que impide que se ataque el acto que gana firmeza por haber sido

consentido al no haberse recurrido en tiempo y forma, excepción que se prevé como consecuencia del presumible "desvalimiento" jurídico de los beneficiarios; 2) Que la excepción del art. 71 LRJS va referida exclusivamente al reconocimiento de la prestación, teniendo como destinatario implícito al beneficiario y no a las entidades colaboradoras, que son sujetos pasivos de la reclamación previa; y 3) Que no puede acudirse a la literalidad de la DA 6ª LRJAP /PAC, para extender un privilegio procesal de los beneficiarios a quien no disfruta de dicha cualidad, ya que dicho precepto en nada afecta a la interpretación del art. 71 LRJS , y sin que dicha interpretación (diferenciación entre beneficiarios y mutuas), esté justificada constitucionalmente.

Concurre, por tanto, el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora.

TERCERO.- 1. El INSS y la TGSS recurrentes alegan como infringidos por la sentencia recurrida el art. 71 de la Ley de la Jurisdicción Social y aplicación indebida del contenido del art. 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) en relación con el artículo 9-3 de la Constitución y con la jurisprudencia.

2. La cuestión que se debate en las presentes actuaciones consiste en determinar si la no impugnación de una resolución del INSS en el plazo previsto por el art. 71.2 LRJS, impide que la Mutua Patronal a la que por aquella decisión se le imputó responsabilidad en el abono de una EP, pueda reclamar en vía judicial frente a aquella imputación antes de que haya prescrito el derecho sustantivo.

3. Como se ha establecido en las SSTs/IV 15-junio-2015 (rcud 2766/2014, Pleno) y 15-junio-2015 (rcud 2648/2014 , Pleno) designada de contraste, cuya doctrina han reiterado otras posteriores, como las de 15-12-2015 (R. 288/2015), 14-09-2015 (R. 3775/2014), 15-09-2015 (R. 96/2015) entre otras cuya doctrina asumimos y compartimos, señalando en la más reciente de 7-junio-2017 (rcud. 2703/2015), reiterando las sentencias de Pleno que: << Hemos de partir de la base de que conforme a muy pacífica -hasta la fecha- doctrina de la Sala, el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, por inobservancia

del plazo de treinta días que establece el art. 71.2. 71.2 LRJS [antes, el art. 71.2 LPL], no afecta al derecho material controvertido y no supone prescripción alguna, sino que únicamente comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, por lo que tal defecto no resulta obstáculo para el nuevo ejercicio de la acción, siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de las referidas prescripción o caducidad. Así lo viene entendiendo unánimemente la doctrina jurisprudencial desde la STS 07/10/74 ..., dictada en interés de ley, y en la que se entendió que la indicada caducidad limita sus efectos a cerrar un procedimiento individualmente considerado y no afecta a las acciones para reivindicar los derechos de Seguridad Social objeto del expediente "caducado", que pueden promoverse de nuevo en cualquier momento siempre que la acción no haya decaído por el transcurso del tiempo, puesto que resulta inadmisibles que el incumplimiento de un plazo preprocesal puedan comportar la pérdida de acción para hacer valer un derecho sustantivo cuya prescripción se determina por años (así, entre otras muchas anteriores, 19/10/96 -rcud 3893/95-; 21/05/97 -rcud 3614/96-; 03/03/99 -rcud 1130/98-; 25/09/03 -rcud 1445/02-; y 15/10/03 -rcud 2919/02).

Y esta doctrina -como con acierto destaca el Ministerio Fiscal en su bien argumentado informe- se ha positivizado en el art. 71.4 de la vigente LRJS , a cuyo tenor «... podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho... ».

Y ello por las siguientes razones:

"a).-En primer lugar, no ha de perderse de vista que la previsión del referido art. 71.4 LRJS significa una excepción al régimen común administrativo, en el que en aras al principio de seguridad jurídica, al interés general en juego y a la «ejecutividad» propia del acto administrativo [arts. 56 y 57 LRJAP /PAC], se dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido [al no haberse recurrido en tiempo y forma] o por ser reproducción de otro consentido [art. 28 LJCA]. Y si se exceptiona de tal consecuencia a la «materia de prestaciones de Seguridad Social», hoy en el art. 71 LRJS y antaño en nuestra más temprana jurisprudencia [desde la citada resolución en

interés de Ley], muy posiblemente ello sea atribuible al presumible desvalimiento jurídico de los beneficiarios y a la consideración de que ciertos mecanismos protectores -frente a su desconocimiento legal- no solamente no están privados de justificación, sino que incluso responden más adecuadamente al principio de irrenunciabilidad de los derechos al que en ocasiones alude el Tribunal Constitucional (así, SSTC 120/1984, de 10/Diciembre; 14/1985, de 1/Febrero; y 97/1987, de 10/Junio) y que en todo caso ha sido consagrado por nuestra más antigua doctrina.(vid., por ejemplo, las SSTS 07/05/53 Ar. 1217; 14/02/61 Ar. 1596 ; 04/04/61 Ar. 1419)".

"b).- De otra parte, una cuidada lectura del referido art. 71 LRJS nos induce a pensar que la excepción va exclusivamente referida al «reconocimiento» de las prestaciones, que era precisamente a lo que se limitaba la jurisprudencia que el precepto ha positivizado, y que la misma -la excepción- tiene por destinatario implícito al «beneficiario», no a las Entidades colaboradoras, las que incluso se contemplan - apartado 3- como sujetos pasivos de la reclamación previa. Así, las expresiones utilizadas por la norma [«materia de prestaciones»; «alta médica»; «solicitud inicial del interesado»; «reconocimiento inicial»; «modificación de un acto o derecho»; y -sobre todo- «en tanto no haya prescrito el derecho»], resultan del todo ajenas a la reclamación efectuada por la Mutua Patronal frente al INSS, casi tres años después de dictada la resolución, pretendiendo que se deje sin efecto no los términos de la «prestación», sino la imputación de su responsabilidad, y que con su consentimiento había adquirido firmeza, pero que se pretende impugnar ahora tras novedoso criterio jurisprudencial en la materia".

"c).- Finalmente, tampoco cabe argumentar la literalidad de la DA Sexta LRJAP /PAC [«La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo en los términos previstos en el artículo 2º de la Ley de Procedimiento Laboral se regirán por lo dispuesto en dicha Ley»], para extender un comprensible privilegio procesal de los beneficiarios a quien no disfruta de tal cualidad. De un lado, porque la referida DA nada añade a la cuestión, puesto que no comporta interpretación alguna del art. 71 LRJS , que es de lo que aquí se trata; y de otra parte, casi parece ocioso recordar -frente al argumento del Fiscal, sobre la «desigualitaria interpretación»- que en materia de

igualdad son criterios básicos: 1) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución , sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; 2) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas; 3) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y 4) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (entre las más recientes, SSSTC 63/2011, de 16/Mayo, FJ 3; 117/2011, de 4/Julio, FJ 4; 79/2011, de 6/Junio, FJ 3; - Pleno- 41/2013, de 14/Febrero, FJ 6;- Pleno- 61/2013)»".

CUARTO.- El recurso ha de estimarse, al aportarse justamente la sentencia de Pleno de esta Sala IV/TS de 15-junio-2015 (rcud. 2648/2014) que contiene la buena doctrina, cuya aplicación interesan las recurrentes INSS y TGSS, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal. En consecuencia, la sentencia recurrida ha de ser casada y anulada; y resolviendo el debate de suplicación revocamos la sentencia de instancia con desestimación de la demanda y absolución de los codemandados. Sin imposición de costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1. Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad social y de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 529/2015 interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de los de Madrid, en autos

núm. 1359/2011. 2. Casar y anular la sentencia de suplicación recurrida y resolviendo el debate en suplicación, revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda origen de estas actuaciones con absolución expresa de todos los demandados.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 5 de diciembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense, dictó sentencia en los autos número 764/2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la excepción de cosa juzgada y estimando la demanda formulada por MUTUA LA FRATERNIDAD frente a EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, PIZARRAS ROBEMA S.L, PIZARRAS LAS CUARTAS S.L, JUAN CARLOS PRIETO MARTÍNEZ, PIZARRAS DAL S.A, Jesús María , BARREDA LÓPEZ E HIJOS S.L, PIZARRAS DE SOBRADELO S.A, MUTUA UNIVERSAL, MUTUA GALLEGA, MC MUTUAL y Roque revoco la resolución de 29-5-14 y debo declarar y declaro el reparto proporcional de responsabilidad en el abono de la prestación de incapacidad permanente total reconocida al trabajador demandado, entre las Entidades aseguradoras, INSS, TGSS, MUTUA UNIVERSAL, MUTUA GALLEGA, MUTUA LA FRATERNIDAD y MUTUA MC MUTUAL en atención al tiempo de aseguramiento respectivo de cada una de ellas, y, en consecuencia condeno a las citadas aseguradoras a abonar la prestación indicada en el porcentaje que corresponda a cada una de ellas en atención al tiempo de aseguramiento.»

Dicha sentencia fue aclarada por auto de fecha 21 de enero de 2015, donde consta la siguiente parte dispositiva: «Se procede rectificar el encabezamiento,

antecedente de hecho y fallo completándolo con la codemandada PIZARRAS SAN COSME S.L. que no compareció pese a estar citada en legal formal.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «PRIMERO.- El demandado Sr. Roque trabajó para BARREDA E HIJOS S.L que tenía cubiertas contingencias profesionales con MUTUA GALLEGA en el periodo 28-6-10 a 31-8-10. Para Pizarras Sobradelo S.L del 9-6-11 al 31-8-11 que tenía cubiertas las contingencias profesionales con MC MUTUAL. Para Jesús María del 26-6-08 al 21-11-08, Para Pizarras Dal del 3-3-09 al 10-3-09, y del 14-4-09 al 15-8-09 y para Dimas del 4-11-09 al 23-12-09 y del 11-1-10 al 29-1-10 que tenían contingencias profesionales cubiertas con Mutua Universal. Para empresas que tenían asegurada las contingencias profesionales con MUTUA LA FRATERNIDAD como Pizarras Robema de 6-9-10 al 5-3-11, del 6-9-11 al 23-3-12 y del 27-3-12 al 21-12-12, y del 7-1-08 al 24-6-08. Inició su vida laboral desde el 18-10-93 como serrador de pizarra según vida laboral y cotizaciones que consta en autos. SEGUNDO.- El 10-12-13 se declara al Sr. Roque una incapacidad permanente total por enfermedad profesional y el 29-5-14 se dicta la responsabilidad de MUTUA FRATERNIDAD que tiene fecha de entrada en Mutua el 3-6-14. Interpuesta reclamación previa el 9-7-14 fue desestimada el 28-8-14. TERCERO.- En fecha de 24-6-14 se dictó sentencia por este juzgado cuyo contenido consta en autos y se da por reproducido que resolvía la reclamación previa presentada por el Sr. Roque frente a la base reguladora.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 30 de marzo de 2016, recurso 1514/2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Tres de Ourense de fecha 5 de diciembre de 2014, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de marzo de 2015, recurso 108/2015.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por las partes recurridas, la Mutua Mutual Midat Cyclops, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 1 (MC Mutual) y la Fraternidad-Muprespa, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 275, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 4 de julio de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 3 de los de Ourense dictó sentencia el 5 de diciembre de 2014 , autos número 764/2014, estimando la demanda formulada por MUTUA LA FRATERNIDAD contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, PIZARRAS ROBEMA SL, PIZARRAS LAS CUARTAS SL, Dimas, PIZARRAS DAL SA, Jesús María , BARREDA LÓPEZ E HIJOS, PIZARRAS DE SOBRADELO SA, MUTUA UNIVERSAL, MUTUA GALLEGA, MC MUTUAL y Roque sobre RESPONSABILIDAD EN ENFERMEDAD PROFESIONAL, revocando la resolución del INSS de 29 de mayo de 2014, declarando el reparto proporcional de responsabilidad en el abono de la prestación de incapacidad permanente total reconocida al trabajador demandado entre las entidades aseguradoras INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL, MUTUA GALLEGA, MC

MUTUAL y MUTUA LA FRATERNIDAD, en atención al tiempo de aseguramiento respectivo de cada una de ellas, condenando a las citadas aseguradoras a abonar la prestación indicada en el porcentaje que corresponda a cada una de ellas, en atención al tiempo de aseguramiento.

Tal y como resulta de dicha sentencia el demandado Roque trabajó para BARREDA E HIJOS S.L., que tenía cubiertas las contingencias profesionales con MUTUA GALLEGA en el periodo 28-6-10 a 31-8-10. Para Pizarras Sobradelo S.L del 9-6-11 al 31-8-11, que tenía cubiertas las contingencias profesionales con MC MUTUAL. Para Jesús María del 26-6-08 al 21-11-08. Para Pizarras Dal del 3-3-09 al 10-3-09, y del 14-4-09 al 15-8-09 y para Dimas del 4-11-09 al 23-12-09 y del 11-1-10 al 29-1-10, que tenían las contingencias profesionales cubiertas con Mutua Universal. Para empresas que tenían asegurada las contingencias profesionales con MUTUA LA FRATERNIDAD como Pizarras Robema de 6-9-10 al 5-3-11, del 6-9-11 al 23-3-12 y del 27-3-12 al 21-12-12, y del 7-1-08 al 24-6-08.

El citado trabajador inició su vida laboral el 18 de octubre de 1993 como serrador de pizarra.

El 10 de diciembre de 1993 fue declarado en situación de incapacidad permanente total por enfermedad profesional y el 29 de mayo de 2015 se declara la responsabilidad de Mutua La Fraternidad.

2.- Recurrida en suplicación por EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 30 de marzo de 2016, recurso número 1514/2015 , desestimando el recurso formulado.

La sentencia entendió que: «En el caso que nos ocupa el INSS considera que ha de ser responsable del pago de la prestación de Incapacidad Permanente Total la Mutua que tuviese asegurada la contingencia en el momento del hecho causante, esto es, el 11-

10-2013, o, subsidiariamente que se tenga en cuenta la fecha del diagnóstico de la enfermedad para imputar la responsabilidad y que se correspondería con el informe del Instituto de Silicosis de Oviedo de fecha 4 de julio de 2013. Y tal cuestión ha de resolverse en el sentido acordado por la juzgadora de instancia pues como a tal efecto se acredita del relato fáctico de la resolución impugnada la enfermedad del trabajador demandado que la causó Incapacidad Permanente Total derivada de Enfermedad profesional no se produjo de forma espontánea, sino progresivamente a lo largo del tiempo en el que prestó servicios como serrador de pizarra" para las empresa que se detallan en el hecho probado primero y que tuvo lugar desde el año 1991 al diciembre de 2012, y durante el cual estuvo sometido al riesgo pulvígeno por lo que resulta acertado el reparto de responsabilidades según los aseguramientos que se constatan en el hecho primero de prueba para las empresas que en el mismo se relacionan».

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el 18 de marzo de 2015, recurso número 108/2015.

El letrado D. Juan Aguirre Gonzalo, en representación de la recurrido MUTUA MIDAT CYCLOPS, y la letrada Doña Marta Carabanchel Sánchez, en representación de la recurrida MUTUA LA FRATERNIDAD-MUPRESA, han impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el 18 de marzo de 2015, recurso número 108/2015, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua Asepeyo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Zaragoza el 19 de noviembre de 2014, en los autos número 957/2013.

Consta en dicha sentencia que el trabajador, D. Raimundo prestó servicios para la empresa demandada Construcciones Auxiliares del Ferrocarril SA desde 1962, inicialmente como oficial de tercera electricista, habiendo estado en contacto con el amianto empleado como aislamiento térmico de los vehículos. Desde el pase a la situación de prejubilación el 1 de abril de 2004, hasta la jubilación el 3 de febrero de 2009, prestó servicios como oficial de primera especial de electricidad, en tareas de desguace y reparación de vehículos, tareas que obligaban a levantar todo el aislante empleado. Desde 1968 a 1978 la demandada CAF fue autoaseguradora. Desde el 01/1979 a 01/2007 los riesgos profesionales fueron cubiertos con la Mutua MAZ codemandada en autos. Desde el 01/2008 los riesgos profesionales fueron concertados con la Mutua demandante ASEPEYO.

El trabajador fue diagnosticado en octubre de 2011 de mesotelioma pleural maligno, tipo epiteloide, derivado de inhalación de amianto azul, falleciendo por dicha causa.

Por resolución del INSS, de 25 de junio de 2013, se declaró la responsabilidad de la Mutua Asepeyo respecto del pago de la prestación de incapacidad permanente absoluta reconocida el 2 de abril de 2012 por contingencia de enfermedad profesional. En la fecha de reconocimiento de la prestación se encontraba en situación de jubilación parcial, con jornada del 15%. Por resolución del INSS se fijó un recargo del 30% de las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional, por falta de medidas de seguridad.

La sentencia entendió que, tal y como resulta del relato fáctico de la sentencia de instancia, "no necesariamente hubo de contraerse la enfermedad profesional" en periodo anterior al 1 de enero de 2008, porque el trabajador hasta su jubilación en 2009 estuvo

expuesto al riesgo, y por lo tanto pudo contraer la enfermedad profesional después de enero de 2008, fecha de inicio de la cobertura de la recurrente, posibilidad que no puede obviarse aunque la jornada realizada en esa época fuera mínima (15%) y el periodo de latencia de la enfermedad muy largo (hasta 50 años).

Lo decisivo es que cuando el riesgo de enfermedad profesional, según se declara probado en este caso, todavía existía (desde enero de 2008 a febrero de 2009), su cobertura ya correspondía a la recurrente, y la prestación por incapacidad permanente absoluta declarada en 2012 tiene por causa la enfermedad profesional (mesotelioma diagnosticado en 2011) causada por ese riesgo asegurado.

TERCERO.- 1.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 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" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 .

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 (sentencias

de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011 , 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011).

2.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste, si bien concurren evidentes similitudes, no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores a los que se les ha reconocido una incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional -en la recurrida IPT por silicosis, en la de contraste IPA por mesotelioma pleural maligno- habiendo estado a lo largo de su vida profesional asegurada la contingencia de enfermedad profesional en la empresa en distintas entidades -hasta el 1 de enero de 2008, por imperativo legal, en el INSS, a partir de esa fecha en la recurrida se aseguró dicha contingencia sucesivamente en Mutua Gallega, La Fraternidad, y Mutua MC Mutual, en la de contraste en Mutua MAZ y Asepeyo- planteándose en ambos supuestos que entidad de todas las que sucesivamente han cubierto el aseguramiento es la responsable del abono de las prestaciones que por incapacidad permanente, derivada de enfermedad profesional, le han sido reconocidas al trabajador. Las sentencias comparadas han llegado a resultados diferentes, en tanto la recurrida entiende que procede el reparto proporcional de responsabilidad entre las entidades aseguradoras, INSS, TGSS, Mutua Gallega, La Fraternidad, y Mutua MC Mutual, en atención al tiempo de aseguramiento respectivo de cada una de ellas, la de contraste entiende que la responsable ha de ser la Mutua Asepeyo, que era con la que la empresa tenía concertado el aseguramiento de la enfermedad profesional cuando se declaró al trabajador en situación de IPA, derivada de enfermedad profesional, habiendo estado sometido al riesgo de contraer dicha enfermedad durante el tiempo en el que la empresa estuvo asegurada en la citada Mutua.

Sin embargo existe un dato esencial que diferencia a uno y otro supuesto. Así en la sentencia recurrida consta, reproduciendo el hecho que obra en la sentencia de instancia, en el fundamento de derecho tercero, con indudable valor de hecho probado, que el trabajador estuvo expuesto al riesgo pulvígeno durante al menos 23 años, desde el año 1991 hasta el año 2013, habiendo evolucionado a lo largo del tiempo hasta dar lugar a la declaración de IPA, en tanto en la sentencia de contraste figura que "no necesariamente hubo de contraerse la enfermedad profesional" en periodo anterior al 1 de enero de 2008, porque el trabajador hasta su jubilación en 2009 estuvo expuesto al riesgo y, por tanto, pudo contraer la enfermedad profesional después de enero de 2008. En tanto en la sentencia recurrida consta que el trabajador estuvo sometido antes y después de enero de 2008 al riesgo de contraer la enfermedad profesional de silicosis - desde 1991 a diciembre de 2012- en la de contraste consta que "no necesariamente hubo de contraerse la enfermedad profesional" en periodo anterior al 1 de enero de 2008, siendo dicha fecha clave para la resolución de la cuestión debatida.

En efecto, hasta la entrada en vigor de la Ley 51/2007, que tuvo lugar el 1 de enero de 2008, las Mutuas no podían asumir el aseguramiento de la responsabilidad empresarial por las enfermedades profesionales en las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, responsabilidad que correspondía al INSS y a la TGSS, como sucesores del Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (D F 1ª y D T 1ª del R D Ley 36/1978), aunque podían cubrir las prestaciones de IT derivadas de enfermedad profesional, por lo que hasta el precitado 1 de enero de 2008 no podían plantearse supuestos de delimitación de responsabilidad entre el INSS y la Mutua o Mutuas. Esta regulación convierte en esencial, para la resolución de la cuestión debatida, el dato de que el trabajador haya estado sometido a riesgo de contraer una enfermedad profesional con anterioridad al 1 de enero de 2008. No figurando tal dato en la sentencia de contraste, aunque su resultado es diferente del de la sentencia recurrida, las sentencias no son contradictorias.

3.- El recurso que debió ser inadmitido por falta de contradicción, en esta fase procesal ha de ser desestimado.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido.

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada el 30 de marzo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación número 1514/2015, interpuesto por la citada recurrente frente a la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2014 por el Juzgado de lo Social número 3 de Ourense , en los autos número 764/2014, seguidos a instancia de MUTUA LA FRATERNIDAD contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, PIZARRAS ROBEMA SL, PIZARRAS LAS CUARTAS SL, Dimas , PIZARRAS DAL SA, Jesús María , BARREDA LÓPEZ E HIJOS, PIZARRAS DE SOBRADELO SA, MUTUA UNIVERSAL, MUTUA GALLEGA, MC MUTUAL y Roque sobre RESPONSABILIDAD EN ENFERMEDAD PROFESIONAL. Se declara la firmeza de la sentencia impugnada. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 de julio de 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 23 de abril de 2015 el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimo la demanda interpuesta por MUTUA MUTUALIA frente a INSS, TGSS, GOBIERNO VASCO y DÑA Alejandra en materia de Seguridad Social absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.-D. Casiano nacido el NUM000 de 1950 estuvo afiliado al RG de la Seguridad Social con el n° NUM001 y prestó servicios para el Gobierno vasco desde el 1 de agosto de 1985 hasta su fallecimiento el 11 de mayo de 2013. La citada empleadora tenía concertado convenio de asociación con la MUTUA MUTUALIA desde el 1 de mayo de 1993.

SEGUNDO.-El Sr. Casiano prestó además servicios laborales en diferentes empresas en los siguientes periodos: - Carrocerías Uriarte (c.c.c. 48/000005067) entre octubre 1965 y marzo 1972. - Juan Antonio Uriarte (c.c.c. 48/000506758) entre junio de 1973 y julio de 1976. - Narciso Sierra Aramburu (c.c.c. 48/005771434) entre julio de 1976 y febrero de 1982. - Expósito Varela Jose (c.c.c. 48/006733653) en septiembre de 1982 y septiembre de 1983. - Diputación Foral de Vizcaya (c.c.c. 48/007265032) entre noviembre de 1984 y mayo de 1985. Desde el 24 de mayo del 2010 el trabajador se encontraba en situación de jubilación parcial con contrato de relevo habiendo desempeñado la categoría profesional de Chapista -Parque móvil. TERCERO.- El trabajador permaneció en situación de IT por enfermedad profesional con el diagnóstico de asbestosis desde el 7/1/2010 al 18/4/2010 siendo cubierto por la mutua MUTUALIA, y siendo dado de alta por curación sin secuelas.

CUARTO.- En el mes de mayo de 2013 al Sr Casiano se le diagnostica un carcinoma microlítico de pulmón en estado IV con mala evolución clínica que le ocasionó su fallecimiento el 11/5/2013.

QUINTO.- La viuda del trabajador SRA. Alejandra solicitó ante el INSS la determinación de la contingencia profesional de la causa del fallecimiento de su esposo a lo que la MUTUA se opuso, siendo resuelta por resolución del INSS de 2/12/2013 indicando que si bien no existía proceso de IT, sin embargo la causa del fallecimiento tenía su origen en la contingencia de EP.

SEXTO.-Mediante resolución del INSS de fecha 14/7/14 se reconoce a los beneficiarios del trabajador fallecido las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesionales, declarándose responsable a la MUTUA MUTUALIA.

SEPTIMO.-Con ocasión del proceso de determinación de contingencia se evacuó informe de investigación por parte de OSALAN 11/11/2013 que se da por transcrito en su integridad , pero del que se destaca los siguientes datos : Vida laboral del trabajador afectado: Del 1/8/1985 al 31/1/1987 oficial de la (mantenimiento y reparación de vehículos) en la academia de Arkaute Del 1/2/1987 al 24/5/1993 mecánico en el parque móvil de Arkaute Del 25/5/1993 al 10/5/2013 como chapista en dicho Parque móvil. Descripción de las condiciones de trabajo pasadas: "Como introducción al análisis de las condiciones de trabajo comentar que está ampliamente acreditado que en los trabajos de cambio de zapatas y pastillas de freno, y cambio de discos de embrague, existía el riesgo de exposición a fibras de amianto. En concreto el "Reglamento de trabajos con riesgo de amianto" dei año 1984 ya recoge en su artículo 1 apartado 1.3, las operaciones de a i Iceelun y reparación de zapatas de freno y embrague como susceptibles de riesgo de exposición a fibras de amianto. Asimismo la guía del Real Decreto 396/2006 sobre riesgos relacionados con la exposición al amianto, en el apéndice I apartado 2,1, cita al amianto como material usado tradicionalmente en materiales de fricción en frenos y embragues. Las condiciones de trabajo que a continuación se describen, se han establecido principalmente a partir de los empleados de los talleres del parque móvil. - respecto a Casiano decir que realizaba trabajos de chapa y pintura en la reparación y mantenimiento de vehículos, No realizaba trabajos mecánicos de cambio de zapatas y pastillas de freno y discos de embrague, - Hasta la remodelación del año 2009 el acceso al taller de chapa y pintura se hacía a través de una puerta que comunicaba este taller con el taller mecánico, atravesando antes el mismo. Es en este taller mecánico donde se realizaban los trabajos de cambio de zapatas y pastillas de freno y discos de embrague. Durante vados años los elementos citados, incluían en su composición amianto (tradicionalmente la variedad crisolito de amianto). Melchor comenta que aproximadamente a partir del año 1990, se empezaron a suministrar estos elementos con materiales que no contenían amianto. No se realizaban

trabajos de desforrado y rectificado de zapatas de freno, sino que se colocaban repuestos completos nuevos. El trabajo incluía el soplado con aire a presión de las pastillas, zapatas de freno y discos de embrague o de zonas de los conjuntos de freno o embrague, para limpiar los restos desprendidos pues se trata de elementos que actúan por rozamiento. No existía extracción localizada para evitar la dispersión de estos restos, Melchor dice que actualmente se humedecen estos restos para evitar la dispersión. Victorio manifiesta que esta operación no se realizaba en el pasado." Conclusiones sobre la exposición al riesgo: "Analizadas las condiciones de trabajo, la documentación entregada, y las declaraciones de los empleados, las conclusiones respecto de la exposición que se pueden extraer son: Cuantitativamente resulta imposible establecer un nivel de la posible exposición al amianto, pues se trata de una exposición pasada de la que han transcurrido muchos años, y no existen las mediciones, ni las condiciones eran las mismas que las actuales. Pero no se puede descartar la exposición al amianto de los trabajadores en el taller mecánico parque móvil, pues como se ha comentado, se realizaban operaciones que podían suponer una dispersión de fibras, sobre todo la limpieza con aire a presión de los restos desprendidos de elementos que contenían amianto. Además no se había identificado el riesgo de exposición, ni se tomaban medidas preventivas al respecto. Evidentemente, el riesgo de exposición era mayor en el caso de los propios trabajadores de tala mecánico, pues era y es un trabajo habitual suyo el cambio de zapatas, pastillas de freno y disco de embrague. Pero en el caso del trabajador Casiano, aunque muy esporádica; tampoco se puede descartar la exposición, pues durante el tránsito por el taller mecánico podía aproximarse a algún puesto de trabajo en el que se estaban realizando las operaciones de limpieza citadas y exponerse a fibras de amianto. Es importante comentar, que en el caso del amianto aunque las exposiciones no sean significativas pueden provocar igualmente efectos perjudiciales a largo plazo para la salud de los trabajadores. 5! trata de un agente incluido en el apartado 8 de agentes químicos y mutágenos del documento en que se recogen los valores límites de exposición profesional en España para el año 2013, adopta por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT).

OCTAVO.- Los porcentajes en función del tiempo de aseguramiento serían los siguientes - Desde el 11 de octubre de 1965 hasta el 11 de mayo de 2013 han

transcurrido 17.319 días (vida laboral completa del trabajador). - Desde el 11 de octubre de 1965 hasta el 31 de diciembre de 2007 han transcurrido 15.421 días (período de cobertura del INSS del riesgo de incapacidad permanente y muerte por enfermedad profesional). - Desde el 1 de enero de 2008 al 11 de mayo de 2013 han transcurrido 1.958 días (período de cobertura de Mutualia del riesgo de incapacidad permanente y muerte por enfermedad profesional). Lo que correspondería con los siguientes porcentajes: -89,04% INSS -10,96% MUTUALIA.

NOVENO.- Se ha agotado la vía de reclamación previa.»

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por MUTUALIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao de fecha 23-4-15 , recaída en los autos nº 842/14, seguidos por la citada recurrente contra GOBIERNO VASCO DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Alejandra y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Se confirma la sentencia. Se imponen las costas a la entidad recurrente incluidos los honorarios del INSS impugnante del recurso que se fijan en 300 euros.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Mutualia, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en fecha 31 de julio de 2013, recurso nº 428/2013, denunciando la infracción, por incorrecta aplicación del art. 126.1 en relación con los arts. 87.3, 200 y 201.1 de la LGSS.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 9 de marzo de 2017 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 4 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El trabajador, fallecido el 11 de mayo de 2013 a causa de un carcinoma microlítico de pulmón en estado IV, había prestado servicios para diferentes empresas entre octubre de 1965 y agosto de 1985, fecha en la que inicia su relación laboral con el Gobierno Vasco dedicado a actividades de mantenimiento y reparación de vehículos y chapista en la Academia de Arkaute. Permaneció en situación de incapacidad temporal por enfermedad profesional con el diagnóstico de asbestosis desde el 7 de enero de 2010 al 18 de abril de 2010, hallándose el riesgo cubierto por Mutualia recibiendo el alta por curación sin secuelas. En mayo de 2013 se diagnostica el carcinoma microlítico de pulmón en estado IV de mala evolución que ocasiona su fallecimiento en la fecha indicada.

Por resolución del INSS de 2 de diciembre de 2013 se estableció que pese a no existir proceso de incapacidad temporal la causa del fallecimiento tenía su origen en la contingencia de enfermedad profesional y por resolución de 17 de julio de 2014 se reconoció a los beneficiarios las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional con cargo a la Mutua Mutualia.

La entidad colaboradora interpuso demanda frente a la resolución que establecía su responsabilidad en las prestaciones derivadas de enfermedad profesional recayendo en la instancia sentencia desestimatoria que es confirmada en suplicación. La sentencia recurrida, reiterando criterio del Pleno de aquella Sala rechaza tanto la pretensión principal de que la responsabilidad se declare respecto de la entidad que asumía el riesgo al tiempo de sobrevenir la contingencia profesional protegida como la subsidiaria de que dicha responsabilidad se declare compartida por el INSS y la Mutua atendiendo en el cálculo del porcentaje del tiempo durante el que el trabajador estuvo en activo ,

siendo a cargo del INSS desde el inicio hasta el 31 de diciembre de 2007 y desde el 1 de diciembre de 2008 a cargo de la Mutua, con arreglo a los porcentajes del informe pericial (89,04% a cargo del INSS y 10,96% a cargo de la Mutua). Atiende la sentencia a que el trabajador ha permanecido en activo después del 1 de enero de 2008 y a lo dispuesto en los artículos 21, 44.2 y 53 de la O.M de 9 de mayo de 1962 que atribuye la responsabilidad a quien cubre la contingencia al tiempo de sobrevenir el riesgo protegido prestando atención al hecho de que el fallecido permaneció en situación de incapacidad temporal por asbestosis entre el 17 de enero de 2010 y el 18 de abril del mismo año, hallándose entonces el riesgo cubierto por Mutualia.

Recorre Mutualia en casación para la unificación de doctrina. Y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 31 de julio de 2013 por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

En la sentencia de referencia se desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y la TGSS frente a la sentencia que había estimado la demanda sobre prestaciones, declarando derivada de enfermedad profesional la incapacidad permanente total reconocida al trabajador con fecha 15 de julio de 2011 para su profesión habitual de buceador, condenando a las entidades demandadas en atención al tiempo de aseguramiento de contingencia profesional por las entidades demandadas desde el año 2002. En el supuesto así resuelto, el trabajador había prestado servicios como buceador en el sector de la construcción al menos desde el año 2002, bajo la cobertura de la Mutua Universal de 2010 hasta el 21 de agosto de 2011 y para la Mutua Fraternidad - Muprespa- del 5 de febrero al 30 de noviembre de 2009. El 15 de julio de 2011 el INSS reconoció al actor la situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común. A instancia del trabajador se inició el 24 de julio de 2012 expediente de determinación de la contingencia, emitiendo el EVI informe que confirma la naturaleza común de la incapacidad permanente del trabajador.

Dada la escasa precisión de los términos del fallo recaído en instancia, no cabe conocer a través del mismo la medida en la que se impuso la condena a las demandadas, figurando entre los sujetos condenados la empresa Proyectos, Revisiones y Obras

Submarinas S.L. además del INSS y de las entidades colaboradoras, desconociéndose donde prestó servicios, siempre como buceador, desde el año 2002 hasta febrero de 2010. El recurso de suplicación lo interpuso el INSS disconforme con la responsabilidad atribuida por entender que habiéndose golpeado el trabajador en el oído en 2003, pero sin baja y constatada la dolencia en 2007, en el momento del hecho causante 2011, no es responsable de la cobertura del riesgo el INSS.

La sentencia resuelve partiendo de la consideración de que sin que conste el momento del inicio de la progresión de la enfermedad , producida la exposición al riesgo desde 2002 hasta 2011, año en el que trabajador causa baja, con periodos de aseguramiento profesional por la entidad gestora y por las mutuas , la responsabilidad deberá ser compartida a determinar en proporción a cada aseguramiento el total reconocido por haberse beneficiado también, en igual proporción en las cuotas del riesgo asegurado .

Entre ambas resoluciones cabe apreciar la necesaria contradicción dado que los dos trabajadores vinieron desempeñando con anterioridad al 1 de enero de 2008 sus tareas en un ambiente de riesgo que desembocaría en cada hecho causante , el fallecimiento del trabajador en la recurrida causado por un carcinoma de pulmón , ,diagnosticado de asbestosis en 2010 y en situación de jubilación parcial desde el 24 de mayo de dicho año y la declaración de invalidez permanente del actor en la referencial producida por su actividad como buceador desde 2002.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción del artº 126.1 de la Ley General de la Seguridad Social vigente entonces de 1994 (RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio), en relación con el artº 68.2 a) de la misma Ley, en su redacción dada por la Ley 51/2007, en relación con los arts. 87.3, 200 y 201.1 de la misma Ley; en relación a su vez con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en sus sentencias de 15 de enero de 2013 (RCUD 1152/2012), 18 de febrero de 2013 (RCUD 1376/2012), 12 de marzo de 2013 (RCUD 1959/2012), 25 de marzo de 2013 (RCUD 1514/2012) y 26 de marzo de 2013 (RCUD 1207/2012), entre otras varias más.

La cuestión que se suscita es la relativa a la atribución de responsabilidad en el pago de prestaciones, en este caso por muerte y supervivencia, derivada de enfermedad profesional cuando se ha producido una cobertura sucesiva en el tiempo habida cuenta de la modificación producida en virtud de la ley 51/2007 de 26 de diciembre que a partir de su entrada en vigor atribuyó aquella a las mutuas aseguradoras.

En el supuesto a examinar, el trabajador fallece el 11 de mayo de 2013 siendo hechos pacíficos que la muerte fue debida a un carcinoma microlítico de pulmón en estado IV, derivada de enfermedad profesional y que su actividad laboral desde 1965 ha sido la de prestación de servicios en talleres del automóvil, especialidad chapista - carrocería. Sentadas estas bases, la recurrente, mutua que asegura el riesgo de enfermedad profesional para el Gobierno Vasco en la academia de Arkcaute para el que prestó servicios el causante desde el 1 de agosto de 1987, abandonando la pretensión principal de exoneración total del riesgo, mantiene la subsidiaria de reparto proporcional de responsabilidad con el INSS considerado el tiempo transcurrido en el marco de la actividad generadora del riesgo antes y después de la entrada en vigor de la Ley 51/2007 de 26 de diciembre.

No cabe duda de la considerable diferencia de tiempo transcurrido con exposición al riesgo de asbestosis, cuarenta y dos años antes de la entrada en vigor de la citada ley y cinco años con posterioridad a lo que cabe unir, como lógica suposición, la mejora y aumento progresivos de las medidas de protección frente al agente dañoso que convierten toda etapa anterior en un superior ámbito de riesgo.

La sentencia recurrida apoya su decisión de imponer en exclusiva a la mutua recurrente la responsabilidad en el pago de las prestaciones en los artículos 21, 44.2 y 53 de la O.M. de 9 de mayo de 1962, preceptos que hacen referencia respectivamente al pago de las indemnizaciones por incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional a cargo de la entidad con la que se tuviera concertado el riesgo por accidente de trabajo, obligación de quien atiende el riesgo por accidente de trabajo de satisfacer las prestaciones sanitarias precisas en periodos de observación por enfermedad profesional y atención directa de la incapacidad temporal derivada de enfermedad

profesional por la entidad aseguradora de Accidentes de Trabajo. Añade la sentencia que también se apoya en que está a cargo de la mutua la cobertura al tiempo de sobrevenir la incapacidad temporal de la que arranca sin solución de continuidad la incapacidad permanente, supuesto que no coincide exactamente con el contemplado en la presente reclamación ya que la situación de incapacidad temporal tuvo lugar del 7 de enero al 18 de abril de 2010, siendo dado de alta por curación y es en el mes de mayo de 2013 cuando se le diagnostica el carcinoma.

Los precedentes jurisprudenciales; entre los que debemos incluir las SSTS de 15 de enero de 2013 (R.C.U.D 1152/2012) y de 18 de febrero de 2013 (R.C.U.D 1376/2012), 12 de marzo de 2013 (R.C.U.D 1959/2012) y las que también cita la recurrente de 25 de marzo de 2012 (RCUD 1514/2012) y de 26 de marzo de 2013 (RCUD 1207/2012) respecto de prestaciones derivadas de enfermedad profesional causadas en distintas fechas de 2011 muestran cómo se resuelve en favor de la atribución de responsabilidad al INSS como aseguradora en supuesto de enfermedad profesional de larga evolución, siendo relevante el hecho de que los afectados habían cesado en la prestación de servicios antes del 1 de enero de 2008 fecha de la entrada en vigor de la L. 51/ 2007 de 26 de diciembre aplicando la fórmula de determinación del hecho causante de manera análoga a los supuestos acogidos a la figura del accidente de trabajo.

En el caso que ahora nos ocupa existe un elemento añadido, la prestación de servicios continuada en fecha posterior al 1 de enero de 2008 y bajo la cobertura de una entidad colaboradora. La permanencia durante toda la vida activa del trabajador en un ambiente del que no se duda su condición de creador de riesgo plantea desde luego la dificultad de establecer en que momento debe afirmarse que el riesgo deja serlo simplemente para convertirse en una afección de la que el trabajador es víctima pues en la enfermedad profesional derivada del contacto reiterado con un agente es prácticamente imposible determinar cuánto tiempo de exposición a lo largo de los años es necesario para llegar a contraer una dolencia incapacitante y, en su caso, letal. Es notable, como se decía en un párrafo, anterior la diferencia de tiempo servido bajo una y otra cobertura, aunque también lo es que no se conoce situación de incapacidad

temporal derivada de asbestosis hasta el 7 de enero de 2010, precisamente cuando el trabajador permanecía menos tiempo en el centro de trabajo pues se hallaba en situación de jubilación parcial. Dicha situación se mantuvo hasta el 18 de abril de 2010 en que cesa por curación sin secuelas, diagnosticándose en mayo de 2013 un carcinoma microlítico de pulmón en estado IV con mala evolución clínica del que fallece el día 11 de dicho mes y año.

El supuesto contemplado resulta paradigmático de como una enfermedad silente puede acabar con la vida del afectado sin modificar de modo notable su capacidad. El fallecido ha trabajado desde 1965 hasta el 11 de mayo de 2013 y tan solo se le conoce una incapacidad temporal vinculada a su dolencia de tres meses de duración en 2010.

Como se ha visto al analizar la jurisprudencia, no en este caso concreto sobre el que no existen precedentes sino en relación a supuestos de determinación de la responsabilidad con una sola cobertura , periodo anterior al 1 de enero de 2008, las resoluciones antes mencionadas apuntan a un futuro planteamiento del problema de establecer criterios de imputación de la responsabilidad en una situación de concurrencia de gestoras en el tiempo, aludiendo también a la resolución de la Dirección General de ordenación de la Seguridad social de 27 de mayo de 2009 que ,con insuficiencia de rango.

Con el fin de guardar la adecuada coherencia en los pronunciamientos es preciso buscar un rango de similitudes con resoluciones que, en un campo diferente, haya recaído en supuestos de concurrencia en el tiempo de entidades responsables.

Así, a título de ejemplo, cabe citar a propósito de la sucesión de Mutuas aseguradoras en el ámbito de la enfermedad común la doctrina aplicada en las SSTs de 27 de febrero de 2001 (Rec 1225/2000), 4 de febrero de 2003 (Rec 2134/2002) 2 de octubre de 2007 (Rec 1310/2206), y 17 de julio de 2012 (R.C.U.D 2516/2011), cuyo razonamiento es del tenor literal siguiente:

«El razonamiento de nuestras sentencias precedentes a favor de atribuir a la entidad aseguradora que sucede la responsabilidad en la continuación del pago de la prestación de incapacidad temporal generada durante la vigencia de un convenio de asociación o aseguramiento anterior combina argumentos de interpretación gramatical, sistemática y teleológica. Tales argumentos se pueden resumir como sigue: 1) el art. 70.2 LGSS establece una regla de unidad e integridad de aseguramiento ("Los empresarios asociados a una mutua habrán de proteger en la misma entidad a la totalidad de sus trabajadores correspondientes a centros de trabajo situados en la misma provincia"), reiterada en el art. 69.1 del RD 1993/1995 (Reglamento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo), regla que parece contraria a la concurrencia en el mismo centro de trabajo de diversas entidades encargadas de la gestión de la misma contingencia; 2) tal concurrencia de aseguradoras resultaría además desaconsejable en términos de gestión, en cuanto que "atribuir el pago del subsidio a la primera aseguradora cuando ya la nueva aseguradora ha asumido la gestión produciría un evidente efecto desincentivador para esta última ... pues es obvio que disminuiría su interés en realizar, respecto de los trabajadores excluidos las funciones de seguimiento y control de sus situaciones de incapacidad temporal"; 3) los artículos 70.2 y 71.1 del citado Reglamento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo establecen sin distinción alguna que, "una vez formalizada la cobertura", la Mutua asumirá tanto la gestión (art. 70.2) como el pago (art. 71.1) de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes de los trabajadores al servicio de sus asociados, condición que ostenta sin duda el trabajador con contrato de trabajo suspendido por causa de tal incapacidad; 4) la solución de asignar la responsabilidad en el caso litigioso a la nueva aseguradora equilibra los intereses de las entidades en presencia, pues "igual que debe asumir (la nueva aseguradora) el pago de las incapacidades temporales existentes al comenzar su gestión, también quedará exonerada de continuar abonándolas, a partir del momento en que la empresa decida" no mantener el convenio de asociación; 5) el sistema financiero de reparto establecido para las contingencias comunes en el art. 87 LGSS significa que lo cotizado para el conjunto de los trabajadores se dedica a la cobertura de las contingencias del colectivo asegurado, sin acumular a largo plazo recursos para el futuro, pero no tiene trascendencia jurídica directa en el régimen de la acción protectora; y 6) por el contrario, "la Mutua, desde el momento en que se hizo cargo de la gestión de

la incapacidad temporal por enfermedad común en la empresa pasó a percibir la fracción de las cotizaciones de todos los trabajadores - incluida la del enfermo mientras la empresa tuvo que cotizar por él - que corresponde a dicha contingencia para financiarla respecto de todos ellos", por lo que "es lógico que sea la Mutua la que deba responder de las prestaciones que se mantienen a partir de la fecha en que comienza su gestión.»

En los supuestos examinados el proceso de incapacidad temporal se inició vigente el aseguramiento con la primera mutua, continuando bajo la nueva aseguradora y en aplicación de la doctrina de mérito se atribuye a la segunda aseguradora la responsabilidad en el pago de las prestaciones rechazando así la idea de reparto en función de los periodos de aseguramiento. Se realiza la comparación con un supuesto de enfermedad común y de incapacidad temporal por la peculiaridad que posee el accidente profesional en el que se establece una fecha fija para su producción.

De la comparación entre ambas doctrinas, la que se contiene en las SSTS alusivas a supuestos de incapacidad permanente en que el beneficiario es pensionista al tiempo de reclamar la prestación y la citada a propósito de una prestación que afecta a quien se encontraba ejerciendo su actividad, cabe extraer una conclusión que resuma ambas aportaciones fijando un criterio de responsabilidad capaz de tomar en consideración que nos hallamos en presencia de un cambio en el aseguramiento operado en virtud de una transformación legal , que la actividad ha subsistido tras producirse el cambio y que existe una considerable desproporción en el tiempo atendiendo a las cotizaciones recibidas y a la lógica incidencia de un ambiente laboral idéntico a la hora de valorar la presencia del agente causante del daño.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso interpuesto por MUTUALIA Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2 y declarar la responsabilidad compartida del INSS y de la Muta demandante en proporción al tiempo respectivo de aseguramiento conforme a los porcentajes expuestos en la demanda, sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L J S.

FALLO:

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

Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado Don José Ángel Moral Sáez-Díez, en nombre y representación de MUTUALIA contra la sentencia dictada en fecha 22 de diciembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación nº 2216/2015 . Casar y anular dicha sentencia y en su lugar, dictar una nueva sentencia para resolver el debate de suplicación. Estimar en parte el recurso de igual naturaleza, en cuanto a la atribución de responsabilidad derivada de enfermedad profesional. Declaramos que la responsabilidad en el pago de las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional padecida por D. Casiano deberá ser asumida por el INSS y MUTUALIA en proporción a cada entidad por el tiempo respectivo de aseguramiento. y condenamos a las demandadas a estar y pasar por esta declaración. Sin que haya especial condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 2 de junio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO. El demandante, afiliado y dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, prestaba servicios como montador de postes de telefónica por cuenta de la empresa Isolux Ingeniería S.A. (que tenía cubiertas las contingencias de sus trabajadores con Mutua Universal), el día 26 de abril de 2007, sufrió un accidente de trabajo que le causó una entorsis de la rodilla izquierda. El INSS dictó resolución de 3

de junio de 2008 por la que declaraba al demandante en situación de IPP derivada de AT y declaraba la responsabilidad de Mutua Universal. La lesión fue descrita en el dictamen propuesta como "lesión osteoligamentosa con subluxación rotuliana doble degeneración meniscal incipiente, rodilla izquierda". Las empresas estaban al corriente de los pagos de sus obligaciones de Seguridad Social (Expediente administrativo obrante en cd-rom adjunto al folio 51).

SEGUNDO. Fue iniciado un expediente de revisión de grado. El ICAM emitió informe el 25 de febrero de 2013 en el que se fijaba como diagnóstico: "Condromalacia rotuliana rodilla izquierda. IQ realineación rotuliana proximal y distal con transposición del hemitendón rotuliano de externo a interno. En tratamiento rehabilitador activo. Cervicoartrosis, cervicobraquiálgia en estudio". (Expediente administrativo obrante en cd-rom adjunto al folio 51 y profesión habitual de sentencias del Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona en autos 550/11 y de la Sala de lo Social del TSJC de 18 de octubre de 2013, obrantes en folios 204 a 215).

TERCERO. El día 27 de mayo de 2013 el INSS dictó resolución considerando que no procedía declarar a la demandante en el grado de incapacidad permanente total y confirmaba la resolución por la que lo declaraba en ipp (expediente administrativo obrante en cd-rom adjunto al folio 51).

CUARTO. Fue interpuesta la oportuna reclamación en vía previa, que fue desestimada (no controvertido y expediente administrativo obrante en cd-rom adjunto al folio 51).

QUINTO. La parte demandante acredita el período mínimo de cotización para causar derecho a la prestación. La base reguladora de la prestación interesada asciende a 21.803,58 euros al año, con fecha de efectos desde 19 de marzo de 2013 y fecha de revisión desde el 13 de marzo de 2014 (no controvertido y expediente administrativo obrante en cd-rom adjunto al folio 51 y base reguladora de sentencias del Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona en autos 550/11 obrante en folios 210 a 215).

SEXTO. La parte demandante presenta subluxación rotuliana en rodilla izquierda derivada de accidente de trabajo de 26 de abril de 2007 y condropatía rotuliana en rodilla derecha y malformación por displasia de la tróclea a nivel femoro-rotuliano bilateral, con una movilidad limitada de carácter leve en la rodilla izquierda (informes periciales de los Dres. Ausió y Orgaz obrantes en folios 185 a 203 y 311, y contingencia de sentencia de la Sala de lo Social del TSJC de 18 de octubre de 2013, obrante en folios 204 a 209 y sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona dictada en autos 206/13 obrante en folios 283 a 285).».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que desestimó la demanda interpuesta por D. Imanol contra INSS, TGSS, ICS, Muprespa, Mutua Universal-Mugenat, Umivale, Isolux Ingeniería S.A., Eidos Management S.L. e IPT S.l. y confirmo la resolución impugnada.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Imanol ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 13 de julio de 2015 , en la que, estimando el motivo planteado a tal fin, se modifica el hecho probado sexto para hacer constar como diagnóstico en el momento de la resolución impugnada: «Subluxación rotuliana y condropatía de grado severo en ambas rodillas que le provocan dolor a la movilización que al estar de pie de forma prolongada. Flexión limitada en ambas rodillas y presencia de fragmento femoropatelar en ambas rodillas. Gran dificultad para agacharse. Cervicoartrosis».

Dicha sentencia consta del siguiente fallo: «ESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por D. Imanol , frente a la sentencia nº 198/2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Girona en fecha 02/06/2014 en los autos 585/2013, que revocamos y, en su lugar estimamos parcialmente la demanda por el mismo interpuesta frente al INSS y declaramos al trabajador afecto de una Incapacidad permanente total para su profesión habitual de Montador de postes de telefonía con derecho a percibir una pensión del 55% de la base reguladora de 21.803,58 euros al año con fecha de efectos desde 19 de marzo de 2013 siendo responsable de la misma el INSS. Sin costas.».

TERCERO.- Por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2008, (rcud. 692/2007).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 31 de marzo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de junio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. El recurso de casación para unificación de doctrina del INSS combate la sentencia de la Sala de suplicación catalana que, como hemos reproducido, declaraba al actor en situación de incapacidad permanente total y condenaba al INSS al abono de la pensión fijada en el fallo.

2. Conviene recordar que el trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente parcial, derivada de accidente de trabajo (ocurrido el 26 de abril de 2007), por resolución administrativa de 3 de junio de 2008.

A consecuencia del accidente, el actor padecía «lesión osteoligamentosa con subluxación rotuliana doble degeneración mariscal incipiente» en rodilla izquierda.

Solicitada la revisión del grado de incapacidad por agravación, el INSS dictó resolución desestimatoria el 27 de mayo de 2013. Frente a la misma, se interpone la demanda rectora de este procedimiento, dirigida contra la Entidad Gestora y contra la Mutua que asume la responsabilidad de las prestaciones por accidente de trabajo.

El Juzgado de lo Social nº 3 de los de Girona dictó sentencia desestimatoria el 2 de junio 2014 (autos 585/2013) porque las dolencias que se habían añadido se concretan en la rodilla derecha, concluyendo el Sr. Magistrado de instancia que éstas son de etiología común, sin relación con el accidente de trabajo, y, además, no se acredita que el demandante esté impedido de desempeñar su profesión.

Recurrida la sentencia en suplicación por el trabajador, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tras aceptar una modificación del hecho probado en el que se reflejan las dolencias del actor, declara que se ha producido una agravación del estado inicial del mismo, y sostiene que la situación merece el grado de incapacidad permanente total, si bien derivada de enfermedad común, por lo que hace responsable al INSS del pago de la pensión.

3. El recurso del INSS denuncia incongruencia de la sentencia recurrida y, a tal efecto, la infracción de lo dispuesto en el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en relación con el art. 24 de la Constitución (CE), así como la doctrina de las STS/4ª de 2 marzo 1998 (rcud. 2390/1997) y 5 octubre 1999 (rcud. 4773/1998) y de las STC 137/1992, 311/1994, 29/1999, 172/2001 y 8/2004.

A fin de sostener la pretensión de unificación doctrinal, la parte recurrente aporta, como sentencia contradictoria, la STS/4ª de 23 diciembre 2008 (rcud. 692/2007).

4. En la sentencia referencial esta Sala IV del Tribunal Supremo apreció incongruencia en la sentencia de la Sala de suplicación. Se trataba allí de una

trabajadora a la que se reconoce en la sentencia del Juzgado de instancia en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional. Recurrida en suplicación por el INSS - condenado al abono de la indicada pensión-, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) declara que la situación obedece a enfermedad común -con las consecuencias económicas que ello comporta-, mas mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo.

En fase de casación unificadora se declaró que el tribunal -en relación con la Sala de suplicación- no podía cambiar de oficio los términos de la pretensión procesal planteada por las partes del litigio. Se funda la sentencia de contraste en nuestra anterior STS/4ª de 5 octubre 1999, que había apreciado incongruencia al obviar la Sala de suplicación que la pretensión inicial del procedimiento era la declaración de una invalidez permanente total derivada de enfermedad profesional.

SEGUNDO.- 1. Contra lo que propone el Ministerio Fiscal, entendemos que no concurre entre las sentencias comparadas la identidad necesaria para superar el juicio de contradicción exigido por el art. 219.1 LRJS.

2. En la sentencia de contraste se da la circunstancia, muy específica y relevante, de que la sentencia de suplicación altera la contingencia y la fija en contingencia común, sin petición alguna al respecto. El litigio se había suscitado por contingencia profesional y la parte recurrente era la misma Entidad Gestora condenada al pago, lo que, además, provocaba que se produjera una reformatio in peius, dado que el objeto del recurso era obtener la absolución por no apreciación de grado de incapacidad alguno.

Es más, la indicada sentencia referencial se funda, a su vez, en una sentencia anterior de esta Sala IV del Tribunal Supremo -la ya citada STS/4ª de 5 octubre 1999 - en que si se apreció incongruencia lo fue, precisamente, porque desde el momento inicial la parte actora había solicitado una declaración de invalidez permanente que se considerara derivada de contingencia profesional y, siendo este el objeto de la pretensión, lógico resultaba entender que los órganos judiciales no podían alterar la causa petendi.

El criterio de la sentencia de contraste lo habíamos utilizado también en la STS/4ª de 2 marzo 1998 (rcud. 2390/1997) y reproducimos íntegramente en la STS/4ª de 23 diciembre 2008 (rcud. 692/2007), en un supuesto en que concurrían las mismas circunstancias.

3. En el caso de la sentencia recurrida hay un elemento diferencial que puede resultar decisivo, cual es que nos hallamos ante un demanda de revisión por agravación. Ello hace que el debate litigioso tenga unos contornos totalmente distintos de los que presentaban los casos analizados en la sentencia de contraste y en la sentencia de la que aquella extrae su doctrina.

Lo que aquí se discute es, no sólo cual es el grado de incapacidad permanente que aqueja al demandante, sino también la etiología de la agravación, partiendo, claro está, del ya reconocimiento de una incapacidad permanente parcial por contingencia profesional. De ahí que, al haber rechazado el juzgado que el actor se halle en una situación que merezca la calificación de incapacidad permanente total, a la Sala de suplicación le quepa examinar ex novo ambos aspectos de la pretensión.

Así lo entendimos en las STS/4ª de 28 octubre 2002 (rcud. 82/2002) y 24 marzo 2009 (rcud. 1208/2008), en donde declaramos que el procedimiento de revisión por agravación de las dolencias puede servir, tanto para determinar el superior grado, como la contingencia de la que dimanen las dolencias añadidas. Poníamos de relieve que «en el momento de iniciación del expediente el beneficiario desconoce si el resultado de la evaluación de su capacidad laboral, va a ser la revisión de la invalidez por secuelas ya apreciadas o por secuelas de contingencia distintas».

Recordábamos allí que el art. 1.1. a) del RD 1300/1995, de 21 de julio, dispone que «Será competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate: a) Evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas

contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma».

Dicha doctrina la hemos reiterado en la STS/4ª de 12 junio 2012 (rcud. 1888/2011).

3. Por consiguiente, si no se vulnera el principio de congruencia por el reconocimiento de mayor grado de incapacidad por contingencia distinta de la solicitada, difícilmente podemos aceptar la contradicción entre las sentencias comparadas que, en relación a este punto, responden a situaciones procesales dispares que justifican los distintos pronunciamientos.

TERCERO.- 1. El recurso debe ser desestimado y, no combatiéndose otros aspectos de la sentencia recurrida, debemos confirmar la misma.

2. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede hacer pronunciamiento de condena en costas.

FALLO:

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

Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 13 de julio de 2015 (rollo 2818/2015) recaída en el recurso de suplicación formulado por D. Imanol contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona de fecha 2 de junio de 2014 en los autos 585/2013 seguidos a instancia de dicha parte contra el INSS, la TGSS, Mutua Fraternidad Muprespa, Mutua Universal Mugenat, Mutua Umivale, Isolux Ingeniería S.A., Eidos Management, S.L. e IPT S.L.. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 29 de junio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante dictó auto en el que consta la siguiente parte dispositiva:

«Desestimando íntegramente la oposición a la ejecución planteada por el INSS, DECLARO PROCEDENTE que la misma siga adelante en los términos en su día acordados».

Por la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social se presentó recurso de reposición contra la anterior resolución, dictando auto en fecha 13 de enero de 2015, y en cuya parte dispositiva consta:

«Se desestima el recurso de reposición deducido contra el auto de este Juzgado de fecha 29 de julio de 2014 y se confirma en su integridad la resolución impugnada».

SEGUNDO.- Que en el auto de fecha 13 de enero de 2015 constan los siguientes antecedentes de hecho:

«PRIMERO.- Por la Letrada de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se ha interpuesto, en tiempo y forma, recurso de reposición contra el auto de fecha 29 de julio de 2014 en virtud del cual se desestimaba íntegramente la oposición a la ejecución planteada por el INSS.

SEGUNDO.- Dado traslado del relacionado recurso a la parte contraria, ha transcurrido el plazo sin que se haya presentado alegación alguna, por lo que los autos han tomado estado para resolver».

TERCERO.- Contra el anterior auto, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia en fecha 7 de julio de 2015 , en la que consta el siguiente fallo:

«Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante y su provincial, de fecha 13 de enero de 2015 , en virtud de demanda por D. Constantino y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida».

CUARTO.- Por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 23 de septiembre de 2015. Se aportan como sentencias contradictorias con la recurrida la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 5 de diciembre de 2007, Rcd. 5073/2006; y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 21 de octubre de 2014 (R. Suplic. 1935/2014).

QUINTO.- Con fecha 19 de mayo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para impugnación sin haberlo verificado, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar la improcedencia del recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de junio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Por la representación letrada del INSS se recurre en casación para la unificación de la doctrina la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de siete de julio de 2015, dictada en el recurso de suplicación 1538/2015 , que confirmó íntegramente el Auto del Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante de fecha 29 de julio de 2014 , en el proceso de ejecución de la sentencia de 25 de febrero de 2014 de la indicada Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

2.- Esta última sentencia declaró a D. Constantino en situación de Incapacidad Permanente Total para su Profesión habitual derivada de enfermedad común, condenando al INSS al abono de la correspondiente pensión mensual con las mejoras y revalorizaciones legalmente correspondientes y con efectos económicos del 10 de marzo de 2011. Fecha que fue propuesta por el propio INSS. Consta en los hechos probados que el Sr. Constantino estuvo de alta en el RETA desde el 1 de octubre de 1993 al 28 de febrero de 2014.

El INSS comenzó a abonar la prestación desde el 1 de marzo de 2014 alegando la incompatibilidad de la actividad desarrollada por el trabajador en el RETA, lo que motivó que éste solicitara la ejecución de la sentencia, solicitud que dio lugar al referido Auto del Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante que, con expresa desestimación de la oposición formulada por el INSS, decretó la ejecución de la sentencia en los términos establecidos en su parte dispositiva. Tal Auto fue íntegramente confirmado por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de la siete de julio de 2015, que es la aquí recurrida. Razona la sentencia, en aplicación de la jurisprudencia que cita, que el pronunciamiento firme que se ejecuta no puede ser desconocido ni modificado en ejecución de sentencia y que admitir lo postulado por el INSS implicaría contravenir lo ejecutoriado.

3.- El recurso del INSS se articula en dos motivos distintos. En el primero se denuncia infracción de diversos preceptos reglamentarios (artículo 6 RD 1300/1995, artículos 4 y 13.2 de la OM de 18 de enero de 1996 que desarrolla el anterior Real Decreto, artículo 23. A) del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre) en relación al

artículo 141 LGSS y artículo 41 CE y solicita que se declare el derecho a que en ejecución de sentencia se pueda descontar de una pensión de invalidez permanente allí establecida las cantidades correspondientes al tiempo en que el actor ha permanecido de alta en el RETA en actividad incompatible con la declaración de IP. Para ello aporta de contraste la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de octubre de 2014, dictada en el Recurso 1935/2014.

El segundo motivo denuncia las mismas infracciones normativas que en el motivo anterior y, formulado con carácter subsidiario, se refiere a que, de ser posible el descuento de los períodos que el actor estuvo de alta en el RETA, se establezca como fecha de efectos finales del descuento el de la presentación de la demanda reclamando la incapacidad. Para tal motivo aporta como referencial la sentencia dictada por esta Sala de fecha 5 de diciembre de 2007 (rcud. 5073/2006).

SEGUNDO.-1.- La sentencia aportada como referencial para el primer motivo del recurso contempla un supuesto en el que por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, revocando la sentencia de instancia, se declaró a la actora en situación de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual con derecho a la correspondiente pensión y efectos económicos desde el 27 de enero de 2010. La actora estaba de alta en el RETA y el INSS se opuso a la ejecución -solicitada por la actora- alegando que su situación era incompatible y que tenía que descontarse el período de alta en el RETA. La sentencia referencial estima el recurso del INSS porque el principio de que la ejecución debe llevarse a efecto en los propios términos del título ejecutivo no puede impedir un supuesto obstativo a dicho principio como es el ejercicio de una actividad profesional durante el período en el que se percibe una prestación de incapacidad permanente.

2.- Tal como interesa el Ministerio Fiscal en su informe, se aprecia la existencia de contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS pues los hechos de las sentencias comparadas son sustancialmente idénticos, al igual que los fundamentos y las pretensiones; resultando evidente que los pronunciamientos son radicalmente contradictorios pues mientras en la sentencia recurrida se desestima la oposición

formulada por el INSS y se permite la ejecución solicitada condenando a la entidad gestora al abono de la prestación tal como consta en el título ejecutivo; la sentencia de contraste impide que pueda proseguirse con la ejecución contra la citada entidad gestora al admitir la oposición de la misma y considerar que no procede el pago de la prestación mientras la actora estuvo del alta en el RETA.

TERCERO.- 1.- La cuestión discutida ya ha sido examinada por la Sala. En efecto, en nuestra STS de 18 de septiembre de 2013, rcud. 3101/2012, analizando un supuesto que guarda evidentes similitudes con el que aquí examinamos ya establecimos que, estimado el recurso y reconocida por la sala de suplicación la Incapacidad permanente total con fecha de efectos la del dictamen-propuesta, la sentencia no fue recurrida ni por el INSS ni por la demandante, deviniendo firme, y por ende, consentido por ambas partes, tanto el grado de incapacidad declarado como la fecha de efectos de la misma. Estando así las cosas, no es hasta el momento en el que la demandante pidió la ejecución de la sentencia, cuando el INSS alegó que la demandante permaneció en activo. Esta extemporánea alegación no puede impedir, no constando que se haya producido ninguna decisión judicial o administrativa previa sobre compatibilidad o incompatibilidad, que se proceda a la ejecución de la sentencia que reconoció a la demandante el derecho a percibir la pensión por Incapacidad Permanente Total. Tal decisión se apoyó en nuestras decisiones contenidas en las siguientes sentencias:

a) Las SSTS de 16 de mayo de 2007, rcud. 989/2006, de 30 de enero de 2003, rcud 2064/2002 y de 8 de marzo de 2002, rcud. 1556/01 establecieron que: por imperativo de lo establecido en los artículos 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 239.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (en la actualidad: artículo 241.1 LRJS), las sentencias firmes se ejecutarán en sus propios términos, lo que impide su rectificación, aunque sean erróneas o contrarias a las normas legales salvo por el cauce de la interposición de los pertinentes recursos que contra las mismas se puedan entablar. Por lo que si la parte perjudicada las acepta al no formular recursos y adquieren firmeza, no puede pretender que en la ejecución de sentencia se rectifiquen esos errores que se han producido, pues además, la inmutabilidad de las sentencias firmes integra el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de modo que, si el órgano judicial

modifica la parte dispositiva de una sentencia fuera del cauce del correspondiente recurso, vulneraría ese derecho fundamental del justiciable, como pone de relieve la STC 106/1999, de 14 de junio.

b) La STS de 10 de julio de 1995, rcud. 578/1995 razonaba que resulta evidente la razón de que en trámite de ejecución de sentencia no pueden ni deben plantearse aquellas cuestiones nuevas, susceptibles de alterar los términos del fallo judicial en trance de ejecución, que pudieron y debieron ser alegadas y discutidas en la fase cognición del juicio. Si, efectivamente, el trabajador declarado en situación de Invalidez Permanente Total se mantuvo, durante la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, en el desempeño de su profesión habitual y, por tal razón, percibió salarios durante el período al que, luego, se retrotrae la declaración de invalidez, ello, podrá ser objeto del pertinente reintegro a favor de la Entidad Gestora o Servicio Común de la Seguridad Social, pero no puede incidir en la ejecución de la sentencia de Invalidez Permanente obtenida, la que ha de cumplirse en sus propios términos, según previene el artículo 18-2 LOPJ.

c) La STS de 11 de julio de 1996, rcud. 4067/1995 , recordó que si el fallo de la sentencia que se trataba de ejecutar establecía que el actor debía percibir la pensión desde una determinada fecha, la resolución recurrida, dictada en ejecución de la sentencia estaba vinculada por dicho pronunciamiento, que no podía variarse en ejecución para establecer que el abono solo se producía desde una fecha posterior a dichos efectos económicos de la prestación, pues estaba claro, sin necesidad de mayores argumentaciones, que de esta forma se contravenía lo ejecutoriado para el período decidido por la sentencia.

2.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que examinamos determina la desestimación de este primer motivo del recurso ya que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida cuya fundamentación y parte dispositiva resultan plenamente ajustadas a derecho. Así, establecidas por sentencia firme tanto la declaración de la situación invalidante como el derecho al percibo de la correspondiente pensión, sin que por el organismo recurrente se alegase, durante la tramitación del

proceso, ninguna circunstancia impeditiva o condicionante de tales declaraciones, éstas constituyeron el título ejecutivo que resulta inmodificable una vez firme y que, como ordena el artículo 241.1 LRJS, debe llevarse a cabo en los propios términos establecidos en el mismo. Resulta, por tanto, acertada la decisión del órgano judicial de instancia, ratificada en suplicación por la sentencia aquí recurrida, conforme a la cual debía procederse a la ejecución de la sentencia sin que fueran admisibles las solicitudes del INSS relativas a la oposición a tal ejecución.

CUARTO.- 1.- Tal como se anticipó, la recurrente, para su segundo motivo, aporta como contradictoria la sentencia dictada por esta Sala de fecha 5 de diciembre de 2007 (rcud. 5073/2006). El mismo consiste "en determinar también si, admitido que en ejecución de sentencia cabe descontar de una invalidez permanente reconocida las cantidades que se corresponden con los períodos en los que el actor ha permanecido de alta en el RETA, concretando si ese descuento procede efectuarlo hasta la presentación de la demanda". Así formulado el recurso difícilmente podría estimarse por cuanto, tal como se expuso en los fundamentos anteriores, el contenido del título ejecutivo debe llevarse a cabo en los términos establecidos en el mismo por lo que no caben minoraciones ni descuentos respecto de lo allí establecido; sin perjuicio de que, eventualmente, se pudieran delimitar los márgenes temporales a que se contrae el propio título que se ejecuta. En todo caso, la Sala no puede examinar el motivo porque, como se deduce de lo actuado en instancia y en suplicación, el ahora recurrente en casación unificadora, en ningún momento anterior a este recurso formuló la cuestión relativa a la fecha en la que pudieran efectuarse los descuentos que pretende realizar respecto del ámbito temporal de la invalidez reconocida. Se trata, por tanto, de una cuestión nueva que aparece por primera vez en este recurso.

Y recordemos que la Sala ha venido señalando reiteradamente (STS nº 251/2016, de 30 de marzo, entre otras) que la doctrina sobre la inadmisibilidad de cuestiones nuevas en todo tipo de recursos tiene su fundamento en el principio de justicia rogada (artículo 216 LEC), en la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y en el derecho de defensa que deriva del artículo 24 CE. En efecto: si conforme a aquel principio -justicia rogada- el órgano judicial sólo puede conocer de las

pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar desde los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas y delimitadas, sin que quepa posibilidad de modificarlas sustancialmente ni de añadir ninguna otra cuestión distinta; además, si conforme a aquella naturaleza extraordinaria del recurso de casación para la unificación de la doctrina, el objeto de la casación es revisar los posibles errores de enjuiciamiento de la sentencia recurrida, mal puede atenderse a tal finalidad sometiendo a revisión aquello que no pudo haber sido enjuiciado -en tanto que no planteado- por la decisión recurrida; y si, conforme al referido derecho fundamental de defensa, la tutela judicial impone audiencia bilateral y congruencia, las mismas claramente quedan impedidas al suscitarse en trámite de recurso pretensiones novedosas frente a las que ya no cabe articular defensa probatoria y se dificulta sustancialmente la propia argumentación (Entre otras: SSTS de 21 de mayo de 2015, rec. 257/14 y de 25 de mayo de 2015, rcud. 2150/14).

2.- Lo expuesto comporta la desestimación del motivo y con él, la del recurso, tal como interesa el Ministerio Fiscal en su informe, sin que proceda efectuar declaración sobre imposición de costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social. 2.- Confirmar la sentencia dictada el 7 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 1538/2015, que resolvió el formulado contra el auto del Juzgado de lo Social núm. 3 de Valencia, de fecha 13 de enero de 2015, recaído en la Ejecución 93/2014, seguidos a instancia de D. Constantino, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre Ejecución de Títulos Judiciales. 3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 11 de marzo de 2015 el Juzgado de lo Social número 3 de Donostia-San Sebastián dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por D. Jacobo contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, y DECLARAR que el demandante se encuentra afecto de una incapacidad permanente ABSOLUTA por enfermedad común, DEBIENDO de estar y pasar las partes por dicha declaración, condenando al INSS a que proceda a abonar al demandante una prestación económica consistente en el 100% de la base reguladora de 1.588,35 euros, catorce veces al año, con efectos desde el día 10 de abril de 2014, más revalorizaciones legales correspondientes, debiendo de abonar además una sanción pecuniaria de 1000 euros, así como al abono de los honorarios de la asistencia jurídica de la parte actora».

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina: "PRIMERO: Que D. Jacobo nació el día NUM000 de 1954, y ha venido trabajando como albañil, habiendo figurado como tal afiliado en el Régimen General de la Seguridad Social.

SEGUNDO. Que mediante resolución dictada por el INSS el día 28 de abril de 2014, se reconocía al Sr. Jacobo afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, con derecho al percibo de una prestación del 75% de la base reguladora de 1.588,35 euros, 14 veces al año, con efectos desde el día 10 de abril de 2016.

TERCERO. Que el estado físico y psíquico que presenta el actor en la actualidad es el siguiente: CARDIOPATIA ISQUÉMICA NOV-2013. SCACESTE-IAM ANTERIOR EXTENSO. FIBRINOLISIS SIN CRITERIOS DE REPERFUSION. EAC MONOVASO 100% DA PROXIMAL. FE 40%. ACTP+STENT. ESTUDIO PERFUSIÓN DIC-2013 CON CONGESTIÓN PULMONAR AL ESFUERZO (DERRAME PLEURAL) Y NECROSIS ANTEROLATERAL, APICAL Y SEPTAL DEL 29%, ISQUEMIA 10%, PSAP 45 MMHG, FE ISOTÓPICA 32%.

CUARTO. Que las limitaciones funcionales y orgánicas que restan en la actualidad al actor son las siguientes: PRESENTA DISNEA A PEQUEÑOS ESFUERZOS, CON UNA FE DEL 40% Y UNA SITUACIÓN DE III/IV DE LA NYHA. LIMITADO PARA REALIZAR CON EL MÍNIMO DE RENDIMIENTO, EFICACIA O SEGURIDAD EXIGIBLES EN EL ACTUAL MERCADO LABORAL, LAS TAREAS PROPIAS DE CUALQUIER TIPO DE PROFESIÓN POR MUY SENCILLAS, LIVIANAS O SEDENTARIAS, Y DE POCO REQUERIMIENTO FÍSICO O INTELECTUAL QUE ÉSTAS PUDIEREN RESULTAR.

QUINTO. Que la base reguladora a considerar es la calculada por el INSS en la suma de 1.588,35 euros, con efectos desde el día 10 de abril de 2014.

SEXTO. Que la parte actora interpuso una reclamación administrativa previa contra la resolución dictada por el INSS, que fue desestimada.»

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sentencia con fecha 15 de septiembre de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia de 11 de Marzo de 2015 del Juzgado de lo social nº 3 de Donostia, en autos nº 420/14, confirmando la misma en su integridad.»

CUARTO.- La letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social mediante escrito presentado el 29 de octubre de 2015 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30/04/1998 (R. 157/98) y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 10/06/92 (R. 362/92). SEGUNDO.- Se alega la infracción por aplicación indebida del art. 97.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

QUINTO. - Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia del recurso. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 1 de junio de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El trabajador, que venía prestando servicios como albañil, fue declarado afecto de incapacidad permanente total para su profesión en resolución del INSS de 28-4-2014. El Juzgado de lo Social estimó la demanda del beneficiario elevando el grado de incapacidad permanente al de absoluta añadiendo la sanción pecuniaria de 1.000 € y el abono de los honorarios de letrado de la parte actora en concepto de temeridad y mala fe, resolución que fue confirmada en suplicación. La sentencia recurrida razona que se ha forzado al actor a judicializar su pretensión desde el momento que en la vía administrativa el INSS ha dictado resolución asumiendo la propuesta del EVI, contradiciendo los razonamientos de dicho equipo si bien es ésta una apreciación errónea de la sentencia y en el acto del juicio no se opuso una sola razón contra la pretensión de declaración de incapacidad permanente absoluta.

Recorre el INSS en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencias de contraste las dictadas el 30-4-1998 por el TSJ de Navarra y el 10-6-1991

por el TSJ de Castilla-La Mancha en relación a dos diferentes motivos, el relativo a la imposición de la multa apreciando temeridad y mala fe y el referido al pago de honorarios de letrado.

SEGUNDO.- La sentencia designada como contradictoria para el primer motivo niega la existencia de mala fe o temeridad en el hecho de no haber computado el INSS unas cotizaciones que habrían elevado el porcentaje de la pensión de jubilación del actor del 79,12% al 88%, porcentaje este último reconocido por la sentencia de instancia. En suplicación se razona que la entidad gestora utilizó los resortes o instrumentos procesales que la ley pone a su disposición para tratar de contrarrestar la posición del demandante, al margen de la mayor o menor consistencia jurídica de la oposición intentada en el proceso, sin que la existencia de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo contraria a la tesis defendida por la demandada permita tildar de temeraria su actitud en el proceso pues ello vendría a excluir "ad futurum" la facultad que a los órganos judiciales asiste para poder modificar el criterio que vinieren sosteniendo con anterioridad respecto a un tema concreto.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 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" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6

de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010).

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 (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, 1622/2011 y 24 de enero de 2012 R. 2094/2011).

Entre ambas resoluciones no cabe establecer la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la LJS, ya que ni los supuestos de hecho presentan una igualdad sustancial entre sí ni tampoco se advierte en la valoración de la intensidad de la conducta al originarse en distinto sustrato fáctico respecto a lo resuelto en vía administrativa.

La apreciación en el trámite de dictar sentencia de una causa de inadmisión del motivo determina una desestimación, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal.

TERCERO.- En el segundo motivo, la sentencia dictada el 10-6-1992 por el TSJ de Castilla-La Mancha revoca la sentencia que había impuesto al INSS y la TGSS una multa de 100.000.- Ptas. por temeridad y el pago de los honorarios de letrado. La cuestión debatida se refería a la revisión de oficio de una pensión de orfandad.

Acerca del pago de honorarios, la sentencia niega la aplicación del artículo 97.3 de la LPL a supuestos no contemplados en el mismo al hacer la norma expresa referencia al empresario por no gozar éste del beneficio de justicia gratuita, llevando a

una conclusión negativa la aplicación del artículo 38.2 de la LGSS y el artículo 232 de la LPL.

Entre ambas resoluciones cabe apreciar la necesaria contradicción ya que la cuestión que se debe resolver es la estrictamente procesal sin que sea de utilidad comparar la intensidad del comportamiento de la entidad gestora en relación a su actuación tanto procesal como decisoria en la vía administrativa.

CUARTO.- Alega la recurrente la infracción del artículo 97.3 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, de la LRJS.

La cuestión planteada ha sido reiteradamente resuelta en resoluciones de esta Sala tanto al amparo de la anterior Ley de Procedimiento Laboral, como de la vigente Ley de la Jurisdicción social a partir de la STS de 25-9-1993 (Rcud. 1859/1992), cuya fundamentación se pronuncia en los siguientes términos:

«CUARTO.- No cabe duda que el Instituto Nacional de la Seguridad Social, como todas las Entidades Gestoras del sistema público de la misma, gozan del beneficio de justicia gratuita, pero esta circunstancia por sí sola y con carácter general no les excluye de una posible condena en costas. El artículo 47 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable por imperio de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley de Procedimiento Laboral, dice que "los que tengan derecho a litigar gratuitamente por declaración legal estarán obligados a pagar las costas causadas en su defensa y las de la parte contraria, si fueran condenados en costas". Lo que acontece es que el artículo 232.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, que impone la condena en costas de la parte vencida en el recurso de suplicación o en el de casación, excluye de dicha condena al vencido que goce del beneficio de justicia gratuita. De donde ha de seguirse que, efectivamente, aplicando, sin más la teoría del vencimiento no puede condenarse en costas a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social que vean desestimadas totalmente los recursos de suplicación o de casación que interponen. Por otra parte, también es verdad que tal como está redactado el precepto que comentamos, los honorarios del Letrado de la parte recurrida han de ser considerados como una parte

integrante de las costas y, por tanto, no cabe excluirlos para darles un tratamiento diferenciado, lo que iría en contra del claro sentido propio de las palabras (artículo 3.1 del Código Civil). 2.- Pero de lo expuesto no puede seguirse, sin más, que quede excluida, en absoluto, la posibilidad de condenar en costas a los litigantes que gocen del beneficio legal de justicia gratuita y, concretamente, de que sean obligados a satisfacer los honorarios del Abogado que hubiese asistido, necesariamente, a la contraparte. El artículo 97.3 de la Ley de Procedimiento Laboral establece que, en la instancia, la sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con notoria temeridad, además de la sanción pecuniaria a que se refiere, y cuando fuera empresario, el pago de los honorarios de los Abogados; y el artículo 201.2 de la misma ley, referido al recurso de suplicación, se ocupa de tal supuesto, imponiendo a la Sala el deber de pronunciarse al respecto. Lo que pone de manifiesto -y aunque los preceptos citados no se refieren expresamente al litigante que goza del beneficio de justicia gratuita- que exista la posibilidad, como no podía ser menos, de que el Juzgador, en cualquiera de sus grados, pueda apreciar la mala fe o temeridad notoria de alguno de los litigantes, en cuyo caso, la interpretación armónica y equitativa de todos los preceptos citados (artículo 3. número 1 y 2 del Código Civil) ha de llevar a la conclusión de que es posible la condena en costas de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y, en consecuencia, al pago de los honorarios de la parte recurrida en los recursos de suplicación y casación, pero solo cuando la sentencia motivadamente, aprecie y así lo declare la mala fe o notoria temeridad en la conducta procesal del Organismo de que se trata. STS 5/12/2000 rcud. 4423/1999. No cabe imponer las costas procesales por el mero criterio de vencimiento a las entidades gestoras, que tienen beneficio de justicia gratuita, reiterando así doctrina.».

A idéntica solución han llegado las SSTS de 5-12-2000 (Rcud. 4423/1999), 25-10-1999 (Rcud. 3510/1998), vigente la LPL y posteriormente 20-11-2014 (Rcud. 2719/2013) y de 17-2- 2015 (Rcud. 1631/2014) vigente la LJS.

Debido a la sustancial igualdad de las cuestiones debatidas la doctrina de mérito es de aplicación por razones de homogeneidad y seguridad jurídicas al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación por lo que procede la desestimación del

recurso de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 15 de septiembre de 2015 dictada en el recurso de suplicación número 1282/15. Sin que haya lugar a la imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 1 de septiembre de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Desestimo las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de extemporaneidad de la reclamación previa.- Estimo la demanda presentada por MUTUAL MIDAT CICLOPS MATEPSS nº 1, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y declaro que la entidad responsable del pago de la pensión de viudedad reconocida a D^a Felicísima corresponde al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y, en ese sentido, condeno a dicha entidad y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, a estar y pasar por esta declaración y con absolución a D^a Felicísima y a la SOC. ESP. LÁMPARAS ELÉCTRICAS.>>.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << 1º.- En fecha de 23/3/1995 se dictó resolución por el INSS que reconocía a D. Leoncio la situación de Incapacidad Permanente Absoluta, derivada de enfermedad profesional, con derecho a una pensión del 100 % de la base reguladora de 128.800 €, con efectos del día 21/10/1994, y de cuyo pago era responsable el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.- 2º.- En fecha de 10/4/2006 se dictó resolución por el INSS, en la que se reconocía a D^a Felicísima, viuda de D. Leoncio , la pensión de viudedad derivada de enfermedad profesional, con efectos del día 1/4/2006, de acuerdo con una base reguladora de 774,10 euros mensuales.- 3º.- En fecha de 13/7/2009, la entidad gestora demandada envió sendos oficios a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a MUTUAL MIDAT CICLOPS MATEPSS nº 1. En el que se dirige a la TGSS se dice, textualmente, lo siguiente: De conformidad con lo que dispone la resolución de 16 de febrero de 2007, les remitimos, adjunto, el certificado capital coste de la pensión que corresponde al expediente cuyos datos se indican que en reconocimiento inicial se había imputado la responsabilidad al INSS. En el que se dirige a la mutua se dice lo siguiente: En aplicación de la orden TASS 4054/2007 y la resolución de 16 de febrero de 2007, y comprobando que se produjo un error en el reconocimiento de la pensión de viudedad al asumir el pago de dicha pensión el INSS, siendo responsable de dicho abono la Mutua, acompañamos la documentación necesaria par que procedan a constituir el capital coste correspondiente a dicha prestación..- 4º.- La mutua demandante ingresó el capital coste de la pensión de viudedad, en fecha de 30/12/2009, por un importe total de 102.196,58 euros.- 5º.- En fecha de 24/7/2013, MUTUAL MIDAT CICLOPS MATEPSS nº 1 presentó escrito que calificaba de reclamación previa, cuyo contenido se da por reproducido y, en fecha de 30/7/2013, la entidad gestora dicta resolución que desestima la reclamación previa por ser extemporánea, si bien se señala que la responsabilidad del pago de la pensión correspondía a la misma entidad que hubiese sido responsable de la prestación de incapacidad>>.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con

fecha 15 de mayo de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Barcelona de fecha 1 de septiembre de 2.014 , dictada en los autos nº 745/2013, confirmamos la resolución recurrida en todos sus pronunciamientos>>.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de fecha 12 de noviembre de 2013 , así como la infracción de lo establecido en el art. 71 LRJS y art. 71 del Texto refundido de la LPL , en relación con lo dispuesto en los arts. 56 , 57 y 62 y disposición adicional 6ª de la Ley 30/1992.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 4 de febrero de 2016, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 15 de diciembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social en las que se reconocen prestaciones derivadas de enfermedad profesional y se declara responsable de su abono a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales son susceptibles de impugnación y revisión en vía judicial, una vez que aquéllas han adquirido firmeza administrativa por

no haber sido recurridas en tiempo y forma y por haber sido ya asumidas las prestaciones al constituirse entonces por la Mutua el correspondiente capital coste en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Es sabido que la descrita en el párrafo anterior no es una cuestión nueva, sino que la doctrina en este tema ha sido reiteradamente unificada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en múltiples y reiteradas decisiones. Esa doctrina se contiene en las dos primeras sentencias de Pleno de 15 de junio de 2015 (RR. 2648 y 2766/14), seguidas por otras muchas, como las de 20-10-2015 (R. 3927/14), 15-12-2015 [2] (RR. 288 y 291/15), 16-12-2015 (R. 441/15) y 2-3-2016 [2] (RR. 1448/15 y 2029/15) y la nº 279/2016, de 7 de abril de 2.016 (recurso 27/2015). En el presente recurso nos vamos a remitir por razones de seguridad jurídica (artículos 9.3 y 24 CE) a esa doctrina.

SEGUNDO.- En este caso la sentencia que recurre el INSS en casación para la unificación de doctrina es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 15 de mayo de 2015, en la que se trataba de un trabajador que estuvo afiliado al Régimen General de la Seguridad Social al que se le reconoció en fecha 23 de marzo de 1995 una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional. Fallecido el causante y solicitadas por la viuda las correspondientes prestaciones derivadas de esa contingencia, le fueron concedidas por resolución del INSS de fecha 10 de abril de 2006 sobre la base reguladora de 774, 10 euros mensuales, imputándose por resolución de esa Entidad 13 de julio de 2009 la responsabilidad de las prestaciones a la Mutua Midat Cyclops, la que procedió a ingresar en la TGSS el correspondiente capital coste por importe de 102.196,58 euros, sin recurrir dicha resolución.

Posteriormente, el 24 de julio de 2.013, la Mutua solicitó por escrito ante el INSS que se le excluyese de esa responsabilidad en el pago de las prestaciones, lo que fue denegado por dicha Gestora en resolución de 30 de julio de ese mismo año. Agotada la vía previa y planteada demanda, el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona 6 de Barcelona desestimó la demanda de la Mutua por entender que dicha responsabilidad debía recaer en el INSS y no en la Mutua demandante.

En suplicación, la sentencia hoy recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 15 de mayo de 2015 , desestimó el recurso interpuesto por el INSS confirmado la resolución recurrida, en el sentido de atribuir al mismo la responsabilidad derivada de las referidas prestaciones causadas por enfermedad en favor de la viuda del trabajador fallecido.

TERCERO.- Recurre ahora el INSS la referida sentencia denunciando como infringido el artículo 71 de la LRJS y la indebida aplicación del art. 43.1 LGSS, proponiendo como sentencia de contraste, al igual que en otros muchos recursos anteriores resueltos en las sentencias de ésta Sala a las que nos hemos referido antes, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja de 12 de noviembre de 2013 (R. 200/13).

Como ya hemos dicho en aquellas sentencia anteriores, entre la resolución recurrida y la invocada como referencial se produce la contradicción que exige el artículo 219 LGSS porque en ambas sentencias se parte de hechos sustancialmente iguales, de prestaciones derivadas de enfermedad profesional en las que se imputó por el INSS la responsabilidad de la constitución de capital coste para hacer frente a las mismas a las Mutuas correspondientes, que inicialmente y en ambos caso se aquietaron y cumplieron el contenido económico de la resolución del INSS, aunque varios años después pidieron la revisión de tal imputación de responsabilidad por entender que no resultaba exigible esa obligación en orden al pago de tales prestaciones, a lo que se ha dado respuesta opuesta en cada una de dichas sentencias, pues en la recurrida, como se ha visto, se atribuyó la responsabilidad casi en su totalidad al INSS y en la de contraste se obtuvo la solución contraria, aplicándose en ambos casos los preceptos que hoy se denuncian en el recurso como infringidos.

CUARTO.- Tal y como hemos anticipado, la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste, como hemos dicho en aquellas sentencias de ésta Sala que antes se han descrito.

Para mayor detalle en la exposición nos remitimos a los razonamientos que in extenso se contienen en las dos sentencias dictadas por el pleno de la Sala de 15 de junio de 2015 (RR. 2648 y 2766/14), que no tiene sentido volver a reproducir aquí de manera literal porque han sido seguidas por otras muchas decisiones idénticas de la Sala, y que ahora resumimos en los siguientes términos:

a) El defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, por inobservancia del plazo de treinta días que establece el art. 71.2. 71.2 LRJS no afecta al derecho material controvertido y no supone prescripción alguna, sino que únicamente comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, por lo que tal defecto no resulta obstáculo para el nuevo ejercicio de la acción, siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de las referidas prescripción o caducidad.

b) El referido art. 71.4 LRJS significa una excepción al régimen común administrativo, en el que se dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido cuando no se recurre en tiempo y forma, o por ser reproducción de otro consentido, excepción que se refiere únicamente al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social y a sus beneficiarios, únicos destinatarios implícitos de tal beneficio, y en modo alguno extensible a las Entidades colaboradoras que incluso se contemplan -apartado 3 del precepto- como sujetos pasivos de la reclamación previa.

c) Las expresiones utilizadas por la norma «materia de prestaciones», «alta médica», «solicitud inicial del interesado», «reconocimiento inicial», «modificación de un acto o derecho» y -sobre todo- «en tanto no haya prescrito el derecho», resultan del todo ajenas a la reclamación efectuada por la Mutua frente al INSS, mucho después de dictada la resolución, pretendiendo que se deje sin efecto no los términos de la «prestación», sino la imputación de su responsabilidad, y que con su consentimiento había adquirido firmeza.

d) Finalmente, tampoco cabe argumentar la literalidad de la DA Sexta LRJAP /PAC [«La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo en los

términos previstos en el artículo 2º ... de la Ley de Procedimiento Laboral ... se regirán por lo dispuesto en dicha Ley»], para extender un comprensible privilegio procesal de los beneficiarios a quien no disfruta de tal cualidad. De un lado, porque la referida DA nada añade a la cuestión, puesto que no comporta interpretación alguna del art. 71 LRJS , que es de lo que aquí se trata; y de otra parte, sobre una eventual desigualdad en el trato o en la interpretación de la misma norma, que en materia de igualdad son criterios básicos: 1) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; 2) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas; 3) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y 4) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (entre las más recientes, SSTC 63/2011, de 16/Mayo, FJ 3; 117/2011, de 4/Julio, FJ 4; 79/2011, de 6/Junio, FJ 3; - Pleno- 41/2013, de 14/Febrero, FJ 6;- Pleno- 61/2013)".

QUINTO.- Por lo razonado anteriormente, es manifiesto que la buena doctrina se contiene en la sentencia de contraste y que la recurrida infringió en la forma descrita los preceptos que se denuncian en el recurso, que por ello habrá de estimarse, lo que determina la necesidad, conforme solicita el Ministerio Fiscal en su informe, de casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando el de tal clase interpuesto en su día por el INSS, desestimando la demanda interpuesta en su día por Mutual Midat Cyclops, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, 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 el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de fecha 15 de mayo de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 1322/2015, formulado frente a la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2014, dictada en autos 745/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, seguidos a instancia de Mutual Midat Cyclops frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, D^a Felicísima y Soc. Esp. Lámparas Eléctricas sobre pensión de viudedad. 2º) Casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el mismo planteado en su día por el INSS y en consecuencia desestimar la demanda. 3º) Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 7 de noviembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO la DEMANDA interpuesta por la Mutua MUTUALIA contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra el Sr. Edelmiro y contra la empresa CAF S.A. declarando la responsabilidad del pago del INSS exclusivamente de la pensión de incapacidad permanente absoluta reconocida en su día al Sr. Edelmiro, debiendo estar y pasar las partes por esta declaración, condenando a las entidades gestoras a que procedan a

reintegrar a la Mutua MUTUALIA el importe ingresado por esta entidad por el capital coste de renta en la cuantía de 407.471,39 euros.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1º.- Que D. Edelmiro, nacido el NUM000 de 1942, vino prestando servicios para la empresa CAF S.A. desde el día 25 de julio de 1967 hasta el día 8 de junio de 2007, teniendo dicha empresa protegida con la Mutua la cobertura de las contingencias profesionales únicamente para las prestaciones de invalidez, muerte y supervivencia por la contingencia de accidente de trabajo, siendo la empresa auto aseguradora de la Incapacidad temporal por contingencias profesionales.

2º.- Que el día 10 de marzo de 2010 se dictó resolución por el INSS por la que se reconocía al Sr. Edelmiro afecto de una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional al sufrir un mesotelioma maligno, por haber estado expuesto al amianto cuando trabajaba para la empresa CAF S.A. con derecho al percibo de una prestación económica consistente en el 100% de la base reguladora de 3.198 euros, doce veces al año, con efectos desde el día 25 de enero de 2010, declarando la responsabilidad del pago a la Mutua MUTUALIA.

3º.- Que por resolución de la TGSS, se acordó requerir a la Mutua Mutualia el pago del importe del capital coste de renta de la pensión por incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional reconocida al Sr. Edelmiro por importe de 407.471,39 euros, que fue objeto de ingreso por MUTUALIA el día 25 de enero de 2010 a favor de la TGSS.

4º.- Que el INSS mediante resolución de fecha 12 de noviembre de 2013, acordó desestimar la reclamación administrativa previa interpuesta el día 3 de octubre de 2013 por MUTUALIA frente a la resolución dictada en el expediente NUM001 por la que se establecía la responsabilidad de la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y que en consecuencia se procediere a exonerar a la Mutua

de toda responsabilidad, y que se acordase por parte de la TGSS a la devolución del capital coste de renta ingresado por la Mutua por importe de 400.698,31 euros.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 10 de marzo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimamos en parte el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSS, frente a la Sentencia de 7 de Noviembre de 2014, del Juzgado de lo Social nº 3 de Donostia, en autos nº 1202/13, revocando la misma en el sentido de que los efectos declarados en la sentencia han de retrotraerse a la fecha de 3 de julio de 2013, confirmando el resto de pronunciamientos.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, las respectivas representaciones del INSS, la TGSS y Mutua Mutualia interpusieron los recursos de casación para la unificación de doctrina, que se formalizaron mediante escritos fundados en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de la Rioja de fecha 12 de noviembre de 2013 (rec. suplicación 200/13) alegada en el recurso del INSS y la TGSS, y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 16 de diciembre de 2014, (rec. suplicación 2233/14) alegada en el escrito de Mutua Mutualia.

QUINTO.- Se admitieron a trámite ambos recursos, y tras ser impugnados por las partes recurridas, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar que el recurso del INSS y la TGSS debe ser declarado procedente, y el recurso formulado por Mutua Mutualia debe ser desestimado. Se señaló para la votación y fallo el día 21 de diciembre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1- El Juzgado de lo Social número 3 de Donostia-San Sebastián dictó sentencia el 7 de noviembre de 2014, autos número 1202/2013, por la que estimando la demanda formulada por MUTUA MUTUALIA, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, D. Edelmiro, y la empresa CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES "CAF", declara la responsabilidad del pago del INSS exclusivamente de la pensión de incapacidad permanente absoluta reconocida en su día a D. Edelmiro, debiendo estar y pasar las partes por esta declaración, condenando a las Entidades Gestoras a que procedan a reintegrar a la Mutua MUTUALIA el importe ingresado por esta entidad por el capital coste de renta en la cuantía de 407.471, 39 euros.

Consta en dicha sentencia, que el beneficiario de la pensión prestó servicios para CAF SA, desde el año 1967 hasta el 8 de junio de 2007, época en que MUTUALIA cubría las contingencias profesionales. El 10 de marzo de 2010 el trabajador fue declarado por el INSS en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional por mesotelioma maligno, procediendo la Mutua a requerimiento del INSS a constituir el correspondiente capital coste de la pensión. El 3 de octubre de 2013 MUTUALIA formuló reclamación al INSS interesando que se le exonerase de responsabilidad en el pago de la pensión y se procediera a la devolución del capital coste ingresado en su día.

2.- Recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS, la sentencia recurrida, dictada por el TSJ País Vasco de 10 de marzo de 2015 (rec. 196/2015), argumenta que no es exigible responsabilidad a la Mutua tras la entrada en vigor de la Ley 51/2007 en cuanto a prestaciones de incapacidad permanente por enfermedad profesional declaradas con posterioridad al 1 de enero de 2008, pero contraída en periodos en los que la cobertura de esta situación incapacitante correspondía exclusivamente al INSS y la TGSS. No obstante la sentencia estima la pretensión subsidiaria y declara que los efectos económicos de la devolución serán de tres meses anteriores a la solicitud de la Mutua, por aplicación del art. 43.1 párrafo segundo de la LGSS, confirmando el resto de pronunciamientos.

3. -Contra dicha sentencia recurren en casación para la unificación de doctrina, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, articulando dos motivos de censura jurídica en los que denuncia la infracción del art. 43 LGSS por aplicación indebida, el art.9.3 de la Constitución Española en cuanto que establece el principio de seguridad jurídica, el art. 71 de la LRJS, y art. 71 de la derogada LPL, en relación con los arts. 56 y 57 de la L 30/1992 de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas en relación con el art.106 del mismo cuerpo legal , así como la doctrina del Tribunal Constitucional expresada entre otras en la STC 40/2014 de 11 de marzo .

Se plantea la cuestión relativa a si las resoluciones del INSS reconociendo unas prestaciones por enfermedad profesional y declarando responsable de su abono una Mutua, son susceptibles de impugnación y revisión en vía judicial una vez que aquellas han adquirido firmeza administrativa por no haber sido recurridas en tiempo y forma. y que no procede la devolución del capital coste, puesto que la cuestión que se formula es si una vez determinado mediante resolución administrativa firme la responsabilidad de una mutua en el pago de la prestación ya ingresado el capital coste se puede solicitar el reintegro o rescate del capital coste en supuestos como los contemplados en los números 1 y 2 del artículo 71 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, es decir, cuando no se produce a consecuencia de sentencia firme que anule o reduzca la responsabilidad de la Mutua o de la empresa declarada por resolución administrativa, o cuando consecuencia de revisiones por mejoría del estado invalidante profesional o de la extinción de prestaciones por muerte y supervivencia por causas distintas al fallecimiento del beneficiario o al cumplimiento del periodo o edad límite para su percepción, o si por el contrario como se establece en la sentencia recurrida es posible tal rescate.

También se interpone por la Mutua MUTUALIA recurso de casación para la unificación de doctrina, con un solo motivo en el que denuncia la infracción del art. 126.1 LGSS, en relación con el art. 68.2.a) de la misma Ley, y la incorrecta aplicación del art. 43.1 también de la citada Ley.

Se aportan como sentencias contradictorias: Por el INSS y la TGSS, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el 12 de noviembre de 2013, recurso número 200/2013. Y por Mutua Mutualia, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de diciembre de 2014 (rec. 2233/2014).

Los recursos son respectivamente impugnados por las partes, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el recurso formulado por el INSS y la TGSS ha de ser declarado procedente, y el formulado por la Mutua Mutualia ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- 1.- Procede en primer el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste invocada por el INSS y la TGSS, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el, 12 de noviembre de 2013, recurso número 200/2013, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS y de la TGSS, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de La Rioja, de fecha 25 de junio de 2013, autos 954/2012, promovidos por la Mutua de Accidentes de Trabajo IBERMUTUAMUR frente a las entidades recurrentes, Doña Adoracion y la empresa Hijos de Francisco Estancona SA, revocando la sentencia impugnada y desestimando la demanda formulada.

La sentencia entendió que, aunque en el ámbito de la seguridad social, es jurisprudencia reiterada que el transcurso del plazo establecido en el artículo 71 de la LPL sin interponer demanda (o sin que ésta siga su curso por desistimiento) no produce la caducidad del derecho sino sólo la caducidad de la instancia, que puede ser reiniciada en momento posterior (STS 03/03/1999, recurso 1130/98), sin embargo entiende la Sala que esa doctrina "en modo alguno puede universalizarse a todos los actos de la Administración Institucional de la Seguridad Social hasta el punto de reducir a la

esterilidad los plazos de impugnación jurisdiccional de tales actos" (como así indica la sentencia, citada por la recurrente, del TSJ de Aragón de 22/11/2000, recurso 910/1999), y cabe de aquella jurisprudencia deducir que la misma queda referida sustancialmente a los beneficiarios de las prestaciones y a su derecho al reconocimiento de las mismas, pero no alcanza a supuestos, como el enjuiciado, totalmente ajeno a dichos condicionantes, pues en él no se insta un reconocimiento del derecho a una prestación (o a los elementos de la misma) por su beneficiario, sino que lo pretendido es la extinción de una obligación impuesta por la resolución administrativa firme por quien además no tiene la condición de beneficiario, como es el caso de una Mutua de Accidentes, en quien, a diferencia del beneficiario, no se puede suponer o intuir que tenga dificultad en el conocimiento y defensa de sus intereses en la materia de Seguridad Social que constituye el objeto de su actividad. Por lo cual en este caso ha de concluirse que esa firmeza de la resolución administrativa despliega toda su eficacia e impide que, en cuanto acto firme y consentido y no dotado de nulidad de pleno derecho, sea dejado sin efecto mediante lo que no constituye sino una extemporánea impugnación judicial del mismo.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de demandas formuladas por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales a la que, por resolución del INSS, se le ha imputado responsabilidad en el abono de prestaciones derivadas de enfermedad profesional, sin que haya procedido a impugnar dicha resolución y procede, posteriormente, a reclamar frente a aquella resolución antes de que haya prescrito el derecho. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida estima dicha reclamación, la de contraste la desestima.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

En ambos supuestos (sentencia recurrida/sentencia de contraste), las Salas razonan sobre si puede reabrirse la vía judicial cuando existiendo una resolución del INSS que declara la responsabilidad de las Mutuas, éstas se aquietan, y sin embargo, tiempo después, se vuelve a plantear la cuestión relativa a su responsabilidad. Es cierto que en el supuesto de la sentencia recurrida la Sala fundamenta su decisión de forma elaborada en relación con lo dispuesto en la Ley 30/1992 y no así en la de contraste, pero teniendo en cuenta que la prolija argumentación de la sentencia recurrida lleva a la conclusión de la aplicación del art. 71 LRJS y por lo tanto la posibilidad de reabrir la vía administrativa, por lo que en realidad podría considerarse que existe identidad en los fundamentos de ambas sentencias.

TERCERO.- 1.- El INSS y la TGSS recurrentes alegan como infringidos por la sentencia recurrida el art.43 LGSS, art. 9.3 CE, los arts. 56, y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, art. 71.4 LRJS, en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras, en la STC 40/2014 de 11 de marzo, dictada al resolver la cuestión de inconstitucionalidad 932/2012 (BOE de 19-04-2014).

Cuestión similar a la ahora planteada ha sido resuelta por dos sentencias de esta Sala, adoptadas en Pleno, ambas de 15 de junio de 2015, correspondientes a los recursos 2648/2014 y 2766/2014.

2.- La sentencia de 15 de junio de 2015, recurso 2648/2014 contiene el siguiente razonamiento: "1.- Hemos de partir de la base de que conforme a muy pacífica - hasta la fecha- doctrina de la Sala, el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, por inobservancia del plazo de treinta días que establece el art. 71.2. 71.2 LRJS [antes, el art. 71.2 LPL], no afecta al derecho material controvertido y no supone prescripción alguna, sino que únicamente comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, por lo que tal defecto no resulta obstáculo para el nuevo ejercicio de la acción, siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de las referidas prescripción o caducidad. Así lo viene entendiendo unánimemente la doctrina jurisprudencial desde la STS 07/10/74 Ar. 3903, dictada en interés de ley, y en la que se entendió que la indicada caducidad limita

sus efectos a cerrar un procedimiento individualmente considerado y no afecta a las acciones para reivindicar los derechos de Seguridad Social objeto del expediente "caducado", que pueden promoverse de nuevo en cualquier momento siempre que la acción no haya decaído por el transcurso del tiempo, puesto que resulta inadmisibile que el incumplimiento de un plazo preprocesal puedan comportar la pérdida de acción para hacer valer un derecho sustantivo cuya prescripción se determina por años (así, entre otras muchas anteriores, 19/10/96 -rcud 3893/95-; 21/05/97 -rcud 3614/96-; 03/03/99 -rcud 1130/98-; 25/09/03 -rcud 1445/02-; y 15/10/03 -rcud 2919/02-).

Y esta doctrina -como con acierto destaca el Ministerio Fiscal en su bien argumentado informe- se ha positivizado en el art. 71.4 de la vigente LRJS , a cuyo tenor «... podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho... ».

2.- Ahora bien, en lo que ya no coincidimos con el citado Organismo público, es en su afirmación de que la claridad del precepto referido y el principio de legalidad impiden «acoger, por irrazonable, la desigualitaria interpretación ofrecida por la sentencia referencial», puesto que ni el precepto ni la jurisprudencia tradicionales, en ningún momento limitan «la posibilidad de reiniciar la reclamación previa a los beneficiarios de las prestaciones ni impide utilizar la misma a las entidades colaboradoras». Y nuestra discrepancia se sustenta en las siguientes consideraciones:

a).- En primer lugar, no ha de perderse de vista que la previsión del referido art. 71.4 LRJS significa una excepción al régimen común administrativo, en el que en aras al principio de seguridad jurídica, al interés general en juego y a la «ejecutividad» propia del acto administrativo [arts. 56 y 57 LRJAP /PAC], se dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido [al no haberse recurrido en tiempo y forma] o por ser reproducción de otro consentido [art. 28 LJCA]. Y si se exceptiona de tal consecuencia a la «materia de prestaciones de Seguridad Social», hoy en el art. 71 LRJS y antaño en nuestra más temprana jurisprudencia [desde la citada resolución en interés de Ley], muy posiblemente ello sea atribuible al presumible desvalimiento jurídico de los beneficiarios y a la consideración de que ciertos mecanismos protectores

-frente a su desconocimiento legal- no solamente no están privados de justificación, sino que incluso responden más adecuadamente al principio de irrenunciabilidad de los derechos al que en ocasiones alude el Tribunal Constitucional (así, SSTC 120/1984, de 10/Diciembre; 14/1985, de 1/Febrero; y 97/1987, de 10/Junio) y que en todo caso ha sido consagrado por nuestra más antigua doctrina. (vid., por ejemplo, las SSTS 07/05/53 Ar. 1217; 14/02/61 Ar. 1596; 04/04/61 Ar. 1419).

b).- De otra parte, una cuidada lectura del referido art. 71 LRJS nos induce a pensar que la excepción va exclusivamente referida al «reconocimiento» de las prestaciones, que era precisamente a lo que se limitaba la jurisprudencia que el precepto ha positivizado, y que la misma -la excepción- tiene por destinatario implícito al «beneficiario», no a las Entidades colaboradoras, las que incluso se contemplan - apartado 3- como sujetos pasivos de la reclamación previa. Así, las expresiones utilizadas por la norma [«materia de prestaciones»; «alta médica»; «solicitud inicial del interesado»; «reconocimiento inicial»; «modificación de un acto o derecho»; y -sobre todo- «en tanto no haya prescrito el derecho»], resultan del todo ajenas a la reclamación efectuada por la Mutua Patronal frente al INSS, casi tres años después de dictada la resolución, pretendiendo que se deje sin efecto no los términos de la «prestación», sino la imputación de su responsabilidad, y que con su consentimiento había adquirido firmeza, pero que se pretende impugnar ahora tras novedoso criterio jurisprudencial en la materia.

c).- Finalmente, tampoco cabe argumentar la literalidad de la DA Sexta LRJAP /PAC [«La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo en los términos previstos en el artículo 2º de la Ley de Procedimiento Laboral se regirán por lo dispuesto en dicha Ley»], para extender un comprensible privilegio procesal de los beneficiarios a quien no disfruta de tal cualidad. De un lado, porque la referida DA nada añade a la cuestión, puesto que no comporta interpretación alguna del art. 71 LRJS , que es de lo que aquí se trata; y de otra parte, casi parece ocioso recordar -frente al argumento del Fiscal, sobre la «desigualitaria interpretación»- que en materia de igualdad son criterios básicos: 1) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución , sino que dicha infracción la produce sólo

aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; 2) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas; 3) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y 4) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (entre las más recientes, SSTC 63/2011, de 16/Mayo, FJ 3; 117/2011, de 4/Julio, FJ 4; 79/2011, de 6/Junio, FJ 3; - Pleno- 41/2013, de 14/Febrero, FJ 6; - Pleno- 61/2013)."

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado y atendiendo a las circunstancias concretas antes expuestas, procede estimar el motivo recurso examinado ya que, como consta en el relato de hechos probados, se dictaron resoluciones por el INSS declarando la responsabilidad de Mutua MUTUALIA en el abono de las prestaciones que, por incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, le había sido reconocida a D. Edelmiro. Dado que las resoluciones administrativas en las que se declaraba la responsabilidad de la Mutua devinieron firmes, no cabe, años después de dictadas, intentar reiniciar la vía administrativa solicitando que se deje sin efecto la declaración de responsabilidad contenida en las mismas en orden al abono de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional.

CUARTO.- Respecto al Recurso formulado por la Mutua MUTUALIA, sentado lo anterior, es claro que ni tan siquiera procede -obviamente- tratar la cuestión que la Mutua suscita, la limitación temporal en el reintegro acordada por el TSJ, pues tal pretensión parte de un presupuesto -procedencia de la devolución del capital/coste- que si bien fue en día admitido por la recurrida, sin embargo es contrario a nuestra jurisprudencia y en consecuencia ha de ser rectificado, tal como el INSS solicita.

QUINTO.- Por todo lo razonado y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso formulado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, casar y anular la sentencia impugnada y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el INSS y la TGSS, revocando la sentencia de instancia y desestimando íntegramente la demanda. Se desestima el recurso interpuesto por la Mutua MUTUALIA. Sin que proceda la condena en costas, en virtud de lo establecido en el artículo 235 LRJS.

FALLO:

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia dictada el 10 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco-, en el recurso de suplicación número 196/2015 , interpuesto por el INSS y la TGSS frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Donostia-San Sebastián el 7 de noviembre de 2014 , en los autos número 1202/2013, seguidos a instancia de Mutua MUTUALIA frente a D. Edelmiro, la empresa CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES "CAF", INSS y TGSS. Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, revocar la sentencia de instancia, con desestimación de la demanda y absolución de los codemandados. Desestimar el recurso formulado por la Mutua MUTUALIA. Sin imposición de costas. Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

Así se acuerda y firma.

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 27 de septiembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda formulada por María Esther contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, debo declarar y declaro que por las dolencias que padece la parte actora se encuentra afecto/a de una incapacidad permanente TOTAL para su profesión habitual, con origen en enfermedad común, condenando a la demandada a estar y pasar por las consecuencias legales de esta declaración, teniendo derecho la parte actora a percibir la prestación económica correspondiente, siendo su base reguladora mensual la de 2.628,82 euros, (le corresponde un porcentaje del 55%) y sus efectos económicos se fijaran al momento en que se de baja en el Ayuntamiento de Benidorm, más las mejoras, pagas y revalorizaciones legales correspondientes.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- Que la actora María Esther, con DNI núm. NUM000 y afiliado en el Régimen General de la Seguridad Social con núm. NUM001 siendo su profesión habitual la de Policía Local del Ayuntamiento de Benidorm (cuestión no discutida entre las partes) .SEGUNDO.-Que se instó por la actora solicitud de expediente de declaración de Invalidez Permanente, siendo emitido informe médico de síntesis por el E.V.I. en base al siguiente diagnóstico: rizartrrosis bilateral (intervenida en Mato 2012), espondiloartrosis, discopatía cervical sin radiculopatía, síndrome de túnel carpiano bilateral, condromalacia de rodillas bilateral y meniscopatia derecha, Hallux valgus, metatarsalgia, hipertrigliceridemia, antecedente de pancreatitis y cólicos renales, con tratamiento de deficiencias más significativas y trastorno adaptativo. TERCERO.- Que con fecha del día 10/12/2012, la Dirección Provincial del INSS resolvió que se declaraba que las dolencias del actor NO alcanzaban entidad suficiente para declararle afecto de incapacidad permanente. Contra dicha Resolución fue interpuesta la oportuna

RECLAMACIÓN PREVIA, siendo desestimada por Resolución expresa del INSS de fecha de salida 25/01/13. CUARTO.-Que el actor solicita se le declare afecto a una Invalidez Permanente TOTAL PARA SU PROFESIÓN HABITUAL; se acredita una Base Reguladora para la Invalidez Permanente total de 2.628,82 euros al /mes,(le corresponde un porcentaje del 55%) estando las partes conformes con dicha Base Reguladora y siendo la fecha de efectos cuando se de baja como Policía Local del Ayuntamiento. QUINTO.- Que el actor presenta el siguiente cuadro clínico residual derivado de enfermedad común: rizartrrosis bilateral (intervenida en Mato (sic) 2012), espondiloartrosis, discopatía cervical sin radiculopatía, síndrome de túnel carpiano bilateral, condromalacia de rodillas bilateral y meniscopatia derecha, Hallux valgus, metatarsalgia, hipertrigliceridemia, antecedente de pancreatitis y cólicos renales, con tratamiento de deficiencias más significativas y trastorno adaptativo. Como limitaciones orgánicas y funcionales presenta según EVI algias osteoarticulares referidas en raquis y extremidades, teniendo dolencias osteoarticulares degenerativas, alteración referida del ánimo, quejas de mareos y de fallos de memoria ya estudiadas, tratamiento actual farmacológico, RHB, psicoterapia, IQ rodilla izquierda hace un año y de rizartrrosis mano derecha hace seis meses y medio (según EVI) con evolución satisfactoria, no estando pendiente de nuevas IQ ni de otras alternativas de tratamiento. Según el perito neurólogo de parte actora, Dr. xxxxxxxxxxxx está diagnosticada de cervicodorsalgia, contractual cervical y de trapecio, rectificación de la lodorsis cervical fisiológica, mareo cervicogenico, cervicoartrosis, uncoartrosis bilateral de predominio derecho en niveles C3-C4, C4-C5 y C5-C6, hernia discal posterior en los tres niveles acompañando a las barras artosicas, escoliosis lumbar, disfunción sacroiliaca bilateral, bursitis petrocanterea bilateral, STC bilateral de predominio izquierdo, síndrome depresivo reactivo, insomnio de mantenimiento, quejas de memoria previos, recomendando evitar la conducción y que no pase más de 30 minutos en sedestacion, lo que imposibilita el desarrollo de actividad laboral dado que no puede permanecer sentada mucho tiempo, estar de pie es doloroso, la marcha se compromete por la patología de los pies y no es recomendable conducir. Según el perito de parte actora Dr. David la actora padece artrosis grave de columna cervical, asociada a una triple hernia discal sintomática, rizartrrosis bilateral avanzada ya operada en el lado derecho, síndrome de túnel carpiano bilateral, condropatia degenerativa de ambas rodillas de grado moderado, Hallus valgus

bilateral deformante con metatarsalgia. Todo ello le supone una irreversible inaptitud física para la realización de actividades ocupacionales que supongan sobreexigencias biomecánicas de columna cervical, manos, rodillas o pies, es decir, para manejar pesos no ligeros, adoptar posiciones mantenidas de raquis (tanto bidepestaación como sedestaación prolongadas o sin posibilidad de autogestionar cambios posturales frecuentes, ponerse en posturas forzadas de miembros inferiores (cucillitas, arrodillada, etc..) ejecutar tareas que requieran cierta fuerza y destreza bimanual o aquellas que requieran una aceptable agilidad de piernas.-SEXTO.- Se ha acreditado que la actora es Policía Local, habiendo pasado a segunda actividad hasta que por Decreto de Alcalde del Ayuntamiento de Benidorm de fecha 01/07/2013, vuelve a pasar a primera actividad (servicio ordinario, doc. 1).Igualmente se ha acreditado con la testifical practicada en la persona de Hernan, que la actora, de quien fue compañero en la Policía Local durante varios años, no se sentía capacitada para realizar el mínimo requerimiento físico como incluso para escribir, hacer informes, conducir, etc... y mucho menos actividades de requerimientos físicos como proceder a una detención, separar en una reyerta, etc., para lo que no está capacitada, teniendo que proceder a su traslado hospitalario por dolores o mareos. -SÉPTIMO.- La actora además consta que se encuentra adscrita al programa de ayuda a domicilio y recibe ayuda de una voluntaria de acompañamiento adscrita al proyecto en actividades de atención tanto dentro como fuera de su domicilio, con una frecuencia semanal (doc. 2), siéndole ofrecido dicho servicio por la testigo Modesta, según la cual ayuda en casa de la actora a limpiar, coger peso, acompañamiento al hospital, pues ella no puede conducir, sufriendo la actora mareos, de cervicales y estando operada de una mano, rodilla y con problemas de páncreas, habiéndola encontrado una vez inconsciente, y teniendo que ayudarla a bajar incluso de la cama, cayéndosele a veces hasta una taza de café, y llevando collarín en su casa».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D^a. María Esther, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 10 de junio de 2015, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Zaira contra la sentencia dictada por el Juzgado

de lo Social nº. 1 de los de Benidorm de fecha 27-septiembre-2013, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TGSS; aclarando que la prestación de incapacidad permanente total reconocida lo es con efectos económicos desde el cese en el trabajo, manteniendo en el resto la sentencia».

CUARTO.- Por la Letrada Sra. Aragonese Zaragoza, en nombre y representación de D^a. María Esther, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 30 de junio de 2011.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de marzo de 2017. Dada la trascendencia y complejidad del asunto, se acordó suspender el señalamiento acordado, trasladando el mismo para el 19 de abril de 2017, para su deliberación, votación y fallo por la Sala en Pleno, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- La sentencia recurrida.- La actora fue declarada en situación de IPT como Policía municipal por la sentencia que en 27/09/13 dictó el Juzgado de lo Social de Benidorm [autos 247/13], fijando efectos económicos «al momento en que se dé de baja en el Ayuntamiento de Benidorm». Se interpuso recurso de Suplicación por la trabajadora, instando que «se le reconozca el derecho a percibir la prestación reconocida "sin que sea necesaria su baja en el Ayuntamiento empleador, sin perjuicio de la incompatibilidad del percibo de la pensión para cualquier periodo en que haya permanecido o permaneciere en primera actividad». Y la STSJ Comunidad Valenciana 10/Junio/2015 [Supl. 3072/14] desestimó el recurso, si bien «aclarando que la

prestación de incapacidad permanente total reconocida lo es con efectos económicos desde el cese en el trabajo».

2.- Recurso de casación que se formula.- En su recurso de casación, la representación de la actora invoca como contraste la STSJ Comunidad Valenciana 30/Junio/2011 [Supl. 360/11] y se denuncia la infracción de los arts. 137 y 141 LGSS, así como 40 y sigs. Ley 6/1999 [19/Abril], de la Comunidad Valenciana, sobre Policía local. Y ello en relación con la doctrina sentada por diversas resoluciones de esta Sala [SSTS 16/10/12 -rcud 3907/11 -, 10/10/11 -rcud 4611/10].

SEGUNDO.-1.- La exigencia general de contradicción.- Para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina, el art. 219 LJS requiere -como presupuesto de admisibilidad- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que supone diversos pronunciamientos de sus respectivas partes dispositivas respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 29/11/16 - rcud 1235/15 -; 01/12/16 -rcud 2164/15 -; y 02/12/16 -rcud 959/15 -).

2.- Concurrencia de contradicción en el caso debatido.- En ambos procedimientos contrastados se parte de la base de declaraciones de IPT derivadas de enfermedad común y referida a Policías municipales, a los que se les reconoce por la imposibilidad -en los dos casos- del desempeño de los cometidos de la llamada «primera» actividad y persistiendo aptitud para la llamada «segunda». Es cierto que en la recurrida lo que se discute expresamente es la fecha inicial de efectos de la pensión por IPT que se reconoce, pero determinándola por la compatibilidad que se aprecia entre el referido grado y la «segunda» actividad, mientras que en la decisión de contraste de lo que formalmente se trata es de si el desarrollo de esta «segunda» actividad puede justificar la revisión por mejoría pretendida por la EG, pero este planteamiento -formal, repetimos- se basa precisamente en la pretendida incompatibilidad de la IPT declarada con el desarrollo de aquella «segunda» actividad, que es lo que precisamente constituye el objeto expreso y formal del presente debate, hasta el punto de que en la decisión referencial la Sala del TSJ entiende que los realmente debatido es «si la percepción de la

prestación ... es compatible con el desarrollo de una segunda actividad», de manera que tanto en uno como en otro procedimiento está involucrada una misma y compleja cuestión, relativa a la incidencia de la «segunda actividad» -propia de algunas profesiones, como Policías y Bomberos- en la declaración de IPT y en el percibo de la correspondiente prestación.

Por ello, aunque es innegable que el examen de la cuestión se hace desde una diferente ópticas de partida [funciones valorables para la declaración de IPT/funciones compatibles con la prestación por IPT] e incluso en un marco procesal diverso [reconocimiento inicial/revisión de oficio], en todo caso no se nos ofrece duda de que existe unidad sustancial en la cuestión debatida [compatibilidad entre la IPT y la «segunda» actividad] y diversidad en la solución [incompatibilidad en la recurrida/compatibilidad en la decisión de contraste], determinante de que apreciemos la necesaria contradicción en los pronunciamientos.

TERCERO.-1.- La llamada «segunda actividad».- Existen determinadas profesiones [Cuerpo de Bomberos; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; Policía Municipal...], que para su óptimo desempeño requieren de singulares condiciones psico-físicas que -inevitablemente- con la edad van minorando. Por tal circunstancia, las reglamentaciones respectivas de estos cuerpos, tanto a nivel nacional, como autonómico y municipal, disponen el establecimiento de una especial situación la «segunda actividad», que contempla precisamente la limitación de las funciones a realizar por los profesionales afectados, excluyendo las requirentes de mayores exigencias y manteniendo aquellas que sean compatibles con su estado psico-físico [particularmente las de tipo auxiliar, apoyo o burocráticas]. Se trata del llamado pase a la «segunda actividad», que comporta el desenvolvimiento de aquellas tareas, igualmente necesarias para la viabilidad de los servicios, pero con una carga de exigencias físicas y psíquicas ostensiblemente menor, y que se produce tanto por cumplimiento de determinada edad, cuanto a petición propia concurriendo determinadas causas [singularmente con determinados años de servicio], como por apreciarse oficialmente insuficiencia de aptitudes psicofísicas; especial estado que comporta el mantenimiento de la situación

activa y que igualmente acarrea el devengo básico de la misma retribución, excepto - como es lógico- de los complementos inherentes al puesto desempeñado.

Para la Policía local, en concreto, prácticamente todas las Comunidades Autónomas han introducido y regulado esta «segunda actividad»: así, la Comunidad Valenciana [arts. 40 a 44 de la Ley 6/1999, de 19/Abril], Cataluña [arts. 43 y 44 de la Ley 16/91, de 10/Julio], Castilla la Mancha [arts. 23 a 26 de la Ley 8/2002, de 23/Mayo], Galicia [arts. 62 a 73 de la Ley 4/2007, de 20/Abril], Canarias [arts. 33 y 34 Ley 6/1997, de 4/Julio], Andalucía [Decreto 135/2003, de 20/Mayo].

2.- Precedentes de la Sala en torno a la «segunda actividad».- Aunque la incidencia de la llamada «segunda actividad» en el posible reconocimiento de IP ha tenido tratamiento reiterado en precedente doctrina de la Sala, sin embargo, el examen que sobre la materia hemos realizado hasta la fecha no ha recaído sobre la concreta faceta que este recurso se debate [fecha de efectos de la IPT reconocida a quien -Policía local/Bombero- se halla realizando cometidos de segunda actividad] y ni siquiera nos hemos pronunciado respecto de la procedencia de IP en quienes tiene aptitud laboral limitada a esa «segunda» actividad. En efecto.

a).- Las tres primeras decisiones adoptadas por la Sala en esta materia [SSTS 23/02/06 -rcud 5135/04; 10/06/08 -rcud 256/07; y 25/03/09 -rcud 3402/07] fueron referidas concretamente a Policías locales, pero aunque la pretensión ejercitada iba referida al reconocimiento de IPT o IPP, lo cierto es que el debate suscitado en trámite de casación se ceñía exclusivamente a determinar las funciones que habrían de valorarse en la determinación de un posible grado de IP [las de la «segunda» actividad; las de la «primera»; o ambas], habiendo indicado tales precedentes que atender -para calificar la IP- sólo a la segunda actividad contraría el art. 137.2 LGSS, habida cuenta de que «el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden tareas como la patrulla, el mantenimiento de orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática, y, por ello, ... ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la profesión habitual». Pero en lo que al resultado valorativo se refiere, la Sala anula actuaciones y

las remite al TSJ para la correspondiente evaluación de la entidad invalidante de las secuelas, porque «... quedando un segundo problema a resolver cual es el de determinar en qué medida puede valorarse la merma de capacidad, y en concreto si la misma alcanza a todas o las fundamentales tareas de aquella profesión, o solo en un porcentaje, y si éste es o no superior al 33% como exigen los distintos apartados del art. 137.1 LGSS para determinar si puede serle reconocida algún grado de invalidez merecedor de la acción protectora de la Seguridad Social ».

b).- Las restantes decisiones adoptadas por este Tribunal en esta materia - segunda actividad- tienen por reclamantes a miembros del Cuerpo de Bomberos [SSST 22/05/12 -rcud 2111/11-; 02/07/12 -rcud 3256/11-; 04/07/12 -rcud 1923/11-; 10/07/12 -rcud 2900/11-; 24/07/12 -rcud 3240/11-; 02/11/12 -rcud 4074/11-; 04/12/12 -rcud 258/12-; y 16/12/10 -rcud 3907/11-], quienes habían obtenido reconocimiento de IPT en vía administrativa y a los que la misma EG pretende revisar el grado reconocido por supuesta mejoría, en razón a haber pasado a la segunda actividad. Debate que la Sala resolvió argumentando - básicamente- tanto la referida doctrina acerca de la valoración de todas las actividades que integran la función y no sólo las inherentes a la segunda actividad, cuanto que la calificación de las incapacidades es independiente de las vicisitudes en el empleo, como -finalmente- que el ámbito de la profesión que hay que tener en cuenta para establecer la valoración de la IP no puede ser la segunda actividad sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad al reconocimiento inicial de la incapacidad; aparte de que -como es lógico- sólo cabe revisar la IP por mejoría si media variación en la patología determinante del reconocimiento inicial de aquélla.

3.- Ciertamente que en algunas de ellas [STS 10/10/11 -4611/10 -, referida a Bombero y posteriormente reproducido su texto -también para tales profesionales- en las de 03/05/12 -rcud 1809/11-; 24/07/12 -rcud 3240/11-; 02/11/12 -rcud 4074/11-; 04/12/12 -rcud 258/12-; y 16/12/10 -rcud 3907/11-] se hizo referencia incidental a la compatibilidad entre la pensión por IPT y el desempeño laboral, al indicarse que «... la compatibilidad entre la pensión de IPT y el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta parece condicionada a que las nuevas funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la propia pensión »], pero en la posible

trascendencia de tal texto al presente debate -como el recurso pretende- han de tenerse en cuenta las consideraciones que al final de esta sentencia haremos sobre la redacción dada al art. 141 LGSS por la Ley 27/2001.

CUARTO.- 1.- La concreta cuestión objeto de debate.- Lo que específicamente se discute en los presentes autos es la fecha de efectos que ha de atribuirse a la IPT declarada cuando la beneficiaria -Policía municipal- continúa prestando servicios en la «segunda actividad». Efectivamente:

a).- En su demanda, la accionante solicitaba con carácter principal que se le declarase en situación de IPA y de manera subsidiaria se le reconociese «Incapacidad Permanente Total para la Profesión Habitual, con el derecho al percibo de una pensión vitalicia, que no podrá ser inferior al 55 % de la base mínima de cotización, cantidad que tendrá que incrementarse en el porcentaje que reglamentariamente se determine». b).- La sentencia de instancia, dictada por el J/S nº 1 de Benidorm en 27/09/13 [autos 147/13] declaró a la trabajadora en situación de IPT cuyos «efectos económicos se fijaran al momento en que se dé de baja en el Ayuntamiento de Benidorm». c).- En el recurso de Suplicación, la beneficiaria solicita que «tiene derecho al percibo de la pensión correspondiente sin que sea necesaria su baja en el Ayuntamiento empleador, sin perjuicio de la incompatibilidad del percibo de pensión para cualquier periodo en que haya permanecido o permaneciere en primera actividad» y que la IPT «se reconoce con efectos desde el momento en que debió ser estimada, y en cambio fue desestimada, en la fecha 11 de diciembre y en los términos antes referidos». d).- La Sala del TSJ rechaza el recurso interpuesto si bien «aclarando que la prestación de incapacidad permanente total reconocida lo es con efectos económicos desde el cese en el trabajo...». La aclaración - un tanto críptica, ciertamente- ha de interpretarse en función de la argumentación precedente que la sentencia había realizado, de la que se colige sin mayor duda que para el inicio del devengo económico, la Sala del TSJ excluye -con toda razón- que sea precisa la baja como empleado del Ayuntamiento, bastando para ello -coincidimos nuevamente con la recurrida- con que se produzca su cese como Policía municipal; con lo cual viene a sostenerse la incompatibilidad de la prestación económica reconocida con el ejercicio remunerado de la segunda actividad. e).- En el

recurso de casación interpuesto se reitera y concreta la pretensión, insistiendo en que por la Sala se declare su derecho «a recibir el cobro de la pensión de incapacidad permanente total y, a la vez, prestar servicios como policía local en segunda actividad, sin que, por tanto, tenga que "darse de baja" (o "cesar") definitivamente en el Ayuntamiento de Benidorm, y con efectos económicos desde que se reasentó en segunda actividad». f).- A destacar -son afirmaciones de la propia demanda- que la actora ha nacido en NUM002 /64 y solicitó voluntariamente el pase a segunda actividad en 02/11/12 [con 48 años], siéndole reconocida la situación por Decreto municipal de 04/02/13. Previamente -en 09/11/12- solicitó del INSS la declaración en situación de IP.

2.- Básica incompatibilidad pensión/salario de la «profesión habitual».- El punto de partida para resolver el tema litigioso ha de ser -por fuerza- el régimen ordinario en la dinámica del derecho a prestaciones en la IPT, que -por definición- tiene por principio básico la absoluta incompatibilidad entre la prestación a ella debida y el desempeño de la misma profesión para la que se proclama la incapacidad, pues no hay que olvidar que la pensión de IPT se satisface precisamente para compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de la profesión habitual del trabajador, por lo que -sostiene la doctrina autorizada- «entre éste y aquélla existe una incompatibilidad esencial». Y en tales términos se ha manifestado esta Sala, al afirmar que «la pensión de invalidez permanente total tiene por finalidad, de modo análogo a lo que sucede en otras pensiones de invalidez o incapacidad y en los subsidios periódicos por incapacidad o imposibilidad de trabajo, la de suplir el defecto de rentas de trabajo que genera en un asegurado la pérdida definitiva (supuesto del art. 49.1.e. del ET) o temporal (supuesto excepcional del art. 48.2 del ET) del empleo en el que desempeñaba la profesión habitual para la que se le ha reconocido incapacitado. La pensión de invalidez total tiene, por tanto, una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual. Ello comporta su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido (se supone con esfuerzo desmesurado, o con rendimiento anormalmente bajo, o con una y otra cosa a la vez) de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez» [STS 18/01/02 -rcud 2479/01 -].

Tal conclusión no se halla desvirtuada por el art 24.3 OM 15/Abril/1969, porque si bien afirma que la pensión por IPT «será compatible con la percepción de un salario, en la misma Empresa o en otra distinta» y refiere su posible devengo a un «... nuevo puesto de trabajo» y no expresamente a «diversa profesión», en manera alguna pueda utilizarse la literalidad de un precepto reglamentario de tal lejana fecha y fuera de su contemporáneo contexto normativo, para excluir -precisamente- interpretaciones y consecuencias derivadas de los principios vigentes en la actualidad, cuales son los de flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012 y de racionalización del gasto que inspira la Ley 27/2011.

Por ello puede mantenerse con toda lógica -como se ha dicho- que la inactividad en la profesión a que se refiera la declaración de IPT constituye una condición ínsita en la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en cuanto integrante del concepto mismo del grado de IPT. Y esta incontestable incompatibilidad entre la declaración de IPT y el desarrollo -bien por persistencia, bien por reanudación- de la misma profesión, requiere en su aplicación -de un lado- previa definición de la «profesión habitual» y comporta -de otro- la consecuencia de determinar los efectos iniciales en el devengo de la pensión.

QUINTO.- 1.- Determinación de la «profesión habitual».- Ha de tenerse en cuenta que las declaraciones de incapacidad total -al menos hasta el momento- han venido refiriéndose siempre a una concreta profesión, la que a la luz de la trayectoria profesional del sujeto merezca la consideración de «habitual». Y como es lógico, la concreción de esta incompatibilidad absoluta pasa ineluctiblemente por el enunciado de reglas precisas que permitan la certera identificación de la profesión habitual en cada caso. En este sentido, el art. 194.2 LGSS /TR 2015 [DT Vigésima sexta] dispone que «se entenderá por profesión habitual, en caso de enfermedad común... aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el periodo de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine».

Así las cosas, en caso de enfermedad -profesional o común- la profesión habitual será «aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria [incapacidad temporal en la terminología de la legislación vigente] de la que se deriva la invalidez» (determinación reglamentaria -en defecto de otra- que se localiza en el art. 11.2 OM 15/Abril/1969). Definición legal ciertamente imprecisa, y partiendo de tal insuficiencia normativa, el Tribunal Supremo más que cerrar y precisar la «definición legal», ha optado por la concreción negativa del término, en el bien entendido de focalizar la cuestión en lo que no merece la consideración de profesión habitual. Así, se ha admitido con rotundidad que la profesión habitual no es identificable con el «grupo profesional» [STS 28/02/05 rcud 1591/04]; pero que tampoco lo es con el «puesto de trabajo» o «categoría profesional» [SSTS 27/04/05 podrá rcud 998/04; 25/03/09 rcud 3402/07; y 26/10/16 rcud 1267/15]. Afirmaciones quizás revisables -ya se verá hasta qué punto- cuando entre en vigor el artículo 194.2 LGSS /TR 2015 en la versión de futuro [«...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... »].

2.- Los efectos iniciales de la pensión por IPT.- Coherentemente con ello, la constante jurisprudencia de la Sala ha sido la de entender que en el supuesto de que se acceda a la IPT desde la situación de activo laboral, la fecha de inicio de los efectos económicos de la pensión coincide con la del cese efectivo en el trabajo, tanto si la causa es una EP (STS 16/12/97 -rcud 1731/97), cuanto si se trata de EC (SSTS 24/04/02 --rcud 2871/01 -; 19/12/03 -rcud 2151/03 -; 13/10/04 -rcud 6096/03 -; 14/03/06 -rcud 2724/04 -; 18/05/06 -rcud 425/05 -; 15/02/07 -rcud 5398/05 -; 19/01/09 -rcud 1764/08 -; 17/02/09 -rcud 1827/08 -; 04/05/16 -rcud 1848/14 -; y 22/06/16 -rcud 353/15). Y como argumentos justificativos, la Sala ha resaltado que ello obedece -en efecto- al principio de «incompatibilidad del salario y de la prestación de invalidez para el mismo puesto de trabajo simultáneamente» [STS 16/12/97 -rcud 1731/97], incompatibilidad que deriva de que la función de la pensión de IPT es precisamente la sustitución de la renta de trabajo de una profesión habitual que ya no se puede desempeñar en las condiciones mínimas requeridas; principio que ha sido acogido en la

regulación reglamentaria de la prestaciones de IP [desde el derogado art. 23.a. del Decreto 3158/1966 , hasta los vigentes arts. 6 RD 1300/1995 y 13 OM 18/01/96] [STS 24/04/02 -rcud 2871/01 -]. Aparte de que la propia denominación legal de IPT «presupone la imposibilidad de que se lleven a cabo los trabajos propios de la profesión habitual», por lo que «la prestación deberá comenzar a percibirse cuando se cese en ella» [STS 19/12/03 -rcud 2151/03 -].

3.- Aplicación de la doctrina al caso debatido.- Como es fácil colegir, el empleo de los precedentes planteamientos al supuesto de autos, por fuerza ha de pasar por la consideración profesional que haya de merecer la «segunda actividad», o lo que es igual, si el ejercicio de tales funciones integra la profesión de «Policía local», y ello no puede sino hacerse tras pronunciarse sobre su naturaleza jurídica, lo que únicamente resulta alcanzable tras el estudio de su régimen jurídico, que -como es lógico- no puede hacerse sino en atención a la normativa concretamente aplicable a la reclamante en autos, la propia de la Comunidad Valenciana, que se integra básicamente por la Ley 6/1999, de 19/Abril [DOCV núm. 3482, de 27/04/99] y se desarrolla por el Decreto 19/2003, de 4/Marzo [DOCV núm. 4455, de 07/03/03], por el que se regula la «Norma-Marco sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los Cuerpos de Policía local de la Comunidad Valenciana». Cuestiones ambas a tratar acto continuo.

SEXTO.- 1.- Regulación de la «segunda actividad» en la Policía local de la Comunidad Valenciana.- Efectivamente, su régimen jurídico de la misma viene contenido en los arts. 40 a 44 de Ley 13/2001 y en los arts. 24 a 29 del Decreto 19/2003, en los que la «segunda actividad» de la Policía local:

a).- Se define como «situación administrativa especial que corresponde a los funcionarios de los Cuerpos de Policía local de la Comunidad Valenciana por razones de edad o por enfermedad» [art. 40 Ley; art. 24 Reglamento] b).- Se produce por el cumplimiento de las edades que se determinen para cada escala [55 años, para la Escala básica], la disminución de las aptitudes psicofísicas para el desempeño de la función policial, y estado de gestión [art. 41 Ley; art. 25 Decreto] c).- Se caracteriza por desarrollarse en otro puesto de trabajo para prestar «servicios de policía administrativa,

vigilancia de edificios públicos e instalaciones» [art. 27]; por no suponer disminución de las retribuciones básicas y complementarias, en tanto que se conserva el derecho a percibir la «totalidad de las retribuciones básicas que correspondan a su categoría en activo, las de carácter personal que tenga reconocidas y las específicas inherentes al puesto de trabajo de procedencia» [art. 44 Ley; art. 28 Reglamento]; y por estar los trabajadores sujetos a idénticos regímenes disciplinarios y de incompatibilidades que en servicio activo [art. 29 Reglamento].

2.- Naturaleza jurídica de la «segunda actividad».- A lo que entendemos, aunque la regulación autonómica de que tratamos -lo mismo que la de las restantes Comunidades Autónomas, pues entre ellas no hay una diferencia significativa- considere la segunda actividad como una «nueva» situación administrativa o una situación «especial», lo cierto y verdad es que la misma se halla integrada en el servicio activo del Cuerpo de la Policía local, no sólo porque las referencias normativas que se han indicado las sitúan en ese marco [continúan manteniendo el mismo régimen económico y disciplinario, e incluso pueden ser obligados a realizar cometidos de la primera actividad], sino más específicamente porque la misma no tiene contemplación expresa en el art. 85 del EBEP [Ley 7/2007, de 12/Abril], que contempla como tales situaciones administrativas exclusivamente las que siguen: «a) Servicio activo. b) Servicios especiales. c) Servicio en otras Administraciones Públicas. d) Excedencia. e) Suspensión de funciones». Y debe resaltarse que así como estas concretas situaciones legales - EBEP- ofrecen sustantividad propia y tienen unos determinados efectos en la relación de servicio, muy contrariamente -como acabamos de ver- la «segunda actividad» únicamente se diferencia del ordinario servicio activo de Policía local en las específicas funciones a desempeñar, de menor exigencia psico-física.

Es más, esta permanencia en el servicio activo y por ello en la misma profesión de Policía local, se evidencia en el hecho de que en alguna normativa autonómica se prescriba específicamente que el «pase a la situación de segunda actividad no conllevará la pérdida de la condición de agente de la autoridad» [así, por ejemplo, el art. 72 de la 4/2007, de 20/Abril, de la Comunidad Autónoma de Galicia]; o de que -por ejemplo- tampoco conlleve la inhabilitación para portar el arma reglamentaria [caso de la propia

Comunidad Autónoma de Valencia]; o de que -siquiera con carácter excepcional- el Policía en situación de segunda actividad pueda ser requerido para «el cumplimiento de funciones operativas» propias de la actividad primera [en tal sentido, para la Comunidad de Andalucía, el art. 9.1 Decreto 135/2003, de 20/Mayo].

3.- Trascendencia de esa naturaleza a la cuestión debatida.- Si, por lo dicho, el Policía local que ha pasado a la segunda actividad sigue manteniendo idéntica cualidad profesional de Policía, siquiera limitando sus funciones a las menos gravosas de entre todas las que le correspondan a su categoría, y a la par mantiene sus correlativos ingresos como Policía local en activo, es consecuencia obligada de ello entender que persiste en el ejercicio de la misma profesión y que el mantenimiento de su retribución es incompatible -por definición y en la legislación aplicable a la fecha del hecho causante- con una pensión de IPT que tiene naturaleza de renta sustitutoria de salarios dejados de percibir. Conclusión diversa no sólo desconocería el significado finalista de la protección por IP, sino que esa situación de compatibilidad pensión/salario parecería escasamente justificable tanto frente a otros compañeros en la misma situación de segunda actividad, pero generada por el cumplimiento de la edad [55 años en el caso], como respecto de los que se encuentren la primera actividad y mantienen el trabajo más exigente de la profesión. Con lo que entramos en el ámbito del argumento apagógico -ad absurdum -, conforme al cual en los supuestos de duda interpretativa la opción correcta es decantarse por el sentido que satisfaga la finalidad que la norma persigue, excluyendo siempre la que conduzca a un resultado absurdo o contrario a aquélla (SSTs 06/06/96 -rcud 2469/95 -; ... 20/09/07 -rcud 3326/06 -; 17/01/08 -rcud 24/07 -; 27/01/09 -rcud 2407/07 - ; 14/01/09 -rco 1/08 -; y 08/11/11 -rcud 885/11 -). La lógica más elemental se opone -como acertadamente resolvió la sentencia recurrida- a que pueda percibir pensión por incapacidad para ser Policía local quien mantiene esa condición profesional, realiza los cometidos propios de ella -en primera o segunda actividad- y por tal actividad recibe la correspondiente retribución.

SÉPTIMO.- 1.- Posible incidencia de la nueva regulación sobre compatibilidades.- Tales conclusiones son las que impone -sin lugar a dudas- la normativa existente en la fecha del hecho causante, que es el que determina la

normativa aplicable [SSTS 03/12/91 -Roj 6800/91-; 18/05/92 - rcud 2779/91-; 21/01/93- rcud 2279/91-; 01/03/93 - rcud 2034/92-; 02/04/96 - rcud 3362/95-; 10/04/96- rcud 3409/95-; 17/11/97- rcud 1232/97-; 09/11/99 - rcud 4916/98 -; 14/12/99- rcud 1492/99; 23/10/01 - rcud 425/01-; y 10/02/17 - rcud 1082/15 -], y que en el presente caso sería la previa a la Ley 27/2011, porque con independencia de lo que diremos acerca de la intrascendencia de tal ley sobre la cuestión debatida, es lo cierto que tal hecho causante se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de aquélla [conforme a su DF Duodécima , entró en vigor el día 01/01/2013; y la resolución del INSS - denegando la IP- es de 10/12/12].

Ahora bien, como el derecho a pensión es de tracto sucesivo y como tal puede/debe verse afectado por las vicisitudes normativas que se refieran a la dinámica de su devengo, tampoco cabe duda que la reforma del art. 141 TR LGSS/1994 [art. 198.1 TR LGSS /2015] por la Ley 27/2011 pudiera incidir en la cuestión de que se trata, pese a que la norma inicia vigencia con posterioridad al HC. Pero al efecto han de hacerse dos observaciones y una conclusión: a) el recurso se limita a sostener que la sentencia recurrida «vulnera lo establecido en los artículos 137 , 141 de la Ley General de la Seguridad Social ...», sin que a lo largo de la exposición de la infracción se haga tan siquiera mención o referencia -ni directa ni indirecta- a la indicada Ley 27/2011 y su posible interpretación, con lo que en buena técnica procesal bien pudiera entenderse que no procede estudiar la aplicación de oficio la referida norma -nuevo art. 141 LGSS - a un HC anterior como el de autos, pues así la impondrían el carácter extraordinario del recurso de casación y la consiguiente imposibilidad de que la Sala auxilie en la construcción del mismo, aplicando un derecho sustantivo omitido en la denuncia; b) sin embargo, de un lado apurando la tutela judicial podemos entender con la mayor flexibilidad que la denuncia se halla implícita en las referencias que se hacen a aquellos de nuestros precedentes en los que sí se hace mención -sin valoración alguna, por cierto- a la reforma operada por la Ley 27/2011, y de otro tampoco parece claro que esa aplicación del precepto relativo a la dinámica del derecho no debiera realizarse de oficio; c) pero de todas formas -y esta es la conclusión- la aplicación de tal norma al caso de autos tampoco llevaría/lleva al éxito del recurso.

2.- Significado del nuevo régimen de compatibilidad.- Es innegable que la redacción del art. 141.1 LGSS /94 -hoy art. 198.1 LGSS /2015- tras su modificación por el art. 3 de la Ley 27/2011, de 1/Agosto , en su estricta literalidad no parece innovar nada trascendente en lo que toca al planteamiento básico de incompatibilidad pensión/salario en la misma profesión que más arriba hemos sostenido [FJ Tercero.2], siendo así que admite su percepción simultánea «... siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total», y la referencia legal bien pudiera entenderse alusiva -así lo impone el componente lógico/sistemático que debe imperar en la exégesis- a la coincidencia de «funciones» entre profesiones diversas, tal como impone la intelección del precepto en relación con la definición de IPT que previamente hace el art. 137.

Ahora bien, esa lectura se ensombrece si se atiende a la Exposición de Motivos [EM] de la Ley, en la que se mantiene que «[a]simismo, se clarifica la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad». Pero frente a ello no puede pasarse por alto:

a).- Que la reforma no alcanzó al art. 137 LGSS /94 -hoy todavía vigente, por aplicación de la DT Vigésima Sexta TR/20015- y el concepto de IPT que la misma define es el tradicional, de aquella que «inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión habitual, siempre que el sujeto pueda dedicarse a otra distinta». b).- Que, por ello, el legislador mantiene el referido concepto general de IPT y por lo tanto conecta tal grado incapacitante con los cometidos laborales propios de la profesión -los que el trabajador afectado está obligado a realizar conforme al «ius variandi» empresarial - y no con las concretas funciones ejercidas. c).- Que no parece admisible -y menos desde la perspectiva del principio de igualdad, según veremos- la coexistencia de dos conceptos diversos de IPT, uno para su reconocimiento y de aplicación general [art. 137] y otro a efectos de compatibilidad con el salario y de exclusiva aplicación a determinados colectivos [art. 141]. d).- Que el entendimiento de

la norma en los referidos términos -que rechazamos- de coexistencia de conceptos diversos de IPT, que ciertamente pudieran inferirse de la indicada referencia que se hace en la EM, comportaría -señala la doctrina- un privilegio sin ninguna justificación razonable para los citados colectivos, los que en situación de IPT tienen garantizado un nuevo puesto de trabajo en la misma categoría y con las mismas retribuciones, dada la finalidad de la pensión de sustituir las rentas de activo. e).- Que ello es, además, no sólo contrario a la ya referida progresiva flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012, sino también opuesto a la lógica de la también aludida racionalización del gasto que inspira la misma Ley 27/2011. f).- Que tampoco es prescindible la idea -común en autorizada doctrina- de que la IPT tiene una cobertura «excesiva» cuando los beneficiarios continúan en activo y contrariamente comporta una innegable infraprotección cuando no encuentran nuevo empleo.

Bajo todas estas consideraciones creemos que la novedosa regulación legal ha de ser objeto de una interpretación sistemática, en la que primando una exégesis que atienda a la obligada búsqueda de la deseable igualdad y atendiendo a la conveniente lectura finalista de la norma [el objeto de la prestación es ser substitutiva del salario perdido], nos lleva a entender el nuevo precepto en el único sentido que permite su aplicación sin contradecir el conjunto inmodificado de la regulación legal, cual es que la referencia legal alude -como dijimos arriba- a la coincidencia o diversidad de «funciones» entre profesiones diversas, y no en la misma; y, además, que la expresión «...funciones ... que dieron lugar» a la IPT ha de entenderse referida a las funciones conjuntas de la profesión y no a las específicas obstadas por la patología, tal como la Sala ha venido entendiendo que procede hacer al calificar la posible IP en las profesiones con «segunda actividad» [nos remitimos a los precedentes arriba citados, en el punto «2» del FJ Tercero]. En otras palabras, la necesaria interpretación sistemática por fuerza nos lleva -utilizando terminología tradicional- a atribuir prevalencia a la «mens legis» frente a una hipotética o posible «mens legislatoris», siendo así que ésta -la que en su caso pudiera inducirse de la EM- colisionaría con diversos preceptos de la institución legal a la que se refiere y distorsionaría su correcto funcionamiento. Aparte de que la supremacía de la Constitución sobre la Ley -unánimemente declarada desde la STC 9/1981, de 31/Marzo - determina que los órganos judiciales deban rechazar «toda

regla hermenéutica que conduzca a un resultado opuesto a los valores y mandatos constitucionales... O lo que es igual, siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la CE y otra no, la que debe admitirse es la primera» (así, (SSTS SG 22/12/08 -rcud 3460/06 -; SG 22/12/08 -rcud 856/07 -; 10/11/09 -rcud 2514/08 -; 11/11/10 -rco 239/09 -; SG 17/07/14 -rco 32/14 -; 20/01/16 -rco 163/14 -; 21/01/16 -rco 277/13 ; y 13/09/16 -rco 206/15 -); y ya hemos visto más arriba que esa interpretación en cierto modo propiciada por la EM se opone en no escasa medida al principio de igualdad -el tratamiento privilegiado a determinados colectivos ni se presenta justificado ni tampoco se pretende justificar-, por lo que debe imponerse un entendimiento del precepto -art. 141- que no solamente es más respetuoso con el principio constitucional, sino que es el único coherente con el concepto - mantenido- de IPT que con carácter general define la propia Ley en su art. 137 y por ello es también precisamente el que permite el normal funcionamiento de la institución de IP.

3.- Conclusión desestimatoria del recurso.- Las precedentes argumentaciones nos llevan a coincidir plenamente con la decisión del TSJ respecto de que - efectivamente- el inicio de la pensión por IPT reconocida en autos no puede tener otra fecha de efectos económicos sino la del cese en funciones de Policía local, siquiera sea en segunda actividad. Lo que se resuelve -oído el Ministerio Fiscal- sin imposición de costas [art. 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.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D^a María Esther frente a la sentencia que en 10/Junio/2015 fue dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana [rec. 3072/14], a instancia de aquélla y frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 2º.- Confirmar su pronunciamiento respecto de que los efectos iniciales de la pensión por la IPTTH declarada han de producirse a partir del cese en la segunda actividad.

Lo que se resuelve sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR:

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Jordi Agustí Juliá, AL QUE SE ADHIEREN LAS EXCMAS. SRAS. MAGISTRADAS, DOÑA María Luisa Segoviano Astaburuaga y DOÑA Rosa María Virolés Piñol.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 3050/2015, por discrepar, -siempre con la mayor consideración y respeto-, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución.

I.- Puntos de la discrepancia:

El haberse efectuado por la mayoría de la Sala una interpretación muy flexible del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias, exigido en el art. 219.1 LRJS, para viabilizar el recurso de casación unificadora, entrando a conocer del fondo del asunto del recurso interpuesto por la trabajadora demandante, para desestimarlos, confirmando el pronunciamiento de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, respecto a que los efectos de la pensión por la Incapacidad Permanente Total, para la profesión habitual que tiene reconocida la demandante han de producirse a partir del cese en la segunda actividad.

II.- Discrepancia con los puntos argumentales de la sentencia mayoritaria sobre el presupuesto de contradicción de sentencias y, derivadamente, entrando a conocer del fondo del asunto, desestimando, en su caso, el recurso de casación formulado por la demandante. En base a los siguientes razonamientos:

II.1.- Sobre la existencia o no de contradicción de sentencias:

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se planteaba en este recurso de casación unificadora, viene determinada por la petición de la trabajadora recurrente, consistente en que la Sala declare su derecho «a recibir el cobro de la pensión de incapacidad permanente total y, a la vez, prestar servicios como policía local en segunda actividad, sin que, por tanto, tenga que "darse de baja" (o "cesar") definitivamente en el Ayuntamiento de Benidorm, y con efectos económicos desde que se reasentó en segunda actividad». 2. No se da -palmariamente en mi opinión- el requisito de contradicción entre sentencia que, para la viabilidad del recurso para la unificación de

doctrina, exige, el art. 219.1 de LRJS. Baste para ello ver al respecto el apartado 2 del fundamento jurídico segundo de la sentencia mayoritaria "Concurrencia de contradicción en caso debatido", el que se contrastan los dos procedimientos de la sentencia recurrida y de constaste, para llegar a la conclusión, precisamente, de la inexistencia de contradicción. Ello es tan evidente, que en el párrafo segundo de dicho apartado, se dice, textualmente que, "Por ello, aunque es innegable que el examen de la cuestión se hace desde una diferente ópticas de partida [funciones valorables para la declaración de IPT/funciones compatibles con la prestación por IPT] e incluso en un marco procesal diverso [reconocimiento inicial/revisión de oficio], en todo caso no se nos ofrece duda de que existe unidad sustancial en la cuestión debatida [compatibilidad entre la IPT y la «segunda» actividad] y diversidad en la solución [incompatibilidad en la recurrida/compatibilidad en la decisión de contraste], determinante de que apreciemos la necesaria contradicción en los pronunciamientos". Es decir, que admitiendo expresamente la mayoría de la Sala, que el examen de la cuestión se efectúa desde una diferente óptica de partida e incluso en un marco procesal diverso, llega a la conclusión de que existe unidad sustancial en la cuestión debatida y diversidad en la solución, lo que es "determinante" - se dice- de que apreciemos la necesaria contradicción en los pronunciamientos. Más bien parece, que lo que es relevante para la mayoría de la Sala, es la "necesidad" de establecer una nueva doctrina, al margen de la identidad de las controversias, lo que resulta contrario a la doctrina "clásica" de esta Sala sobre la contradicción, contenida en tan gran número de sentencias que hacen ociosa su concreta cita. Dicho esto, para sostener la posición que mantuve en la deliberación, me congratulo de que, aun si expresarlo, la posición mayoritaria opte por dar esta "flexibilidad" al requisito de la contradicción, a los efectos de establecer la doctrina que se estima correcta, contrariamente a lo que venía manteniendo en casos análogos (véase al respecto la reciente sentencia del Pleno de 22 de febrero de 2017 rcud 1746/2015) y su voto particular.

II.2.- En cuanto al fondo del asunto, incompatibilidad de la pensión por Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual de Policía municipal, que la demandante tiene reconocida, o interpretación "contra legem" de la mayoría de la Sala ?
:

PRIMERO.- 1.- Aunque como ya he señalado, la cuestión que debería ser objeto de controversia es la de si la demandante puede percibir la pensión de incapacidad permanente total y, a la vez, prestar servicios como policía local en segunda actividad, sin que, por tanto, tenga que "darse de baja" (o "cesar") definitivamente en el Ayuntamiento de Benidorm, y con efectos económicos desde que se reasentó en segunda actividad, en realidad, lo que se plantea por la mayoría de la Sala, a lo largo de toda la sentencia, es la de si el percibo de la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual, es o no compatible con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente el trabajador incapacitado venía realizando. Que el enfoque de la cuestión por la posición mayoritaria es ésta, lo pone de manifiesto, el fundamento jurídico cuarto apartado 2 de la sentencia que se expresa así : " 2.- Básica incompatibilidad pensión/salario de la «profesión habitual».- El punto de partida para resolver el tema litigioso ha de ser -por fuerza- el régimen ordinario en la dinámica del derecho a prestaciones en la IPT, que -por definición- tiene por principio básico la absoluta incompatibilidad entre la prestación a ella debida y el desempeño de la misma profesión para la que se proclama la incapacidad , pues no hay que olvidar que la pensión de IPT se satisface precisamente para compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de la profesión habitual del trabajador, por lo que -sostiene la doctrina autorizada- «entre éste y aquélla existe una incompatibilidad esencial» . Y en tales términos se ha manifestado esta Sala, al afirmar que «la pensión de invalidez permanente total tiene por finalidad, de modo análogo a lo que sucede en otras pensiones de invalidez o incapacidad y en los subsidios periódicos por incapacidad o imposibilidad de trabajo, la de suplir el defecto de rentas de trabajo que genera en un asegurado la pérdida definitiva (supuesto del art. 49.1.e. del ET) o temporal (supuesto excepcional del art. 48.2 del E) del empleo en el que desempeñaba la profesión habitual para la que se le ha reconocido incapacitado. La pensión de invalidez total tiene, por tanto, una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual. Ello comporta su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido (se supone con esfuerzo desmesurado, o con rendimiento anormalmente bajo, o con una y otra cosa a la vez) de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez» [STS

18/01/02 -rcud 2479/01 -]. Tal conclusión no se halla desvirtuada por el art 24.3 OM 15/Abril/1969, porque si bien afirma que la pensión por IPT «será compatible con la percepción de un salario, en la misma Empresa o en otra distinta» y refiere su posible devengo a un «... nuevo puesto de trabajo» y no expresamente a «diversa profesión», en manera alguna pueda utilizarse la literalidad de un precepto reglamentario de tal lejana fecha y fuera de su contemporáneo contexto normativo, para excluir - precisamente- interpretaciones y consecuencias derivadas de los principios vigentes en la actualidad, cuales son los de flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012 y de racionalización del gasto que inspira la Ley 27/2011. Por ello puede mantenerse con toda lógica -como se ha dicho- que la inactividad en la profesión a que se refiera la declaración de IPT constituye una condición ínsita en la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en cuanto integrante del concepto mismo del grado de IPT. Y esta incontestable incompatibilidad entre la declaración de IPT y el desarrollo -bien por persistencia, bien por reanudación- de la misma profesión, requiere en su aplicación -de un lado- previa definición de la «profesión habitual» y comporta -de otro- la consecuencia de determinar los efectos iniciales en el devengo de la pensión". (las negrillas son mías). Como es obvio, la Sala es conocedora de que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, dio nueva redacción al artículo 141 de la LGSS de 1994 -hoy artículo 198.1 del Texto de 2015- y en el apartado 2 del fundamento jurídico séptimo, bajo la rúbrica Significado del nuevo régimen de compatibilidad.-, efectúa unos razonamientos, de muy difícil comprensión -entiendo- al señalar, textualmente, lo siguiente, " Es innegable que la redacción del art. 141.1 LGSS /94 -hoy art. 198.1 LGSS /2015- tras su modificación por el art. 3 de la Ley 27/2011, de 1/Agosto , en su estricta literalidad no parece innovar nada trascendente en lo que toca al planteamiento básico de incompatibilidad pensión/salario en la misma profesión que más arriba hemos sostenido [FJ Tercero.2], siendo así que admite su percepción simultánea «... siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total», y la referencia legal bien pudiera entenderse alusiva -así lo impone el componente lógico/sistemático que debe imperar en la exégesis- a la coincidencia de «funciones» entre profesiones diversas, tal como impone la intelección del precepto en relación con la definición de IPT que previamente hace el art. 137. Ahora bien, esa lectura se ensombrece si se atiende a la Exposición de Motivos [EM] de la Ley, en la que se

mantiene que «[a]simismo, se clarifica la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad». Pero frente a ello no puede pasarse por alto: a).- Que la reforma no alcanzó al art. 137 LGSS /94 -hoy todavía vigente, por aplicación de la DT Vigésima Sexta TR/20015- y el concepto de IPT que la misma define es el tradicional, de aquella que «inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión habitual, siempre que el sujeto pueda dedicarse a otra distinta». b).- Que, por ello, el legislador mantiene el referido concepto general de IPT y por lo tanto conecta tal grado incapacitante con los cometidos laborales propios de la profesión -los que el trabajador afectado está obligado a realizar conforme al «ius variandi» empresarial - y no con las concretas funciones ejercidas. c).- Que no parece admisible-y menos desde la perspectiva del principio de igualdad, según veremos- la coexistencia de dos conceptos diversos de IPT, uno para su reconocimiento y de aplicación general [art. 137] y otro a efectos de compatibilidad con el salario y de exclusiva aplicación a determinados colectivos [art. 141]. d).- Que el entendimiento de la norma en los referidos términos - que rechazamos- de coexistencia de conceptos diversos de IPT, que ciertamente pudieran inferirse de la indicada referencia que se hace en la EM, comportaría -señala la doctrina- un privilegio sin ninguna justificación razonable para los citados colectivos, los que en situación de IPT tienen garantizado un nuevo puesto de trabajo en la misma categoría y con las mismas retribuciones, dada la finalidad de la pensión de sustituir las rentas de activo. e).- Que ello es, además, no sólo contrario a la ya referida progresiva flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012, sino también opuesto a la lógica de la también aludida racionalización del gasto que inspira la misma Ley 27/2011. f).- Que tampoco es prescindible la idea -común en autorizada doctrina- de que la IPT tiene una cobertura «excesiva» cuando los beneficiarios continúan en activo y contrariamente comporta una innegable infraprotección cuando no encuentran nuevo empleo. Bajo todas estas consideraciones creemos que la novedosa regulación legal ha de ser objeto de una interpretación sistemática, en la que primando una exégesis que atienda a la obligada búsqueda de la deseable igualdad y atendiendo a la conveniente lectura

finalista de la norma [el objeto de la prestación es ser sustitutiva del salario perdido], nos lleva a entender el nuevo precepto en el único sentido que permite su aplicación sin contradecir el conjunto inmodificado de la regulación legal, cual es que la referencia legal alude -como dijimos arriba- a la coincidencia o diversidad de «funciones» entre profesiones diversas, y no en la misma; y, además, que la expresión «... funciones ... que dieron lugar» a la IPT ha de entenderse referida a las funciones conjuntas de la profesión y no a las específicas obstadas por la patología, tal como la Sala ha venido entendiendo que procede hacer al calificar la posible IP en las profesiones con «segunda actividad» [nos remitimos a los precedentes arriba citados, en el punto «2» del FJ Tercero]. En otras palabras, la necesaria interpretación sistemática por fuerza nos lleva -utilizando terminología tradicional- a atribuir prevalencia a la «mens legis» frente a una hipotética o posible «mens legislatoris», siendo así que ésta -la que en su caso pudiera inducirse de la EM- colisionaría con diversos preceptos de la institución legal a la que se refiere y distorsionaría su correcto funcionamiento. Aparte de que la supremacía de la Constitución sobre la Ley -unánimemente declarada desde la STC 9/1981, de 31/Marzo - determina que los órganos judiciales deban rechazar «toda regla hermenéutica que conduzca a un resultado opuesto a los valores y mandatos constitucionales... O lo que es igual, siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la CE y otra no, la que debe admitirse es la primera» (así, (SSTS SG 22/12/08 -rcud 3460/06 -; SG 22/12/08 -rcud 856/07 -; 10/11/09 -rcud 2514/08 -; 11/11/10 -rco 239/09 -; SG 17/07/14 -rco 32/14 -; 20/01/16 -rco 163/14 -; 21/01/16 -rco 277/13 ; y 13/09/16 -rco 206/15 -); y ya hemos visto más arriba que esa interpretación en cierto modo propiciada por la EM se opone en no escasa medida al principio de igualdad -el tratamiento privilegiado a determinados colectivos ni se presenta justificado ni tampoco se pretende justificar-, por lo que debe imponerse un entendimiento del precepto -art. 141- que no solamente es más respetuoso con el principio constitucional, sino que es el único coherente con el concepto -mantenido- de IPT que con carácter general define la propia Ley en su art. 137 y por ello es también precisamente el que permite el normal funcionamiento de la institución de IP." (las negrillas son mías). 2. A la vista de estas consideraciones, no creo que haga falta, por mi parte, añadir nada más al sentido doctrinal que se pretende dar, por la mayoría de la Sala, a la cuestión de la compatibilidad/incompatibilidad del percibo de la pensión por Incapacidad Permanente Total, con la realización de funciones

y actividades distintas a las que habitualmente el trabajador incapacitado venía realizando, o de la denominada "segunda actividad". Las consideraciones de la sentencias que he transcrito, resaltando en negrilla algunas de sus afirmaciones hablan por sí solas. En definitiva, a una modificación legislativa -nuevo redactado del artículo 141.1 de la LGSS dado por la Ley 27/2011, conforme al cual, "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" , y con respecto a la que, el propio Legislador, en la Exposición de motivos de la Ley nos dice claramente, cuál es su intencionalidad". Asimismo, se clarifica la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad", la mayoría de la Sala opone su particular interpretación que, como he anticipado, solo puede calificarse como "contra legem", en cuanto niega clara, lisa y llanamente la compatibilidad que la Ley reconoce expresamente, sobre la base -como expresamente se afirma- de distintas consideraciones : desigualdad, privilegios de determinados colectivos, racionalización del gasto, flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012, etc, llegando a cuestionar, incluso su constitucionalidad, sin que no obstante -como resultaría obligado- se razone sobre la posible aplicación por la Sala del artículo 5.2 de la LOPJ . 3. Con independencia de que pudieran o no compartirse alguna de las consideraciones de la mayoría de la Sala, lo que no puede llevarse a cabo es, en mi opinión, una interpretación que, en realidad, niega la aplicación del precepto legal - artículo 141.1 de la LGSS1994, actual 198.1 de la LGSS 2015)-. Entiendo, que esta doctrina, que se formula con carácter general, y cuyo alcance es sin duda muy importante, dado el número de colectivos de trabajadores a que puede afectar -tanto aquellos que prestan servicios en Administraciones Públicas como la demandante, como aquellos otros que en empresas privadas, tienen regulada la cuestión de la "compatibilidad" en los Convenios Colectivos-, no debió formularse, al ser insisto "contra legem", y sin que se advierta -al menos por mi parte- una alarma social de la que resultare la necesidad de efectuar una interpretación tan negativa de la

compatibilidad/incompatibilidad de la pensión por Incapacidad Permanente Total con el trabajo, como la que lleva a cabo la mayoría de la Sala. La solución al caso planteado ante la Sala no exigía -desde luego- una interpretación de carácter general, sino sencillamente examinar a la vista de los hechos declarados probados, si la demandante -aquí recurrente- reunía los requisitos para percibir la pensión por Incapacidad Permanente Total y al propio tiempo desarrollar una "segunda actividad" como Policía Local, estableciendo la fecha de efectos de la pensión, todo ello en aplicación de los artículos 40 a 44 de Ley 6/1999 de la Comunidad Valenciana , y artículos 24 a 29 de su Reglamento, aprobado por Decreto 19/2003. Y reunidos dichos requisitos -como así acontece- procedía la estimación del recurso de la trabajadora, dado que dicha regulación legal es acorde con el cuestionado -por la mayoría de la Sala- artículo 141.1 de la LGSS1994, actual 198.1LGSS 2015.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 18 de octubre de 2010 el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Granada dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Virgilio contra el INSS, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al referido organismo de las pretensiones en su contra deducidas".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 11/03/09 se reconoció al actor, D. Virgilio , mayor de edad y con DNI N° NUM000 , afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el N° NUM001 , el derecho a percibir una pensión mensual vitalicia de incapacidad permanente absoluta del 100% de su base reguladora de 585,89 euros y efectos económicos desde el 04/03/09.

SEGUNDO: Para el cálculo de la base reguladora el INSS ha tenido en cuenta en el período comprendido desde el 01/12/00 hasta el 30/11/08 el importe de las bases de cotización mínimas así como que no existió obligación de cotizar desde el mes de febrero de 2.001 hasta el de enero de 2.004.

TERCERO: Disconforme con la base reguladora fijada en la mencionada Resolución, el actor formuló reclamación previa que fue desestimada. La demanda se presentó el 18/06/09.

CUARTO: El actor solicita que para el cálculo de la base reguladora de la pensión que le ha sido reconocida se computen las bases mínimas para mayores de dieciocho años en el período comprendido desde el mes de marzo de 2.002 hasta el de febrero de 2.009."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Virgilio dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada sentencia con fecha 2 de marzo de 2011 en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Virgilio contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Granada de fecha 18 de octubre de 2010 , recaída en los Autos 676/09 seguidos en virtud de demanda formulada por el mencionado recurrente contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en materia de base reguladora de incapacidad permanente debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida determinando la base reguladora que figura al folio 34 en el sentido de integrar las lagunas existentes a partir del mes de marzo de 2001 y hasta el mes de enero de 2004 con las bases mínimas de cotización correspondientes al período de referencia para mayores de 18 años a tiempo completo, condenando al INSS a que esté y pase por semejante declaración y al abono de las diferencias resultantes de la mayor base reguladora así fijada. Sin costas".

CUARTO.- La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante escrito presentado el 4/5/2011 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en

el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de fecha 1 de julio de 2009 (recurso nº 874/09). SEGUNDO.- Se alega la infracción de la Disposición Adicional Séptima, nº 1, regla 3ª,b) y artículo 140.4 de la LGSS , en relación con lo dispuesto en el art. 7.2 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre , así como con los arts. 12.1, 34 y 35 del ET.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de que "debe decretarse nulidad de lo actuado, por no ser la sentencia del Juzgado de lo Social, susceptible de recurso de suplicación". La demora en la tramitación del presente recurso ha sido por las incidencias que a continuación se exponen: una vez emitido informe por el Ministerio Fiscal acerca de una posible falta de competencia funcional sobre la irrecurribilidad de la sentencia de instancia, se acordó por la esta Sala en virtud de providencia de 13-12-2011 dejar sin efecto el señalamiento para votación y fallo por una posible causa de inconstitucionalidad. Una vez resuelta esta causa por sentencia del Tribunal Constitucional de 25-9-2014 desestimando la cuestión promovida por esta Sala se señala para votación y fallo el 10-12-2014, mediante nueva providencia de 4-12-2014 se acuerda la suspensión del señalamiento a la vista del planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto de la interpretación y aplicación de la Disposición Adicional séptima de la LGSS.

SEXTO.- Una vez resueltas estas incidencias, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 7 de marzo de 2017. En dicho acto, la Magistrado Ponente Excm. Sra. Doña María Milagros Calvo Ibarlucea señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Luelmo Millan. No se ha podido dictar sentencia en el plazo legalmente previsto dada la complejidad de la cuestión a resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por resolución del INSS de 11 de marzo de 2009 se reconoció al actor pensión de incapacidad permanente absoluta con efectos desde el 4/03/2009 y una base reguladora de 585,89 € importe obtenido calculando bases mínimas durante el período del 1/12/2000 hasta el 30/11/2008 y ausencia del deber de cotizar desde el mes de febrero de 2001 hasta enero de 2004. Disconforme el beneficiario por entender que debería calcularse el importe sobre las bases mínimas para mayores de 18 años por el período comprendido desde marzo de 2002 hasta febrero de 2009 impugnó la resolución del INSS. Desestimada la reclamación previa, en la judicial se desestimó la demanda por el Juzgado de lo Social en resolución que fue revocada en parte a través del recurso de suplicación integrando las lagunas existentes desde marzo de 2001 hasta enero de 2004 con las bases mínimas de calificación para mayores de 18 años a tiempo completo.

Recorre el INSS en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 1 de julio de 2009 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada.

Tal y como sostiene la propia parte demandante en su escrito de impugnación del recurso, cabe la admisión de éste y ello porque ya se admitió también, sin discusión, el de suplicación contra la sentencia de instancia, aunque sin argumento alguno al respecto, debiendo entenderse, en todo caso, que ése ha sido también el posicionamiento, desde un principio, de esta Sala desde el momento en que planteó la cuestión de posible inconstitucionalidad de la norma de aplicación, lo que habría resultado innecesario de otro modo, lo mismo que la suspensión del curso de los autos mientras se resolvía la cuestión prejudicial formulada por un TSJ y todo ello por presumirse, igualmente desde un principio, que la cuestión litigiosa posee claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes, como prevé el art 191.3.b) de la LRJS , ya que de otro modo y si sólo se contemplase la cuestión de la cuantía, habría necesidad de anular la sentencia de suplicación, quedando así firme la de instancia, que desestimaba la demanda de la actora.

SEGUNDO.- Ello sentado, cabe señalar que la sentencia de comparación estimó el recurso interpuesto por el INSS frente a la sentencia que había establecido una base reguladora de 524,45 € reduciéndola a 484,53 €. Dicha base reguladora coincide con la reconocida por la Entidad Gestora, para la que se tuvo en cuenta base de cotización de cuantía inferior al mínimo para mayores de 18 años a tiempo completo durante el período comprendido entre noviembre de 2005 y octubre de 2006, durante el cual no existió obligación de cotizar, precedido de otro, del 10/08/2005 a 9/11/2005 de contratación a tiempo parcial, y la laguna de cotización se integra con bases mínimas correspondiendo al número de horas contratadas. La pretensión actora consistió en la interposición con bases mínimas para trabajadores mayores de 18 años, a tiempo completo.

En cuanto a la contradicción necesaria en este tipo de casación, y en función de cuanto se lleva dicho, cabe apreciarla en lo sustancial entre las sentencias comparadas, en tanto en cuanto coincide, en esencia y aunque se trate de prestaciones diferentes, el núcleo de lo debatido en ambos casos, con resultados encontrados respecto del incremento de la base reguladora prestacional solicitado por las partes demandantes en uno y otro, toda vez que como se dice en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida refiriéndose al actor, "consta en el folio 26 que prestó sus servicios a jornada completa 8828 días, realizando una jornada de trabajo a tiempo parcial del 40% desde el 4 de noviembre de 2000 hasta el 3 de febrero de 2001 (equivalente a 37 días cotizados), sin que exista obligación de cotizar hasta el 16 de enero de 2004 en que el actor es contratado a tiempo completo", lo que, en lo que importa, resulta semejante a la sentencia referencial pues como dice ésta al aludir al recurso de la actora en dicho procedimiento, "el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en los meses en que no hubo obligación de cotizar, integro• lagunas sobre las bases mínimas para mayores de 18 años en función de las horas contratadas en la fecha en que se interrumpió la obligación de cotizar aplicando el RD 1131/2002, habiendo estado precedido el citado periodo en el que no hubo obligación de cotizar por otro de 10.08.2005 a 9.11.2005 en el que hubo una contratación a tiempo parcial como consta en el hecho probado cuarto de la sentencia que se recurre ".

TERCERO.- La recurrente alega la infracción de la Disposición Adicional Séptima. 1.Tercera, b) y del artículo 140.4 de la LGSS en relación con lo dispuesto en el artículo 7.2 del Real Decreto 1131/2002 de 31 de octubre , así como de los artículos 12.1, 34 y 35 del ET.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar en nuestra sentencia de 16 de marzo de 2017 (rcud 1871/2013), que resuelve un caso sustancialmente coincidente con el actual, ha de partirse para decidir de la doble circunstancia de que, en primer lugar, el Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado en sentencia de 25 de septiembre de 2014 acerca de la cuestión de inconstitucionalidad formulada por esta Sala mediante auto de 26 de abril de 2012 y desestima la misma, que versaba sobre la Disposición Adicional Séptima, 1, Tercera, b), como más adelante se desarrolla.

De otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 14 de abril de 2015, recaída en el asunto C-527/13 de Magdalena contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia acerca del sistema de integración de lagunas de cotización, establece en su fallo que:

"1) El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 , relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción.

2) El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que no entra dentro de su ámbito de aplicación una normativa de un Estado miembro que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo , mientras que si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo no se aplica tal reducción.".

CUARTO.- La referida Disposición Adicional Séptima de la LGSS , que lleva por título "Normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial" establece en el texto vigente a la fecha del hecho causante (01/06/2011) en su nº1, Tercera, b) que "A efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término ".

Como se ha anticipado, el TC no alberga duda, en los términos en que se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad, acerca de la constitucionalidad de dicha norma sin que aprecie tampoco falta de proporcionalidad, irrazonabilidad, arbitrariedad ni de objetividad de la regla elegida ni que ésta produzca efectos aleatorios, sino que - dice para concluir- "lo que ocurre es que dichos efectos pueden beneficiar o perjudicar más a unos u otros trabajadores en función de cómo se sucedan los períodos de trabajo y de inactividad y dentro de los primeros, los trabajos a tiempo completo y parcial; pero ni ello es aleatorio ni diferente a lo que ocurre en otros múltiples aspectos de la relación de Seguridad Social.".

Por su parte, el TJUE resuelve la doble cuestión prejudicial referenciada en el precedente fundamento tercero en los términos que constan en el mismo, contemplándose en su texto el caso de una trabajadora que cotizó a la Seguridad Social española desde el 15 de septiembre de 1971 hasta el 25 de abril de 2010 y a la que se le computó un total de 5.523 días, durante los cuales trabajó a tiempo completo, salvo tres períodos encadenados sin solución de continuidad, comprendidos, entre el 1 de septiembre de 1998 y el 23 de enero de 2002, hallándose a lo largo de los mismos empleada a tiempo parcial, sin que cotizase en el posterior período que va del 23 de enero de 2002 al 30 de noviembre de 2005. A dicha trabajadora se le reconoció una pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual cuyo importe se calculó sobre la base del período de cotizaciones comprendido entre marzo de 2002 y febrero de 2010, tomando en consideración para ello, por lo que respecta al período entre marzo de 2002 y noviembre de 2005, las bases mínimas de cotización de cada uno de esos años reducidas, atendiendo al coeficiente de parcialidad de las últimas cotizaciones anteriores a la primera de ambas fechas.

El Alto Tribunal concluye, por lo que se refiere al primer punto de la cuestión, en el sentido antedicho, por entender que no puede estimarse que la disposición nacional controvertida en el litigio principal perjudique principalmente a los trabajadores que trabajan a tiempo parcial y más concretamente, a las mujeres.

En cuanto al segundo punto, comienza por recordar que del preámbulo del Acuerdo marco se desprende ya que éste tiene por objeto "las condiciones de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, reconociendo que las decisiones relativas a los regímenes legales de seguridad social son competencia de los Estados miembros" y que según su propia jurisprudencia (asunto Elbal Moreno C-385/11 , EU: C: 2012:746, apartado 21), si bien las pensiones que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador están comprendidas en el concepto de "condiciones de empleo", "las decisiones relativas a los regímenes legales de seguridad social son competencia de los Estados miembros".

QUINTO.- Lo resuelto, pues, por ambos Tribunales (TC y TJUE), nos remite de nuevo a la aplicación de la Disposición Adicional Séptima, Tercera, b) de la LGSS, conforme a la cual y como ya se ha dicho, "la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término".

De ello resulta que la sentencia correcta es la de contraste, porque el texto legal no distingue -como podría haber hecho- del modo que lo hace la recurrida para concluir que las lagunas deben integrarse con las bases mínima de cotización a tiempo completo, por más que sean las más caracterizadas, por su extensión cronológica, en el período a computar para la determinación de la base reguladora, lo cual, en definitiva, constituye una interpretación contraria a la que se deriva de la dicción gramatical del texto, que es la hermenéutica a que hay que atender en primer lugar conforme al art 3.1 del CC (el "sentido propio de sus palabras" a que alude dicho precepto).

Por el contrario, el legislador incluso ha efectuado una última precisión que puede entenderse que da definitivamente al traste con la tesis de la sentencia combatida, como es la que ocupa a su postrer párrafo que dice "correspondiente al número de horas contratadas en último término". De tal dicción, congruente con lo anterior, cabe inferir que se ha pretendido zanjar cualquier cuestión en tal sentido y que tratándose de un caso como el presente, en que solo ha existido un -aunque breve- período de tiempo que resulta inmediatamente anterior a aquél en que no hubo obligación de cotizar, la expresión "en cada momento", aclarada acto seguido por la frase "correspondiente al número de horas contratadas en último término", obliga a la conclusión antedicha, sin posibilitar ya ninguna otra en una situación como la contemplada, porque ese "momento" es el último trabajado o "último término" antes de la mencionada etapa en que no hubo obligación de trabajar, que ha de ser integrada.

Y en este sentido se orienta el parecer mayoritario del TC en su sentencia precitada cuando dice que "la norma cuestionada no hace sino trasladar a los trabajadores contratados a tiempo parcial la misma regla que rige con carácter general

para los trabajadores contratados a jornada completa: las lagunas de cotización se integrarán con la base mínima de cotización. No hay, por tanto, una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial pues la regla aplicable es la misma, lo que ocurre, y de ahí deriva la diferencia, es que la base mínima de cotización es diferente en cada caso y el legislador ha decidido cubrir la laguna con la base mínima de cotización correspondiente al contrato anterior al inicio de la misma."

Y, a partir de ahí, sostiene más adelante : "en el caso de las mismas prestaciones de jubilación e incapacidad permanente a las que afecta la regulación ahora cuestionada, la base reguladora se calcula como el promedio de las bases de cotización de un número de meses determinado, no en función de las cotizaciones globales de la vida laboral. De este modo, igual que la integración de lagunas de cotización tendrá un resultado diferente en función de que el período previo de cotización lo fuera a tiempo completo o a tiempo parcial, la propia base reguladora de la prestación tendrá una cuantía diferente en función de si el trabajador ha cotizado en los últimos años de su vida profesional como trabajador a tiempo completo o como trabajador a tiempo parcial, o igualmente en función de si en los últimos años ha desempeñado trabajos menos cualificados y remunerados que al principio de su vida profesional o a la inversa. Todo ello forma parte de la lógica del sistema y de las reglas técnicas por las que se rige.

Cosa distinta es que el legislador , en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pueda decidir establecer un sistema distinto de integración de lagunas, si lo estima oportuno, que tenga en mayor medida en cuenta el esfuerzo contributivo realizado."

Y ello, añade, no implica que "la regla establecida por el legislador para proceder a la integración de lagunas cuando se trata de trabajadores contratados a tiempo parcial sea irrazonable o falta de justificación, en un sistema en el que la distribución de medios escasos requiere ponderar cuidadosamente las situaciones de necesidad que han de ser protegidas estableciéndose los requisitos que han de reunirse a este efecto (por todas, STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 5). La regla cuestionada,

aunque pueda discreparse de ella, no carece de justificación pues de lo que se trata es de crear una ficción legal que consiste en entender que el trabajador habría continuado prestando servicios a tiempo parcial si no se hubiera producido la circunstancia que motivó el cese de su obligación de cotizar y la correspondiente laguna”.

No supone, en fin, según el Alto Tribunal, vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecido en el art 9.3 de la CE, ni implica que haya falta de objetividad en la regla elegida, " pues depende del contrato que se tenía en el momento en que se produce la laguna”.

En esta última frase se puede resumir toda su doctrina al efecto, que, aunque en función de la exclusiva determinación de la inconstitucionalidad, o no, de la norma sometida a su consideración, cabe proyectarla más allá, toda vez, en fin, que, sigue diciendo, aunque "la regla produce unos efectos ciertos y determinados, lo que ocurre es que dichos efectos pueden beneficiar o perjudicar más a unos u otros trabajadores en función de cómo se sucedan los períodos de trabajo y de inactividad y dentro de los primeros, los trabajos a tiempo completo y parcial. Pero ni ello es aleatorio ni diferente a lo que ocurre en otros múltiples aspectos de la relación de Seguridad Social...", todo lo cual justifica, en definitiva, la opinión y el proceder de la entidad gestora, a la que procede, por cuanto se lleva dicho, absolver, teniendo en cuenta la dicción textual de la norma de aplicación, al precisar, según ya se ha expuesto, que la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar "se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento " , que es lo que, en definitiva, ha hecho dicha entidad, ya que no se trata, según la norma, de un mayor o menor período de cotización a tiempo parcial como factor o elemento, en su extensión cronológica, de proporción en relación con el tiempo de cotización a tiempo completo, sino de la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar con, como se ha dicho, la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término, de modo que es éste (el momento) el factor determinante de dicha integración y no otro, por lo que la proporcionalidad entre los diversos períodos cotizados, queda,

evidentemente, fuera de la previsión normativa, y no es, por tanto, un principio a tener en cuenta.

El recurso, pues, visto el informe del Ministerio Fiscal, debe estimarse.

FALLO:

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

: Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Granada de fecha 2 de marzo de 2011, dictada en el recurso de suplicación número 2995/10 , formulado frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Granada de fecha 18 de octubre de 2010 dictada en virtud de demanda formulada por Don Virgilio , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre PRESTACIONES. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y confirmamos la de instancia. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA DE ESTA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO, EXCMA. SRA. DÑA. María Milagros Calvo Ibarlucea A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Nº 1480/2011

BASES MÍNIMAS.

El presente voto no se emite desde la discrepancia con la doctrina emanada de la STC 25/9/201 cuestión de inconstitucionalidad 3361/2012 ni de la STJUE de 14/04/2005 en la C-527-13 que la sentencia dictada por esta Sala acata, sino por disconformidad con su aplicación al caso concreto.

A la vista de cuanto se ha expuesto:

Del examen del expediente al que la sentencia remite y de las precisiones que contiene su fundamentación con indudable valor de hecho probado se advierte que la cotización a tiempo parcial tuvo lugar en la etapa anterior al mes de febrero de 2001,

razón por la que el INSS computa la base inferior a la mínima durante el periodo comprendido entre febrero de 2001 y enero de 2004, concretamente realizó una jornada a tiempo parcial del 40% desde el 4 de noviembre de 2000 hasta el 3 de febrero de 2001 (equivalentes a 37 días cotizados) sin que exista obligación de cotizar hasta el 16 de enero de 2004 en que el actor es contratado a tiempo completo.

Por esa razón la sentencia recurrida integra con bases mínimas las lagunas existentes desde marzo de 2001 hasta enero de 2004 al considerar que un breve intervalo en la prestación de servicios a tiempo parcial, el existente entre diciembre de 2000 y el 3 de febrero de 2001 no debe ser tomado en consideración para la integración de todas las lagunas, de suerte que desde el 4 de noviembre de 2000 hasta el 3 de febrero de 2001, procede computar las bases realmente cotizadas, pero a diferencia de lo que sucede con ese breve período, que es de actividad, en el que le sigue, sin obligación de cotizar, la sentencia razona que no cabe adoptar esa fórmula de cómputo sino partir de la situación que precedió a la contratación a tiempo parcial.

En consecuencia la vida laboral del demandante presenta dos partes, la primera con una secuencia de cotizaciones a tiempo completo que quiebra entre el 4 de noviembre (si bien el período a considerar es diciembre de 2000) y el 3-2-2001, contratación a tiempo parcial precedida desde el 1-2-1975 por cotizaciones a tiempo completo y una etapa posterior al mes de enero de 2004 en que reanuda la prestación de servicios a tiempo completo.

Con carácter de excepcionalidad no podemos dejar de atender las razones que guiaron la suplicación hasta adoptar la decisión que el recurso combate. Nos referimos con ello a una carrera de seguro en jornada completa que se inicia el 1 de febrero de 1975, se trunca en diciembre de 2000 con la prestación de servicios a tiempo parcial hasta febrero de 2001, y no se reanuda, de nuevo ya en jornada completa hasta 2004 en la que prosigue hasta el inicio de la incapacidad temporal.

Desde el máximo respeto hacia la norma cuya infracción se denuncia y al criterio emanado de la cuestión prejudicial, razones de equilibrio y proporcionalidad en

la aplicación de una norma que si bien no es restrictiva de derechos puesto que se acomoda a una situación dispar, interpretada en el conjunto rector y en el de la situación reflejada en el historial de actividad y cotización, el contexto al que alude el artículo 3.1 del Código Civil , tanto personal del litigante con el significado de vida laboral, como social por la comparación con innumerables supuestos entre los que sin duda destacará como excepcional y justificado, abonan mantener el criterio adoptado en suplicación no sin dejar de insistir en que la interpretación efectuada en modo alguno busca evadir la vigencia del precepto sino atemperar unas consecuencias de alcance desproporcionado teniendo en cuenta la causa que las origina.

No es ajena nuestra jurisprudencia al criterio de flexibilidad como lo muestran las múltiples resoluciones en las que se sigue la bien conocida doctrina del paréntesis, por citar dos ejemplos entre otros muchos, las SSTS de 5/02/2001 (RCU 1544/2000) y de 14/03/2012 (4674/2010), en las que se acoge la justificación de que, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que la doctrina del paréntesis debe aplicarse de una forma flexible, exigiendo, por un lado, la manifestación del ,animus laborandi,, que se prueba mediante la inscripción del demandante de empleo y permitiendo, por otro lado interrupciones en esa inscripción debidas a variadas circunstancias, por ejemplo, una enfermedad impeditiva u otros supuestos análogos de infortunio personal o cuando las interrupciones no son excesivamente largas, precisando que la brevedad en el intervalo se ha de hacer en términos relativos que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su ,carrera de seguro y también en su caso la duración del periodo de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal.

No solo se ha hecho uso de una interpretación flexible de normas rectoras de la concesión de prestaciones en ellas reguladas en orden a su obtención sino que la flexibilidad se ha llevado también al terreno del reconocimiento de prestaciones sin asiento expreso en nuestra legislación buscando la aproximación a otras establecidas .Cabe citar a título de ejemplo las recientes sentencias dictadas en materia de maternidad subrogada, SSTS 25-10-2016 (R. 3818/2015), 30-11-2016 (R. 3183/2015), 19-10-2016 (R. 1650/2015), 30-11- 2016 (Rs. 3219/2015, 1307/2015) y art. 133 bis LGSS .

Parafraseando a la doctrina anteriormente reproducida sobre el paréntesis la estricta interpretación de la norma de rectora atendidos parámetros tales como la respectiva duración de la carrera de seguro y la de la contratación a tiempo parcial podría llevar a convertir esta última en una forma de, infortunio personal, de consecuencias imprevisibles en el terreno de la disuasión y de la apertura de un nuevo espectro fraudulento en la evasión de los contratos de aquella naturaleza.

Madrid, 20 de abril de 2017

**DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE
DOCTRINA Nº 1480/2011**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 1480/2011, para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo de los fundamentos que conducen al fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

Suscribo y me adhiero a la práctica totalidad del voto particular emitido por la Magistrada de esta Sala IV del Tribunal Supremo, Excma. Sra. Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea, en cuanto señala:

[BASES MÍNIMAS.

El presente voto no se emite desde la discrepancia con la doctrina emanada de la STC 25/9/201 cuestión de inconstitucionalidad 3361/2012 ni de la STJUE de 14/04/2005 en la C-527-13 que la sentencia dictada por esta Sala acata, sino por disconformidad con su aplicación al caso concreto.

A la vista de cuanto se ha expuesto:

Del examen del expediente al que la sentencia remite y de las precisiones que contiene su fundamentación con indudable valor de hecho probado se advierte que la cotización a tiempo parcial tuvo lugar en la etapa anterior al mes de febrero de 2001, razón por la que el INSS computa la base inferior a la mínima durante el periodo

comprendido entre febrero de 2001 y enero de 2004, concretamente realizó una jornada a tiempo parcial del 40% desde el 4 de noviembre de 2000 hasta el 3 de febrero de 2001 (equivalentes a 37 días cotizados) sin que exista obligación de cotizar hasta el 16 de enero de 2004 en que el actor es contratado a tiempo completo.

Por esa razón la sentencia recurrida integra con bases mínimas las lagunas existentes desde marzo de 2001 hasta enero de 2004 al considerar que un breve intervalo en la prestación de servicios a tiempo parcial, el existente entre diciembre de 2000 y el 3 de febrero de 2001 no debe ser tomado en consideración para la integración de todas las lagunas, de suerte que desde el 4 de noviembre de 2000 hasta el 3 de febrero de 2001, procede computar las bases realmente cotizadas, pero a diferencia de lo que sucede con ese breve período, que es de actividad, en el que le sigue, sin obligación de cotizar, la sentencia razona que no cabe adoptar esa fórmula de cómputo sino partir de la situación que precedió a la contratación a tiempo parcial.

En consecuencia la vida laboral del demandante presenta dos partes, la primera con una secuencia de cotizaciones a tiempo completo que quiebra entre el 4 de noviembre (si bien el período a considerar es diciembre de 2000) y el 3-2-2001, contratación a tiempo parcial precedida desde el 1-2-1975 por cotizaciones a tiempo completo y una etapa posterior al mes de enero de 2004 en que reanuda la prestación de servicios a tiempo completo.

Con carácter de excepcionalidad no podemos dejar de atender las razones que guiaron la suplicación hasta adoptar la decisión que el recurso combate. Nos referimos con ello a una carrera de seguro en jornada completa que se inicia el 1 de febrero de 1975, se trunca en diciembre de 2000 con la prestación de servicios a tiempo parcial hasta febrero de 2001, y no se reanuda, de nuevo ya en jornada completa hasta 2004 en la que prosigue hasta el inicio de la incapacidad temporal.

Desde el máximo respeto hacia la norma cuya infracción se denuncia y al criterio emanado de la cuestión prejudicial, razones de equilibrio y proporcionalidad en la aplicación de una norma que si bien no es restrictiva de derechos puesto que se

acomoda a una situación dispar, interpretada en el conjunto rector y en el de la situación reflejada en el historial de actividad y cotización, el contexto al que alude el artículo 3.1 del Código Civil , tanto personal del litigante con el significado de vida laboral, como social por la comparación con innumerables supuestos entre los que sin duda destacará como excepcional y justificado, abonan mantener el criterio adoptado en suplicación no sin dejar de insistir en que la interpretación efectuada en modo alguno busca evadir la vigencia del precepto sino atemperar unas consecuencias de alcance desproporcionado teniendo en cuenta la causa que las origina.

No es ajena nuestra jurisprudencia al criterio de flexibilidad como lo muestran las múltiples resoluciones en las que se sigue la bien conocida doctrina del paréntesis, por citar dos ejemplos entre otros muchos, las SSTS de 5/02/2001 (RCUD 1544/2000) y de 14/03/2012 (4674/2010), en las que se acoge la justificación de que, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que la doctrina del paréntesis debe aplicarse de una forma flexible, exigiendo, por un lado, la manifestación del ,animus laborandi,, que se prueba mediante la inscripción del demandante de empleo y permitiendo, por otro lado interrupciones en esa inscripción debidas a variadas circunstancias, por ejemplo, una enfermedad impeditiva u otros supuestos análogos de infortunio personal o cuando las interrupciones no son excesivamente largas, precisando que la brevedad en el intervalo se ha de hacer en términos relativos que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su ,carrera de seguro y también en su caso la duración del periodo de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal].

Por las razones expuestas, dicho sea una vez más con los debidos respetos al voto mayoritario, entiendo que debió desestimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el INSS, con la consecuente confirmación de la sentencia recurrida. Omito del referido voto particular la cita de la doctrina jurisprudencial referida a la ,interpretación flexible de normas rectoras de la concesión de prestaciones..., por cuanto sin lugar a dudas ha sido correctamente aplicada al supuesto particular examinado en cada caso, no parangonable al presente aunque asimismo particular, asimilable, y que merece igual respuesta, pero ello me llevaría a un

análisis más profundo de la doctrina que también desde la ,analogía, a la ,realidad social, ha desembocado asimismo en el reconocimiento de prestaciones.

13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 6 de febrero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Cáceres dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- El demandante en el presente procedimiento Patricio interesó de la JUNTA DE EXTREMADURA SEPAD su declaración de discapacidad.

2º. - Evacuado el trámite ad hoc que se tiene aquí por reproducido se emite dictamen por el equipo de valoración y orientación del centro base de Cáceres, EVO que en atención al menoscabo físico que padece la parte le asigna un porcentaje del 14 %.

3º. - El demandante presenta las siguientes lesiones residuales: pérdida de visión en un ojo con visión conservada en el otro.

4º. - Se ha agotado la vía previa.

5º.- El demandante pide que se declare que su grado de discapacidad del 33 % con las consecuencias, así como que se tengan en cuenta, se superarse el mínimo por defecto somático, de 3 puntos por factores sociales».

En dicha sentencia consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimando la demanda interpuesta por D. Patricio contra la JUNTA DE EXTREMADURA SEPAD, al que absuelvo de todos los pedimentos que contra él se formulan».

SEGUNDO .- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Patricio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, la cual dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2015 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta el siguiente fallo: «Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Patricio , contra la sentencia número 21/15 dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N. 1 de CÁCERES en el procedimiento DEMANDA 383/2014, seguidos a instancia del mismo recurrente, frente a la JUNTA DE EXTREMADURA, CONSEJERÍA DE SALUD Y POLÍTICA SOCIAL, sobre INCAPACIDAD, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia».

TERCERO.- Por la representación letrada de D. Patricio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura el 16 de julio de 2015. Se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 28 de junio de 2012 (RSU 572/2012), considerando la parte que la sentencia recurrida interpreta erróneamente el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

CUARTO.- Con fecha 15 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que la buena doctrina se encuentra en la sentencia de contraste, por lo que el recurso debe ser considerado procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de marzo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora estriba en determinar la forma de aplicar las reglas en materia de valoración de las deficiencias del aparato visual del Capítulo 12 del Anexo 1 A) del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

2.- La sentencia recurrida de la Sala Social del TSJ de Extremadura de 12 de mayo de 2015, rec.166/2015, confirma en sus términos la de instancia que desestimó la demanda y declaró ajustado a derecho el grado de discapacidad del 14% reconocido en vía administrativa al demandante, que presenta pérdida total de la visión del ojo izquierdo por traumatismo que ocasionó estallido del globo ocular cuando tenía 7 años, manteniendo en su totalidad la capacidad visual en el ojo derecho.

En esas circunstancias, la sentencia considera que la forma correcta de proceder para aplicar lo dispuesto en aquel Capítulo 12, es la siguiente: a) los cuadros 1 y 2.2 contemplan las deficiencias visuales derivadas de pérdida de agudeza visual (AV) y de campo visual (CV), en consideración de la situación uniocular, como es el caso de autos en el que ya hemos dicho que el ojo derecho no sufre merma de ningún tipo; b) la pérdida y consiguiente deficiencia visual que corresponde a cada uno de los apartados (AV y CV) es del 100% en ese único ojo afectado; c) seguidamente ha de ponerse en relación esta deficiencia uniocular con la binocular y aplicar a estos efectos la tabla 1, para lo que se ha de combinar la deficiencia del 100% del "ojo peor", con la del "ojo mejor" que en este supuesto es del 0%, lo que arroja un resultado del 25% como deficiencia binocular; d) la conversión de esta deficiencia visual del 25% en porcentaje de discapacidad conforme a lo previsto en la tabla 2, arroja finalmente un grado de discapacidad el 14%.

3.- La sentencia invocada de contraste es la dictada por la Sala Social del TSJ de Madrid de 28 de junio de 2012, rec.272/2012, que resuelve un asunto en el que se había reconocido en vía administrativa un grado de discapacidad del 14% por deficiencias

visuales derivadas de la pérdida total de visión en el ojo izquierdo, manteniéndose en su totalidad la capacidad visual del ojo derecho.

En esa situación la Sala de Madrid confirma la sentencia de instancia que había reconocido un grado de discapacidad del 32% derivado de la deficiencia visual, aplicando de la siguiente manera las reglas del Capítulo 12 del RD 1971/1999: a) puesto que el cuadro I otorga a la pérdida total de visión uniocular una deficiencia por déficit de agudeza visual del 100%, aplica la tabla 1 para la obtención de la deficiencia visual binocular, y establece en un 25% la disminución de la capacidad visual por este concepto; b) seguidamente acude al cuadro 2.2 referente a la deficiencia visual por déficit sectorial del campo visual uniocular que fija en un 100% la deficiencia correspondiente a la situación de ceguera en un solo ojo, para aplicar por segunda vez la tabla 1 en razón de la pérdida del campo visual, de la que nuevamente resulta un 25%; c) y finalmente traslada ambos porcentajes del 25% a la tabla de valores combinados que se ofrece al final del Anexo I A), para extraer como deficiencia visual binocular el 44% a la que le correspondería un grado de discapacidad del 32% en aplicación de la tabla 2.

4. - En atención a los hechos, pretensiones y cuestiones jurídicas debatidas en uno y otro caso, debe concluirse forzosamente la existencia de contradicción en los términos exigidos por el art. 219 LRJS, que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

Tanto la sentencia recurrida como la referencial resuelven sobre un supuesto de hecho absolutamente idéntico, en el que se trata de establecer el grado de discapacidad de quien ha perdido totalmente la visión de un ojo y conserva en su integridad la del otro, sin que concurren otros elementos adicionales que pudieren distorsionar la valoración médica que haya de hacerse de esa situación.

Y en ambos casos se trata de aplicar las mismas reglas del Capítulo 12 del Anexo 1 A) del RD 1971/1999, en lo que las resoluciones comparadas han alcanzado un resultado diferente que es necesario unificar.

La diferencia de criterio entre una y otra sentencia reside en que la recurrida ha considerado que la deficiencia visual del ojo izquierdo es del 100% por los déficits de AV y CV y aplica por una sola vez la tabla 1 del capítulo 12 para obtener la deficiencia visual binocular que es del 25%, mientras que la de contraste traslada a la tabla 1 el porcentaje de deficiencia del 100% del ojo izquierdo por déficit de AV, lo que ofrece un resultado de deficiencia binocular del 25%, pero vuelve a aplicar por segunda ocasión esa misma tabla con base a deficiencia visual del 100% del mismo ojo izquierdo por el déficit de CV, de lo que extrae ese mismo porcentaje del 25%, para aplicar seguidamente la tabla de valores combinados que se ofrece al final del Anexo 1 a) de la que resulta una deficiencia visual del 44%.

No estamos por lo tanto ante la valoración de unas determinadas lesiones en orden a establecer la incidencia que pudieren tener para la calificación de un concreto y específico grado de discapacidad, lo que no sería materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de considerar la concurrencia de suficiente identidad en el alcance del efecto invalidante de esas dolencias, sino ante una cuestión estrictamente jurídica relativa al modo y manera de proceder en la aplicación de las diferentes tablas y cuadros incluidos en el Capítulo 12 del Anexo 1 A) del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, en el que se desarrollan las reglas de valoración a estos efectos de las dolencias afectantes al aparato visual.

SEGUNDO.1. - La complejidad del asunto exige hacer una breve referencia a la estructura interna y contenido del mencionado Real Decreto 1971/1999, en aquellas partes que interesan para la resolución del caso.

Como dispone en el art. 1, su objeto es el de establecer el grado de discapacidad en razón de la totalidad de lesiones, dolencias y afecciones de carácter físico o psíquico que pueda padecer el solicitante, conforme a la valoración que haya de hacerse de las mismas de acuerdo con los baremos que se incluyen en el RD como anexos I y II a los que se refiere su art. 2.

El Anexo I está a su vez integrado por dos anexos diferentes: el A) que contiene los baremos de valoración de todas las posibles lesiones y dolencias que han de ser tenidas en consideración; y el B) que regula el baremo de factores sociales complementarios que deben adicionarse al grado de discapacidad resultante del anexo 1 A), siempre que la aplicación de este último ofrezca un resultado no inferior al 25%.

El art. 5.1º dispone que "La valoración de la discapacidad, expresada en porcentaje, se realizará mediante la aplicación de los baremos que se acompañan como Anexo I, apartado A), del presente Real Decreto" .

A tal efecto, dicho Anexo fija las pautas para la determinación de la discapacidad originada por deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas corporales.

Consta de un total de 16 capítulos. El primero de ellos contiene las reglas generales que han de ser aplicadas en la evaluación. Los restantes capítulos establecen normas para la calificación de deficiencias y discapacidades de cada uno de los aparatos y sistemas del cuerpo humano, que viene expresada en porcentaje de discapacidad. Al final del anexo 1.A se ofrece una tabla de valores combinados que debe utilizarse siguiendo las indicaciones que se especifican en cada uno de los capítulos.

2. - El capítulo 12 de ese Anexo I A) es el dedicado al aparato visual.

En su encabezamiento se dice: " En este capítulo se proporcionan criterios para la valoración de la discapacidad originada por las deficiencias visuales que pueden existir como consecuencia de padecer afecciones o enfermedades oculares y/o neuroftalmológicas.

En primer lugar se exponen las normas de carácter general que han de tenerse en cuenta para proceder a valorar y/o cuantificar la deficiencia visual.

En segundo lugar, se determinan los criterios para el diagnóstico, la valoración y cuantificación de las deficiencias de la visión.

Por último, se establece la tabla de conversión de la deficiencia visual en porcentaje de discapacidad".

Siguiendo ese esquema, en un primer apartado y bajo el título "Normas de carácter general para la evaluación de deficiencias visuales", contiene una pluralidad de reglas, de las que destacamos en lo que ahora interesa las siguientes:

"1. Sólo serán objeto de valoración los déficits visuales definitivos, es decir, aquellos no susceptibles de tratamiento y recuperación o aquellos en los que ya se hayan realizado todos los mecanismos de tratamiento existentes.

2. Las variables a tener en cuenta son las que se derivan de la disminución de la función visual. Y la función visual viene determinada, fundamentalmente, por la agudeza visual y el campo visual

Tanto la agudeza visual como el campo visual pueden referirse a un solo ojo (uniocular) o a los dos ojos (binocular). Normalmente la función visual es binocular, sin embargo, en términos generales, la función visual uniocular es compatible con las actividades cotidianas comunes.

3. - En su segundo apartado regula los "Criterios de valoración de deficiencias visuales", y se atiene a esta estructura:

4.

a) Desarrolla un total de seis reglas numeradas del 1 al 6 - la segunda de ellas subdividida en varios epígrafes -, en las que describe y ofrece ejemplos sobre la forma de valorar la disminución de la visión que genera la pérdida de AV y/o de CV. De las que interesa subrayar las siguientes:

"1. Sólo será objeto de valoración el déficit de la agudeza visual (AV) después de la corrección óptica correspondiente. La valoración en porcentaje de estas deficiencias se recoge en el cuadro número 1.

El porcentaje de deficiencia de la visión debida a disminución de la AV en ambos ojos se obtiene aplicando la tabla 1.

2. Las deficiencias visuales debidas a defectos del campo visual (CV) pueden existir con AV normal o con AV disminuida.

2.2.1. Cuando la disminución concéntrica del CV aparece en ojos que también presentan déficit de AV, el porcentaje de deficiencia de la visión se determinará calculando, por una parte, la deficiencia debida a la disminución de AV binocular (tabla 1) y, por otra, la originada por el defecto de campo, también binocular (tabla 1). Los valores hallados se combinarán utilizando la tabla de valores combinados que se ofrece al final del Anexo I a.

a) A continuación incluye cuatro diferentes cuadros, el primero de ellos relativo a la pérdida de AV, y los tres restantes a la pérdida de CV. La finalidad de cada uno de estos cuadros es la de calcular la deficiencia visual atribuible a cada uno de los ojos, en función de la gravedad de la afectación por déficit de AV o de CV - excepto el cuadro 2 referente al déficit del CV binocular que es irrelevante en este litigio-.

b) Finalmente contiene dos tablas. La tabla 1 para determinar la "deficiencia visual binocular" mediante la combinación del porcentaje de deficiencia obtenido en la aplicación de los referidos cuadros para cada uno de los ojos, bajo la denominación de "ojo mejor" y "ojo peor". Y la tabla 2 que convierte, por último, en porcentaje de discapacidad la deficiencia visual resultante de la aplicación de la tabla 1.

TERCERO.1. - Conforme se desprende del conjunto de las complejas reglas contenidas en el precitado capítulo 12, las farragosas operaciones que en el mismo se describen no tienen otra finalidad que la de llegar al resultado final que debe otorgarse a

las deficiencias del aparato visual, en función de la incidencia que sobre la capacidad de visión tengan todos los posibles déficits que puedan presentarse como consecuencia de una pérdida de agudeza visual (AV) y/o de una pérdida del campo visual (CV).

Como es lógico, la deficiencia visual que debe tenerse en cuenta a estos efectos es la generada por el menoscabo total de la capacidad de visión binocular que se deriva de la combinada aplicación de la deficiencia visual previamente establecida para cada uno de los ojos, que no de la simple y mera suma del porcentaje de deficiencia de cada uno de ellos aisladamente considerados.

Por este motivo la tabla 1 del capítulo 12, y de acuerdo con la escala que contiene, obliga a combinar los valores atribuibles a la pérdida de la capacidad visual de cada uno de los ojos en función del porcentaje de deficiencia del "ojo peor" y el "ojo mejor".

Para aplicar dicha tabla 1 será necesario establecer en primer lugar el porcentaje de deficiencia de la visión que corresponda atribuir a cada uno de los ojos, conforme a los cuadros que preceden a la misma y en valores que van desde el 0% al 100%.

Una vez obtenida con la aplicación de esa tabla la deficiencia visual total y binocular que padece el interesado, debe acudir a la Tabla 2 para la conversión de tal deficiencia en el porcentaje de discapacidad atribuible al aparato visual, que irá desde el 0% hasta el 75%, que es el máximo porcentaje de discapacidad que puede reconocerse por las deficiencias del aparato visual.

Dicho de otra forma, de lo que se trata es de obtener en primer lugar el valor absoluto del porcentaje de deficiencia visual que debe atribuirse a cada uno de los ojos para luego trasladarlo a aquella tabla 1, teniendo en cuenta que esa deficiencia unocular puede tener su origen exclusivamente en un déficit de AV, o de manera exclusiva en una pérdida de CV - que puede existir con AV normal-, pero que también puede ser debida a la concurrencia en un mismo ojo de una pérdida de AV a la vez que de CV.

2. - Resulta entonces obvio que el porcentaje de deficiencia de cada uno de los ojos no puede ser superior en ningún caso al 100%, que es el máximo valor posible que puede atribuirse a la totalidad de deficiencias que pudieren presentar uno u otro.

Ya hemos adelantado que este porcentaje de deficiencia visual uniocular del 100% puede alcanzarse por la sola concurrencia de un déficit de AV en el valor más elevado de pérdida total de visión- ceguera- conforme al cuadro 1, o también por la pérdida absoluta del CV- ceguera- en los términos del cuadro 2.2.

Junto a estas dos extremas situaciones, en las que la concurrencia en su más alto nivel de cualquiera de estos dos déficits de AV o CV determinaría por sí sola alcanzar ese máximo porcentaje de deficiencia uniocular, cabe la posibilidad de que un mismo ojo presente déficit de AV a la vez que un déficit de CV, estando con ello afectado por ambas dolencias.

Para este supuesto la regla del apartado 2.2.1 establece el mecanismo con el que tener en cuenta los porcentajes de deficiencia visual generados por el menoscabo de la AV y la pérdida del CV, cuando ambos coexisten, lo que permite sumar de esta manera el porcentaje de deficiencia visual atribuible y generado por cada una de estas dos clases de déficits de visión.

Obviamente, el resultado de esa operación de sumar ambos valores no puede ser en ningún caso superior al 100% de deficiencia visual en cada uno de los ojos, que es el nivel de deficiencia más alto que puede asignarse a cada uno de ellos en la tabla 1.

3. - Por esta razón, si la pérdida total de un ojo ya conlleva un porcentaje de deficiencia de la visión uniocular del 100%, este es el valor que debe trasladarse a la tabla 1 en el eje referido al ojo peor para combinarlo con el valor resultante para el ojo mejor.

Lo que no puede hacerse es aplicar por dos veces para el mismo ojo la tabla 1 con atribución en ambos casos de una deficiencia en la visión del 100%, en la primera ocasión por disminución de la AV y en la segunda por la del CV.

Distinto sería en el caso en el que el déficit de AV o de CV que pudiere afectar a cada uno de los ojos no llegue al porcentaje máximo del 100% de deficiencia visual, en cuyo caso puede adicionarse el resultado de uno y otro en la forma prevista en el apartado 2.2.1, calculando por una parte el porcentaje de deficiencia debida a la disminución de AV binocular conforme a la tabla 1, y por otra, la originada por el defecto de CV, hasta alcanzar aquel límite.

Y por supuesto, igualmente, cuando ambos ojos presenten una merma de la AV y de la CV, como se desprende de los ejemplos que se exponen en ese mismo apartado 2.2.1.

Pero cuando la afectación está referida exclusivamente a un solo y único ojo, siendo absolutamente normal la visión en el otro, no puede aplicarse por dos veces la tabla 1 atribuyendo en cada ocasión un 100% de porcentaje de deficiencia al ojo peor y un 0% al ojo mejor por cada uno de los conceptos de AV y de CV, puesto que una vez alcanzado el máximo porcentaje de deficiencia posible en el único ojo afectado, no pueden sumarse otros factores mediante el mecanismo de aplicar por dos veces aquella tabla al amparo de la regla contenida en el epígrafe 2.2.1 del capítulo 12, que está prevista para los supuestos en los que la disminución del CV coexiste en un mismo ojo con una pérdida de la AV y deben tenerse en cuenta estos dos tipos de déficits visuales.

CUARTO.- Conforme a lo razonado, es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina ajustada a derecho, lo que, oído el Ministerio Fiscal, obliga a desestimar el recurso. Sin costas.

FALLO:

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

desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Patricio, contra la sentencia dictada el 12 de mayo de 2015 de por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el recurso de suplicación núm. 166/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres, de fecha 6 de febrero de 2015 , recaída en autos núm. 383/2014, seguidos a instancia del ahora recurrente frente a La Consejería de Salud y Política Social de la Junta de Extremadura, sobre declaración de discapacidad. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastián Moralo Gallego hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de abril de 2014, el Juzgado de lo Social número 5 de Valencia, dictó sentencia , en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "1.- El demandante, D. Luis Miguel , nacido el día NUM000 -1959, con DNI n° NUM001 , se encuentra afiliado a la Seguridad Social en el Régimen General con el n° NUM002 .- 2.- El actor prestó servicios para UNIÓN NAVAL DE LEVANTE, S.A (posteriormente UNIÓN NAVAL DE VALENCIA SA y en la actualidad INVERSIONES MARÍTIMAS DEL MEDITERRANEO, S.A), dedicada a la

construcción naval, iniciándose la prestación de servicios en fecha 1-10-1974 en la escuela de aprendices, después se incorporó a la sección de chapa fina (calderería), el 1-7-1989 pasó a la sección de almacén, el 1-2-1996 a la de Tubos, el 1-5-2003 a la sección compras-servicios y el 1-9-2008 a la de elaboración aceros, permaneciendo en activo como oficial de 1la hasta su cese en fecha 14-8-2012. (Folio 6 del expediente administrativo y folio 10 de la documental de MUPRESA). 3. Durante el período en que el actor estuvo en activo en la empresa las entidades que cubrieron las contingencias profesionales fueron: (Documento n° 10 de MUPRESA).- MUTUAL MIDAT CYCLOPS desde 1966 a 31-10-1999.- MUTUA UNIVERSAL MUGENAT: desde 1-11-1999 a 31-10-2000.- MUTUA FRATERNIDAD MUPRESA: desde 1-11-2000 a 14-8-2012.- 4.- El actor, durante su prestación de servicios en UNIÓN NAVAL DE LEVANTE, S.A, actualmente INVERSIONES MARÍTIMAS DEL MEDITERRÁNEO, ha estado expuesto directa e indirectamente en la realización de sus tareas a la inhalación de fibras de asbestos, debido a la manipulación de material con contenido de amianto. (Informe de la Inspección de Trabajo de 27-6-2006 aportado como documento n° 27 a 55 de la parte actora).- En la actualidad, en sustitución del amianto, se utiliza lana de roca y fibra de vidrio, más seguras que el amianto, pero cuya inocuidad no ha sido demostrada en cuanto que se pueden absorber por inhalación y producen irritación de las vías respiratorias (dolor de garganta, tos, sensación de quemazón y dificultades respiratorias) siendo cancerígenos de categoría 2 según las Fichas Internacionales de Seguridad Química, lo que implica que estas sustancias son posiblemente cancerígenas para los seres humanos, dependiendo su potencial cancerígeno de la longitud, diámetros, composición química y biológica persistente en la fibra. (Fichas internacionales de Seguridad Química aportadas por la actora como documentos n° 141 a 162).- En los centros de trabajo de empresas dedicadas a la actividad de reparación y transformación de buques existe riesgo químico ocasionado por los gases empleados en soldadura, corte o calentamiento de metales, acetileno, propano y exceso de oxígeno. El dióxido de carbono empleado en soldadura protegida bajo atmósfera de gas y sus productos de descomposición. Los humos de soldadura o de corte pueden contener ozono y óxido de nitrógeno derivados del efecto del calor sobre el aire. Humos producidos por vaporización de los electrodos de los fundentes. Vapores de disolventes o diluyentes de pinturas. Polvos originados por los aislamientos. Productos químicos

tóxicos específicos de la pintura. Ello puede ocasionar enfermedades profesionales como irritaciones agudas de pulmón, narcosis aguda por exposiciones a disolventes, asbestosis y siderosis. (Informe de Prevención de Riesgos Laborales en el Sector de la Construcción y Reparación Naval elaborado por el Grupo de Trabajo "Construcción Naval constituido por acuerdo de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud aportado como documentos n° 56 a 140 de la actora).- 5.- Obra en autos como documentos n° 14 a 26 de la actora -teniéndose por reproducida en aras a la brevedad- sentencia condenatoria por delito contra lo derechos de los trabajadores, y faltas de muerte y lesiones por imprudencia dictada en fecha 14-9-2009 por el Juzgado de lo Penal n° 2 de Valencia en la que se declara probado, entre otros extremos que, como consecuencia de la exposición al amianto, el actor ha contraído graves lesiones por asbestosis u otra patología pulmonar derivada de la inhalación de amianto.- 6.- En fecha 2-7-2012, el actor solicitó del INSS prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional. Iniciado por el INSS expediente de incapacidad permanente por dicha contingencia, el día 3-9-12 se emitió el informe médico de síntesis en los siguientes términos. (Folios 38 y 39 del expediente administrativo).- "MANIFESTACIONES DEL INTERESADO.- ANTECEDENTES.- En trámite de jubilación de UNL.- AFECTACIÓN ACTUAL .- Solicita valoración por exposición laboral al amianto No síntomas respiratorios.- COMPROBACIONES OBJETIVAS.- ESTADO GENERAL.- Bueno.- MARCHA.- Normal.- ESTADO NUTRICIÓN.- Bueno.- EXPLORACIONES POR APARATOS.- APARATO RESPIRATORIO.- Las exploraciones practicadas mediante TAC: pequeño nódulo calcificado de características benignas , localizado en LII compatible con pequeña placa pleural periférica, menos probable granuloma.- Placa pleural calcificada en craa anterolateral izquierda.- Pequeñas placas pleurales anterolaterales izquierdas, no calcicadas No hallazgos pulmonares sugestivos de asbestosis ni lesiones focales sospechosas de malignidad.- Aorta torácica derecha con arteria subclavia aberrante.- PFR: Con determinaciones dentro de la normalidad.- ¿Existe imposibilidad o dificultad de conocer exactamente "....." negativa a 1 de las pruebas? (S/N): CONCLUSIONES.- DEFICIENCIAS MAS SIGNIFICATIVAS.- Nódulo pulmonar y placas pleurales calcificados, TRATAMIENTO EFECTUDO, CENTRO ASISTENCIA AL ENFERMO.- Servicio de Neumología del Hospital de la Fé.- Sigue controles preventivos.- LIMITACIONES ORGANICAS Y

FUNCIONALES.- Sin alteraciones funcionales respiratorias.- CONCLUSIONES.- Hombre de 53 años, calderero en trámite de jubilación de UNL , sigue controles preventivos por su exposición laboral al amianto, presenta un nódulo calcificado y placas pleurales, sin síntomas ni alteraciones funciones respiratorias en la actualidad.- El Dictamen-Propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades -EVI- fue emitido el día 5-9-12, apreciando como cuadro clínico residual "nódulo pulmonar y placas pleurales calcificadas" y como limitaciones orgánicas y funcionales: "Sin alteraciones funcionales respiratorias ENFERMEDAD DEL TRABAJO", concluyendo que, analizadas las secuelas descritas y las tareas realizables por el titular, se proponía la no calificación del trabajador como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anularan su capacidad laboral NI LESIONES BAREMABLES POR E. PROFESIONAL. (Folio 37 del expediente administrativo).- 7.- La Entidad Gestora en fecha 13-9-2012 resolvió denegar la prestación de incapacidad permanente por no ser constitutivas de incapacidad permanente las lesiones que padecía, en ninguno de los grados establecidos por la ley, ni valorables como lesiones permanentes no invalidantes, NI LESIONES BAREMABLES POR E. PROFESIONAL. (Folio 30 del expediente).- Contra dicha resolución interpuso la parte actora reclamación previa en fecha 31-10-2012, solicitando que se le declarase en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, que fue desestimada por resolución de 21-11-2012. (Folio 55 del expediente administrativo).- En fecha 2-1-2013 se interpuso la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento.- 8.- Se ha demostrado que la presencia de amianto en el ambiente laboral supone un peligro para la salud de los trabajadores que se concreta y manifiesta en una patología profesional específica que en forma explícita se recoge en el cuadro de enfermedades profesionales aprobado por RD1995/1978, de 12 de mayo, al incluirse en el mismo tanto la asbestosis (apartado C-1-b) como el carcinoma primitivo de bronquio y pulmón y el mesotelioma pleural o peritoneal por asbesto (apartado F-2).- El riesgo de enfermedad debida al asbesto .se incrementa con la exposición acumulada, el tamaño respirable y la biopersistencia de la fibra, y en general se manifiesta después de un período de latencia desde el inicio de la exposición superior a 20 años.- La inhalación de las fibras puede causar por orden de frecuencia: enfermedad pleural no maligna, cáncer de pulmón, mesotelioma maligno y asbestosis, además de neoplasias en

otras localizaciones.- La constatación de tal realidad aconsejó la regulación de las condiciones de trabajo con amianto, que se plasmó en la Orden de 21-7-1982, la Resolución de 309-1982, posteriormente el Reglamento de 31 de octubre, sobre trabajos de riesgo con amianto, y otras que aumentaron los niveles de seguridad y prevención, prohibiéndose finalmente su utilización en 2001.- Ese último Reglamento establecía bajo la rúbrica, criterios de sospecha diagnóstica, que todo trabajador con historial médico laboral de exposición al amianto será separado del trabajo con riesgo y remitido a un servicio especializado de neumología, a efectos de posible confirmación diagnóstica, en función de la valoración realizada por el Servicio Médico, y siempre que en los reconocimientos de control médico preventivo se pongan de manifiesto alguno de los siguientes signos o síntomas: Disnea de esfuerzo, dolor torácico persistente no atribuible a otros tipo de patologías, crepitantes inspiratorias persistentes, basales o axilares, alteraciones radiológicas pleurales o sospechosas de enfermedad intersticial difusa, alteración de cualquier parámetro en la exploración funcional respiratoria que haga sospechar patología".- Ello es acorde con la recomendación médica de separar al paciente de su ambiente laboral por no existir ningún tratamiento farmacológico específico para la enfermedad por asbesto. Por ello, cuando se establece el diagnóstico se debe suprimir inmediatamente la exposición, aunque, la enfermedad puede seguir progresando.- 9.- El demandante presenta nódulo pulmonar y placas pleurales calcificados, con espirometría dentro de los límites de referencia teóricos y estudio de difusión pulmonar con resultandos normales (DLCO sb 98%; DLCO/va 87%).- Sin hallazgos pulmonares sugestivos de asbestosis ni lesiones focales sospechosas de malignidad. (Informe de La Fe de fecha 24-1-2012 obrante a los folios 19 y 20 del expediente administrativo).- Dado que las enfermedades por asbesto no tienen un tratamiento específico, el actor tiene aconsejado por los médicos especialistas, la Neumóloga D^a Rita (Servicio de Neumología del Hospital LA FE) y el Médico del Trabajo D. Hermenegildo lo siguiente: 1.-Evitar la exposición laboral y ambiental, 2.- Vigilar su evolución y 3.- Prevenir la aparición de nuevas lesiones. Por ello le aconseja un control evolutivo durante toda su vida y evitar el contacto con otras sustancias irritantes sobre las vías respiratorias utilizadas habitualmente en los astilleros como las fibras minerales artificiales , como la fibra de vidrio y la lana de roca, otros tóxicos ambientales, polvos o irritantes de las vías respiratorias como son los humos, gases,

vapores, pinturas, disolventes..., que pueden hacer progresar las lesiones y agravar su patología respiratoria en el futuro con la posibilidad de la aparición de graves enfermedades, algunas sin tratamiento específico y de funesto pronóstico. (Folios 51 y ss de la actora).- El actor está siendo controlado por los servicios públicos de la Consellería de Sanitat, actualmente por el servicio de Neumología del Hospital la Fe de Valencia por estar incluido en el grupo de riesgo de asbestosis.- 10.- La base reguladora de la prestación pretendida es de 31.192,62 euros mensuales y la fecha de efectos 5-9-2012".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "DESESTIMO la demanda interpuesta D. Luis Miguel contra MUTUA FRATERNIDAD MUPRESA, MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNION NAVAL DE VALENCIA, S.A e INVERSIONES MARÍTIMAS DEL MEDITERRÁNEO, S.A, ABSOLVIENDO a las demandadas de las pretensiones deducidas de contrario".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia de fecha 17 de febrero de 2015 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Luis Miguel , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia de fecha 16-abril-2014 ; y, en consecuencia confirmamos la resolución recurrida. Sin costas".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Luis Miguel recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad Valenciana de fecha 13 de noviembre de 2013 (Rec. nº 1165/2013) y por el Tribunal Supremo de fecha 18 de enero de 2007 (Rec. nº 2827/2005) y de 21 de noviembre de 1996 (Rec. nº 465/1996).

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso y evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal consideró el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 28 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La STSJ Comunidad Valenciana 17/febrero/2015 desestimó el recurso de suplicación 1770/2014, interpuesto por el trabajador demandante D. Luis Miguel, contra la sentencia que el J/S nº Cinco de los de Valencia había dictado en 16/Abril/2014 [autos 14/2013], rechazando la demanda que en materia de IPT derivada de enfermedad profesional (asbestosis) había formulado dicho trabajador.

2.- La decisión se recurre en unificación de doctrina, mediante un único motivo, con tres puntos de contradicción: a) en el primero de ellos se aduce contradicción con la STSJ Comunidad Valenciana 13/11/13 [rec. 1165/13], para justificar la cual se destina un apartado dedicado a la «Relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada», que el recurso desarrolla con dos subapartados, el «A» [«Identidad de pretensión»] en el que se reproduce -escaneado- el relato de hechos de las sentencias recurrida y referencial, y el «B» [«Pronunciamientos distintos»] bajo el que se reproducen -con igual técnica de escaneado- las argumentaciones de una y otra; b) en el segundo punto, el recurso cita de contraste la STS 18/01/07 [rcud 2827/05], reproduciendo nuevamente parte del texto de la decisión recurrida y en su práctica integridad la nuestra de contraste; y c) en el tercer punto se cita como referencial la STS 21/11/96 [rcud 465/96], limitándose a reproducir nuevamente parte de la sentencia objeto del presente recurso y a afirmar -en mayúsculas, con texto sobrealzado y negrilla- que «incurre en contradicción ... respecto a la ubicación espacial, es decir ubicar en el espacio la profesión para la que se postula de declaración de Incapacidad Permanente en los supuestos de enfermedad profesional de muy lenta evolución como la asbestosis, lo que obliga a una valoración concreta de todas las circunstancias de la actividad de

trabajo, incluida la incompatibilidad con un ambiente determinado». Y en los tres puntos no se lleva a cabo -en momento alguno- una singular relación comparativa del presupuesto factual de las resoluciones que se contrastan.

Para concluir, el recurso hace un único apartado de «infracción legal» común a los tres puntos de contradicción y en su justificación sólo se indica que «la sentencia objeto de impugnación infringe los artículos 124.1, 136.1, 137.4 y 138.1 LGSS, debiendo subrayarse que la prestación de servicios no es un requisito en orden a tener derecho a las prestaciones de IP tal y como directamente se deduce de los referidos preceptos. Asimismo se ha de interpretar como correcta la interpretación que realiza la sentencia de contraste... del segundo párrafo del art. 63 de la Orden de 9-5-62 y como consecuencia de ello la sentencia impugnada quebranta la función de unificación de doctrina».

SEGUNDO.- 1.- Dada la identidad sustancial del presente caso con los resueltos en nuestras sentencias de 4 de marzo de 2015 (rcud. 749/2014) y 27 de abril de 2016 (rcud. 2708/2014), siendo las mismas las sentencias invocadas de contraste e idéntica la estructura y contenido del recurso, reproducimos -en aras a la seguridad jurídica y a la economía procesal- el fundamento jurídico segundo de la sentencia de 27 de abril de 2016, en el que decíamos que:

"SEGUNDO.- 1.- Acierta plenamente el Ministerio Fiscal cuando sostiene en su estudiado informe que el recurso no cumple mínimamente las exigencias a que legalmente se sujeta su admisión. Ello es, efectivamente, así porque:

a).- El art. 224.1.a) LJS exige que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina contenga una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, lo que exige -sostiene uniformemente la Sala- una comparación de los hechos de las sentencias, el objeto de las pretensiones y de los fundamentos, a través de un examen comparativo que, aunque no sea detallado, resulte suficiente para ofrecer a la parte recurrida, al Ministerio Fiscal y a la propia Sala los

términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que necesariamente implica una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de éstas (así, SSTS 27/05/92 -rcud 1324/91 -; ... 15/06/15 -rcud 1979/14 -; 06/07/15 -rcud 1758/13 -; y 20/01/16 -rcud 2483/14 -).

b).- Es constante afirmación de la Sala que el recurso en unificación de doctrina ha de fundarse en infracción de Ley, pues una vez lograda la constancia de la contradicción producida, consiste -sin más- en un recurso de casación clásico en el que la Sala ha de examinar las infracciones cometidas en la sentencia recurrida, con el fin de determinar si la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina (SSTS 30/09/97 -rcud 540/97 -;... 02/12/13 -rcud 3278/12 -; y 14/01/14 -rcud 823/13 -), pues si bien el elemento predominante y destacable en el RCU es la existencia de la contradicción, la unificación doctrinal que se persigue únicamente se logra a través del examen de la infracción alegada y cometida, reponiendo la situación a lo que sea conforme al ordenamiento jurídico (SSTS 12/04/95 -rcud 1289/94 -; ... ; 02/12/13 -rcud 3278/12 -; y 18/12/15 -rcud 3424/14 -).

c).- Ello es consecuencia de que resultan plenamente aplicables en este recurso el art. 477 LECiv, a tenor del cual ha de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso; y el art. 481 de la propia Ley, que exige que en el escrito de interposición del recurso se exponga, con la necesaria extensión, sus fundamentos. Asimismo, el art. 483.2.2º LECiv establece que será causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de los requisitos establecidos para el escrito de interposición (SSTS 10/10/92 -rcud 344/92, 28/02/12 -rcud 1885/11 -; 06/11/12 -rcud 185/12 -; y. 23/06/15 -rcud 620/14 -). Y como extraordinario que es, el recurso de casación unificadora -lo mismo que el ordinario- tiene necesariamente que invocar como causa de impugnación la infracción de una norma del ordenamiento jurídico - sea ésta un precepto constitucional, una disposición legal o reglamentaria, un convenio colectivo estatutario- o una doctrina jurisprudencial (SSTS 16/06/10 -rco 68/09 -; ... 17/12/13 -rco 90/13 -; 14/09/15 -rco 368/14 -; y SG 10/11/15 -rco 360/14 -).

d).- Por otra parte, una denuncia correctamente formulada no sólo se tiene que referir a precepto o preceptos concretos, sino que además -salvo supuestos de innegable sencillez normativa- ha de razonar de forma clara sobre la fundamentación de la infracción, tal como se deduce no sólo del art. 210.2 LRJS [«... razonando la pertinencia y fundamentación» de los motivos], sino del art. 481.1 de la supletoria LECV [«... se expondrán con la necesaria extensión, sus fundamentos...»] (SSTS 07/07/92 -rcud 2157/91 -; ... 29/09/14 -rcud 901/13 -; y 30/06/15 -rcud 854/14 -). De lo contrario, se desconocerían los principios que deben regir el proceso, puesto que sería el propio Tribunal quien tuviera que construir -fundamentar- el recurso, con la consiguiente pérdida de su obligada neutralidad, y de otro se causaría indefensión a la parte recurrida, que no conocería -con la necesaria precisión- la tesis en que pudiera apoyarse la posible revocación de la decisión recurrida, de suerte que no podría rebatirla con la necesaria seguridad y eficacia (recientes, SSTS SG 01/10/14 -rco 214/13 -; SG 23/03/15 -rco 49/14 -; y 17/09/15 -rco 238/14 -).

2.- Pero con independencia de ese evidente defecto insubsanable, pues en el presente caso ni tan siquiera se esbozan los términos justificativos de la denunciada infracción normativa, lo cierto es que el recurso también incurre:

a).- En falta de contradicción por lo que se refiere al segundo de los motivos, siendo así que lo que en los presentes autos ha sido objeto de debate es el posible reconocimiento de IPT derivada de enfermedad profesional un trabajador que en su vida laboral ha estado expuesto al amianto y que solicita la prestación ya desde la situación de prejubilado, pero sin que en momento alguno se haya cuestionado su profesión habitual; en tanto que en la decisión de contraste - STS 18/01/07 - lo que se discute es precisamente la profesión que debe tomarse en consideración a efectos de la declaración de IPT por enfermedad profesional; con la consiguiente diferencia -entre ambas sentencias contrastadas- en orden a la normativa a aplicar e interpretar.

b).- Igualmente en descomposición artificial de la controversia, por lo que se refiere a aquel segundo motivo y al tercero, siendo así que uno y otro versan sobre la

«ubicación temporal» de la declaración de IPT en los supuestos de EP de larga evolución, como las asbestosis.

c).- Finalmente, tampoco observamos la exigible contradicción en el tercero de los motivos, por cuanto que si bien la decisión de contraste [STS 21/11/96 -rcud 46596] proclama que «la profesión habitual obliga a una valoración también concreta de todas las circunstancias de la actividad de trabajo, incluida la incompatibilidad con un ambiente determinado», la recurrida no niega esta consideración -antes al contrario, la afirma con toda rotundidad-, sino que en concreto niega la IPT por considerar que hay que distinguir «según que el trabajador esté integrado en la empresa con todos los puestos [de trabajo] expuestos a ambientes perjudiciales para el desarrollo de la actividad o se trate de trabajador que haya extinguido su contrato en aquellas empresas y pueda acceder a otras en las que desarrollar su profesión sin aquel riesgo. En nuestro supuesto se trata de un trabajador que ha cesado en la empresa demandada por causa de ERE y que puede acceder a otra empresa... en que no exista tal riesgo de exposición al amianto, a la lana de roca o a la fibra de vidrio, o en la que se hayan adoptado las medidas preventivas adecuadas para evitarlo. Por lo que no presentando el cuadro clínico del actor entidad suficiente para impedirle las fundamentales tareas de su profesión habitual, sin que conste la exposición al riesgo al tiempo de la solicitud de la prestación...».

3.- La consecuencia obligada de todas estas deficiencias es que haya de desestimarse el recurso, pues cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación, tal como tantas veces se ha indicado con carácter general (SSTS 03/04/92 - rcud 1439/91 -; ...; 10/12/15 -rcud 763/14 -; 16/12/15 -rcud 3243/14 -; y 11/02/16 -rcud 3319/14 -), y más específicamente se ha aplicado a la ausencia de relación precisa y circunstanciada (recientes, SSTS 20/10/14 -rcud 1498/13 -; 15/06/15 -rcud 1979/14 -; y 20/01/16 -rcud 2483/14 -) y al defecto de no fundamentar debidamente la infracción legal denunciada (últimamente, SSTS 24/02/14 -rcud 732/13; 03/03/14 -rcud 1688/13 -; y 04/06/14 -rcud 2705/13 -). Pues la interpretación de los presupuestos procesales -obligadamente flexible- no puede entenderse de manera tan

amplia que conduzca al desconocimiento e ineficacia total de los mismos, dejando así a la disponibilidad de las partes el modo de su cumplimiento, habida cuenta de que estos presupuestos procesales no responden al capricho del legislador, sino a la necesidad de dotar al proceso de formalidades objetivas en garantía de los derechos e intereses jurídicos de las partes que en él intervienen; y por lo mismo, la interpretación rigurosa de los requisitos de acceso al recurso, máxime cuando se trate de recursos de cognición limitada que comúnmente se denominan extraordinarios, no es contraria a la Constitución, a menos que incurra en irracionalidad, arbitrariedad o error patente (STC 71/2002, de 8/Abril . Y también SSTs 26/12/11 -rcud 1160/11 -; y 20/Julio/2015 -rcud 749/14).

TERCERO.- 1.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que el recurso ha de ser desestimado por defectuosa formulación, tal como resolvimos para el supuesto idéntico al de autos en la citada sentencia de 26/Abril/2016 (rcud 2708/2014), así como en la sentencia de 20/Julio/2015 (rcud 749/2014). Sin imposición de costas, al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita [art. 235.1 LRJS].

FALLO:

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

desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Luis Miguel frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 17 de febrero de 2015 [rec. nº 1770/2014], que a su vez había desestimado el recurso de suplicación interpuesto por dicho recurrente contra la sentencia que en 16/Abril/2014 pronunciara el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia [autos 14/2013], y por la que se había desestimado la demanda que en materia de Incapacidad Permanente Total derivada de Enfermedad Profesional se había formulado por el recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, MUTUA FRATERNIDAD MUPRESA, la UNIÓN NAVAL DE VALENCIA, SA, e

INVERSIONES MARÍTIMAS DEL MEDITERRÁNEO, S.A. Declaramos la firmeza de la Sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE FEBRERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 20 de junio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 4 de Palma de Mallorca dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º .- El demandante D. Cecilio , titular del DNI NUM000, afiliado a la Seguridad Social con el NASS nº NUM001 y nacido el día NUM002 de 1978, en fecha 15 de noviembre de 2011 instó del Instituto Nacional de la Seguridad Social el reconocimiento del derecho a percibir las prestaciones de incapacidad permanente.

2º .- Iniciado expediente administrativo, el EVI emitió dictamen propuesta en fecha 28 de noviembre de 2011 determinando como contingencia accidente no laboral, como profesión habitual del trabajador la de albañil y como cuadro clínico residual fractura de pelvis, fractura de fémur izquierdo, fractura de rótula con refractura y plexopatía lumbosacra, valorando las limitaciones orgánicas y funcionales como de grado funcional dos y elevando propuesta de calificación del trabajador demandante como afecto a incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual.

3º .- En fecha 29 de noviembre de 2011 el INSS dictó resolución denegando el pago de las prestaciones de incapacidad permanente por no reunir el periodo mínimo de cotización exigido para poder causar derecho a una pensión de incapacidad permanente en grado de absoluta o de gran invalidez, así como por no hallarse de alta o en situación

asimilada al alta en la Seguridad Social en la fecha del hecho causante y no concurrir ninguno de los grados de incapacidad permanente previstos en el art. 138.3 TRLGSS.

4º. - El demandante en fecha 7 de febrero de 2008 sufrió un accidente de tráfico presentando neumotórax, rotura uretral, rotura vesical, fractura costal, fractura de cúbito izquierdo, fractura de fémur izquierdo, fractura inestable de pelvis, plexopatía lumbosacra. Presenta limitación a la movilidad de la cadera activa por déficit de fuerza muscular en cuádriceps, limitación del balance articular de rodilla izquierda, déficit as la dorsiflexión en tobillo izquierdo, atrofia muscular en miembros inferiores 3/5. Precisa de muletas para la deambulación.

5º. - El demandante permaneció afiliado al RETA desde el 1/4/98 hasta el 31/7/04. Prestó servicios por cuenta ajena encuadrado en el Régimen General durante los siguientes periodos: -11/4/05 a 15/4/05. -8/5/05 a 12/5/05. -4/4/06 a 30/6/06. -26/8/06 a 6/11/06. -14/2/07 a 31/3/07. -8/5/07 a 3/7/07. -27/8/07 a 17/1/08. El demandante reúne un total de 2.732 días de cotización real y 449 asimilados a pagas extras.

6º.- El demandante causó baja voluntaria en la empresa Julián González Calderón en fecha 17 de enero de 2.008, hallándose pendiente de iniciar una nueva relación laboral por cuenta del empresario de la construcción D. Fructuoso , titular del CIF nº NUM003, inicio previsto para mediados de febrero de 2008.

7º.- Se ha agotado la vía administrativa.

8º.- De ser estimada la demanda la base reguladora ascendería a 210,88 € siendo la fecha de efectos de la prestación el 28 de noviembre de 2011».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «QUE ESTIMANDO EN PARTE LA DEMANDA interpuesta por D. Cecilio contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y la Tesorería General de la Seguridad Social, en materia incapacidad permanente, DEBO DECLARAR Y DECLARO que el demandante se

encuentra en situación de Incapacidad Permanente en el grado de Total para su profesión habitual de albañil derivada de accidente no laboral con derecho a percibir una pensión vitalicia equivalente al 55% de su Base Reguladora de 210,88 € mensuales con efectos el 28 de noviembre de 2011, sin perjuicio de los descuentos o compensaciones a que pudiera haber lugar CONDENANDO al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por tal declaración, al abono de la prestación y a las consecuencias derivadas de la misma y absolviendo a la Tesorería General de la Seguridad Social de los pedimentos frente a ella formulados».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del INSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, la cual dictó sentencia en fecha 16 de marzo de 2015 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta el siguiente fallo: «QUE DEBEMOS ESTIMAR y ESTIMAMOS el recurso interpuesto por el INSS contra la sentencia de veinte de junio de dos mil catorce del Juzgado de lo Social Nº. 4 de Palma de Mallorca y DEBEMOS REVOCARLA y la REVOCAMOS y DEBEMOS DESESTIMAR y DESESTIMAMOS íntegramente la demanda interpuesta por Cecilio contra el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social a quienes DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS y DEBEMOS DESESTIMAR y DESESTIMAMOS íntegramente el recurso de suplicación interpuesto por éste contra la referida sentencia».

TERCERO.- Por la representación letrada de D. Cecilio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares el 20 de mayo de 2015. Se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 19 de enero de 2010 (RCUD. 4014/2008), considerando la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en los artículos 124 y 125.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social , en relación con vulneración que afecta a su interpretación conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución y el artículo 3 del Código Civil , en relación con la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

CUARTO.- Con fecha 9 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora reside en determinar si debe considerarse en situación asimilada al alta el trabajador que sufre un accidente de tráfico a los pocos días de causar baja voluntaria en su anterior empleo, a efectos del acceso a la pensión de incapacidad permanente total en las circunstancias del caso de autos.

La sentencia Juzgado de lo Social 4 de Palma de Mallorca de 20 de junio de 2014 estimó la demanda al entender que reunía el requisito de encontrarse en situación asimilada al alta, en razón a que el accidente causante de las lesiones que dan lugar a la incapacidad permanente tuvo lugar a los pocos días de que hubiere causado baja voluntaria en su última ocupación cotizada, siendo que el abandono de su anterior trabajo no era debido a la intención de apartarse del mercado laboral, sino a la de cambiar de empleo para iniciar en fechas próximas una nueva relación laboral que ya tenía concertada con otra empresa.

El recurso de suplicación interpuesto por el INSS es acogido en la sentencia de 16 de marzo de 2015, rec. 50/2015, de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que revoca la de instancia y desestima la demanda, razonando a tal efecto que la situación del actor cuando sufre el accidente de tráfico el día 7 de febrero

de 2008 no era de la "asimilado al alta", porque fue baja voluntaria desde el 17 de enero de 2008 en su anterior trabajo, no siendo por ello incardinable su situación en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 20 de la OM de 15 de abril de 1969, que determina las "situaciones asimiladas al alta", ni aún interpretado flexiblemente, dados los casos que prevé y su finalidad, y sin que se altere esa conclusión por el hecho de que había dejado el anterior empleo en la "confianza en que pronto iniciaría una nueva relación laboral", a la que se refiere la sentencia de instancia.

2. - El recurso denuncia infracción de los arts. 124 y 152.2 LGSS, en relación con los arts. 41 de la Constitución y art. 3 del Código Civil, e invoca de contraste la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010, rcud. 4014/2008, para sostener que resulta de aplicación al caso la doctrina jurisprudencial que ha venido a interpretar de manera flexible y humanizadora el requisito de estar en alta o situación asimilada cuando concurren condiciones que lo justifican.

El INSS en su escrito de impugnación niega la existencia de contradicción por afectar a una prestación distinta la sentencia referencial, mientras que el Ministerio Fiscal en su informe admite por el contrario la contradicción y solicita la estimación del recurso por resultar ajustada a derecho la doctrina de la sentencia de contraste.

SEGUNDO. 1. - Debe analizarse si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

En el caso de la sentencia recurrida: a) el trabajador ha estado afiliado al RETA desde 1/4/98 hasta 31/7/2004, prestando posteriormente servicios por cuenta ajena en el Régimen General durante los siguientes periodos: 11/4/05 a 15/4/05; 8/5/05 a 12/5/05; 4/4/06 a 30/6/06; 26/8/06 a 6/11/06; 14/2/07 a 31/3/07; 8/5/07 a 3/7/07; 27/8/07 a 17/1/08; b) acredita de esta forma un total de 2.732 días de cotización real y 449 asimilados a pagas extras; c) causó baja voluntaria en su última ocupación el 17 de enero de 2008, porque se encontraba pendiente de comenzar a trabajar para una nueva

empresa a mediados del mes de febrero de 2008; d) en fecha 7 de febrero de 2008 sufre el accidente de tráfico en el que se originan las secuelas físicas determinantes de la situación de incapacidad permanente.

Con esos datos, la sentencia concluye que no cabe una interpretación flexible que lleve a entender cumplido el requisito de estar en situación asimilada al alta, pese a los pocos días transcurridos desde el cese en el trabajo y el accidente de tráfico, o el hecho de que el actor hubiere dejado su empleo porque tenía previsto incorporarse próximamente a una nueva empresa.

En el supuesto de la sentencia de contraste: a) la trabajadora causante de la prestación de viudedad acreditaba un total de 2.693 días cotizados cuando fallece en accidente de tráfico el 18 de mayo de 2006; b) había causado baja voluntaria en su anterior empleo como auxiliar administrativa en una autoescuela el 17 de marzo de 2006, porque era su deseo realizar un curso para la obtención de la titulación de profesor de autoescuela.

A diferencia de la recurrida, la sentencia de esta Sala IV invocada de contraste considera que cabe una interpretación flexible y no rigorista del requisito de estar de alta o situación asimilada, en atención a los pocos días transcurridos entre el cese en el trabajo y el accidente de tráfico, unido a la circunstancia de que la fallecida tenía un importante historial laboral previo y no había dejado su anterior empleo para apartarse del mercado laboral, sino con la intención de preparar un curso de acceso a una superior titulación que le permitiera continuar prestando servicios laborales en mejores condiciones profesionales.

2.- La existencia de contradicción es evidente, puesto que en ambos casos se trata de trabajadores con periodos cotizados muy similares, que cesan voluntariamente en su puesto de trabajo con la pretensión de iniciar próximamente una nueva actividad laboral, y a los pocos días sufren un accidente de tráfico del que se genera la situación jurídica determinante de la prestación de seguridad social.

Resulta además, que el periodo transcurrido entre el cese en el trabajo y el accidente es dos meses en el caso de la referencial y de tan solo 21 días en la recurrida; que el periodo cotizado es incluso superior en el caso de autos; y que en el presente supuesto era mucho más corta y cierta, apenas un mes, la previsión de reanudar la actividad laboral desde el cese en el anterior empleo, que aparece más difusa, con mayores dosis de improbabilidad y superior plazo en el de la sentencia de contraste.

Frente a tan esenciales coincidencias, resulta del todo irrelevante a efectos de la contradicción que en el accidente de tráfico hubiere tenido como lamentable resultado el fallecimiento de la causante de la prestación en el asunto de contraste, y hubiere generado una pensión de incapacidad permanente en el de autos.

Lo determinante es que el hecho causante de las respectivas prestaciones de seguridad social tiene lugar a los pocos días del cese voluntario en el trabajo, y en circunstancias que evidencian que la voluntad de los trabajadores no era la de apartarse del mercado laboral sino la de iniciar una nueva actividad profesional.

Siendo coincidentes los hechos, las pretensiones y las normas legales de aplicación, la sentencia recurrida acoge una doctrina contraria a la establecida en la de contraste por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, lo que impone que debamos entrar a conocer del fondo del asunto para realizar la necesaria unificación de doctrina.

TERCERO.1. - Una vez establecida la concurrencia de la contradicción, la solución del caso no puede ser otra que la de casar y anular la sentencia recurrida cuya doctrina contraviene la establecida por esta Sala en la propia sentencia de contraste, que además hemos reiterado en la más reciente STS de 20 de enero de 2015, rcud.507/2014 , que conoce de un asunto prácticamente idéntico en el que incluso se invocaba de contraste la misma sentencia de esta Sala y en el que el trabajador fallece de un paro cardíaco cuando había transcurrido un mes y medio desde su baja en la última ocupación cotizada, sin que se hubiere inscrito como demandante de empleo porque tenía previsto iniciar una nueva actividad laboral a los pocos meses.

2.- Los puntos esenciales de nuestra doctrina en esta materia vienen desarrollados en la propia sentencia de contraste, que recuerda los razonamientos de la anterior de 25 de julio de 2000, recud.4436/99:

"a) Es cierto, como recoge la sentencia recurrida, que el art. 138.1 en relación con el art. 124 LGSS/1994 exige estar de alta o en situación asimilada a ella para causar las prestaciones de invalidez permanente en su modalidad contributiva y que a la situación de alta es asimilada la situación de desempleo total o subsidiado, conforme dispone el art. 125.1 LGSS ; pero debe destacarse que, con relación al requisito del alta, la jurisprudencia de esta Sala ha atenuado su exigencia, mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección.

b) Esta línea jurisprudencial, iniciada ya con anterioridad a la casación unificadora (entre otras, SSTS/Social 4-IV-1974 , 2-VII-1974 , 6-III-1978 , 27-X-1979 , 14-IV-1980, 24-VI-1982 , 11- XII-1986 , 15-XII-1986 , 2-II-1987 , 21-III-1988 , 12-VII-1988 y 13-IX-1988) y que ha tenido fiel reflejo en ésta (entre otras, STS/IV 19-XII-1996), estableció, como recuerda la citada STS/Social 15-XII-1986 , la doctrina relativa a que el alta ha de referirse al momento en que sobrevino la contingencia determinante de la situación protegida (SSTS/Social 14-IV-1980 y 24-VI-1982), o aquélla otra que, tras analizar la normativa afectante al Convenio Especial, considera que la baja en la Seguridad Social ha de entenderse con carácter provisional durante los noventa días siguientes al cese, en los que el trabajador puede acogerse al Convenio Especial, conservando, por tanto, durante ese período los derechos que puedan serle legalmente atribuidos en relación al tiempo que duró la afiliación y la cotización a la Seguridad Social (SSTS/Social 27-X-1979 y 15-XII-1986); doctrinas a las que es dable adicionar la que interpreta con flexibilidad el requisito de estar inscrito como demandante de empleo "tanto más cuanto que reunía los requisitos para obtener la pensión cuando los padecimientos se produjeron" (STS/Social 11-XII-1986).

c) Pudiendo concluirse en esta línea, y siguiendo la doctrina marcada en la referida STS/IV 19-XII-1996 , que el requisito del alta y las situaciones asimiladas a ella han sido interpretados de modo no formalista por esta Sala, estimando en general que sí concurría la situación de alta, cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha de entenderse por cumplido".

3. - En la específica aplicación de estos criterios a un caso como el de autos, en el que el hecho causante de la prestación acontece en fechas próximas al cese del trabajador en la última actividad cotizada y una vez constatado que esta decisión no obedece a la intención de apartarse del mercado de trabajo, sino a la decidida voluntad de continuar en el mundo laboral para iniciar inmediatamente un nuevo proyecto profesional, la propia sentencia referencial concluye que " Tales datos revelan el cumplimiento riguroso por la causante de la situación de alta y cotización a la seguridad social durante el período de actividad laboral, la decidida voluntad de continuar en el mundo laboral, mejorando sus expectativas y, por último, que existía la posibilidad de que la trabajadora hubiera suscrito un convenio especial con la seguridad social, cuyos efectos se hubieran retrotraído a la fecha en la que se dio de baja en la misma, a tenor de la establecido en el artículo 5.2.1 de la Orden 2865/2003 de 13 de octubre".

Tal y como hemos razonado al analizar la concurrencia de la contradicción, esos mismos elementos concurren en el asunto ahora enjuiciado, en el que el demandante acredita una larga y continuada vida laboral y sufre el accidente a los pocos días- escasamente 21- de causar baja voluntaria en su anterior puesto de trabajo porque había aceptado la oferta de otra empresa para incorporarse de forma inmediata a una nueva ocupación laboral.

En esas circunstancias el cese en el anterior empleo no supone que haya voluntad de apartarse del mundo laboral, ni tampoco el hecho de no inscribirse como demandante de empleo, puesto que ambas decisiones obedecían a la razonable previsión de incorporación inmediata y ya concertada a la nueva oferta de trabajo que tenía sobre

la mesa, y que se vio frustrada por el accidente de tráfico sufrido apenas unos días antes de lo previsto para su inicio.

Resulta manifiestamente injusta e irrazonable la rigurosa aplicación en estas condiciones del requisito de estar en alta o situación asimilada al trabajador que acredita una larga y continuada trayectoria laboral, y a quien el infortunio le ha situado en la extrema situación de sufrir un accidente de tráfico a los pocos días de dejar su último empleo y a escasas fechas de incorporarse a la nueva relación laboral que ya tenía concertada con otra empresa.

Por todo ello y de acuerdo con la propuesta del Ministerio Fiscal, es de aplicación al caso la consolidada doctrina jurisprudencial que ha venido a interpretar con carácter flexible y humanizador este requisito cuando concurren circunstancias excepcionales que así lo justifican, lo que nos lleva a acoger el recurso. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, 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. Cecilio, contra la sentencia de 16 de marzo de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears en el recurso de suplicación núm. 50/2015, formulado frente a la sentencia de fecha 20 de junio de 2014 del Juzgado de lo Social Nº. 4 de Palma de Mallorca , dictada en autos 271/2012 seguidos a instancia de dicho recurrente contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre pensión de incapacidad permanente total. 2º) Casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación desestimar el recurso de igual clase interpuesto y confirmar en sus términos la sentencia de instancia. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ENERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimo la demanda interpuesta por el MUTUAL MIDAT CYCLOPS contra D^a. Blanca, ROCA RADIADORES, S.A., INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), absolviendo a la demandadas de las pretensiones formuladas en su contra».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- D. Constancio, fue declarado en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta, derivado de enfermedad profesional, mediante resolución de 18.02.1983 (f. 33). SEGUNDO.- A D^a. Blanca , esposa de D. Constancio , tras el fallecimiento de éste, le fue reconocida pensión de viudedad, mediante resolución del INSS de 02.08.2006, en régimen de Enfermedad Profesional, con Base reguladora de 355,61 euros y porcentaje de 52 %, siendo responsable de su pago MUTUAL MIDAT CYPLOS (f. 21 a 24 y 34).- TERCERO.- MUTUAL MIDAT CYPLOS instó reclamación previa en fecha 11.07.2013, por la que interesaba que la responsable del pago fuera el INSS, siendo desestimada por resolución del INSS de 26.07.2013, por extemporánea (f. 28 a 30 y 37).- CUARTO.- MUTUAL MIDAT CYPLOS debía ingresar un capital coste final de 132.656,95 euros (f. 31)».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de MUTUAL MYDAT CYCLOPS, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 1, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 24 de abril de 2015 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Estimar el recurso de suplicación interpuesto por

Mutual Mydat Cyclops, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social número 1 contra la sentencia dictada en fecha 16 de julio de 2.014 por el Juzgado de lo Social número 32 de Barcelona , en autos en materia de Seguridad Social seguidos con el número 901/2013, a instancia de la parte recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, doña Blanca y Roca Radiadores, S. A., revocando la resolución recurrida, y acordando en su lugar, con estimación de la demanda, dejar sin efecto la resolución impugnada, y declarar la responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social en el abono de la prestación por viudedad acordada en fecha 2 de agosto de 2006, con las consecuencias inherentes a tal declaración. Sin costas.».

CUARTO.- Por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 12 de Noviembre de 2013 (R. 200/2013).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de enero de 2017, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Los hechos declarados probados en las presentes actuaciones son -resumidamente- los que siguen: a) el causante de las prestaciones que son objeto de la presente reclamación falleció en 02/02/09, siendo titular de IPA derivada de Enfermedad Profesional, reconocida en 1983; b) el INSS reconoció las correspondientes prestaciones por Muerte y Supervivencia por resolución de 02/08/06, imputando su abono a la accionante «Mutual Midat Cyclops»; c) en 11/07/13 la referida Mutua

presentó reclamación previa, interesando la revisión de la responsabilidad declarada, lo que es denegado por resolución frente a la que se interpone la presente demanda.

2.- La pretensión fue rechazada por la sentencia que en 16/07/14 dicta el J/S nº 32 de los de Barcelona [autos 901/13]. Y formulado recurso de suplicación, la decisión de instancia fue revocada por la STSJ Cataluña 24/04/2015 [rec. 280/15], que dejó sin efecto la resolución impugnada y declaró la responsabilidad del INSS respecto del abono de las prestaciones reconocidas en la precitada resolución de 02/08/06.

3.- Se interpone por el INSS recurso de casación para la unificación de doctrina, con motivo en el que se denuncia la infracción de los arts. 56 y 57, en relación con la DA Sexta, de la LRJAP y PAC, así como de los arts. 43 LGSS y 71 LRJS; y se señala como decisión de contraste la STSJ La Rioja 12/11/13 [rec. 200/13], que llegó a solución opuesta a la de autos, declarando la extemporaneidad de la reclamación de la Entidad colaboradora, en supuesto que reviste sustancial identidad: a) trabajador declarado en situación de IPA en 2002; b) fallecimiento en Diciembre/2009, con reconocimiento de prestaciones por muerte en Enero/2010 a cargo de una Mutua Patronal; y c) reclamación de la misma en Septiembre 2012.

4.- Sin necesidad de mayores precisiones, ya que la cuestión que se debate en las presentes actuaciones es de constante reproducción en unificación de doctrina, tanto en la denuncia como en las decisiones referenciales invocadas, hemos simplemente de referir -en el plano formal- que el recurso interpuesto por el INSS cumple exquisitamente la exigencia de contradicción.

SEGUNDO.- 1.- La decisión recurrida argumenta -en síntesis- que la situación procesal en que se traduce la falta o ineficacia de la reclamación previa a la vía judicial es la caducidad de la vía administrativa solamente, no de la acción cuyo ejercicio permanece vivo mientras el derecho material que la sustenta no prescriba, por lo que cuando se ha abandonado el trámite de reclamación frente a una determinada resolución o ni tan siquiera se inicia, no se pierde el derecho, sino la posibilidad de acceder a la vía

jurisdiccional de forma directa, pudiendo reanudarse -o reiniciarse- a través de la reclamación oportuna, que inicia nuevamente la posible virtualidad del derecho.

Muy contrariamente, en la decisión referencial se razona su divergente conclusión, diciendo que la usual doctrina de que el transcurso del plazo establecido por el art. 71 LPL sin interponer demanda «en modo alguno puede universalizarse a todos los actos de la Administración Institucional de la Seguridad Social hasta el punto de reducir a la esterilidad los plazos de impugnación jurisdiccional de tales actos ..., y cabe de aquella jurisprudencia deducir que la misma queda referida sustancialmente a los beneficiarios de las prestaciones y a su derecho al reconocimiento de las mismas, pero no alcanza a supuestos, como el enjuiciado, totalmente ajeno a dichos condicionantes, pues en él no se insta un reconocimiento del derecho a una prestación (o a los elementos de la misma) por su beneficiario, sino que lo pretendido es la extinción de una obligación impuesta por la resolución administrativa firme por quien además no tiene la condición de beneficiario, como es el caso de una Mutua de Accidentes, en quien, a diferencia del beneficiario, no se puede suponer o intuir que tenga dificultad en el conocimiento y defensa de sus intereses en la materia de Seguridad Social que constituye el objeto de su actividad».

2.- La cuestión que en los presentes autos se suscita fue resuelta por el Pleno de la Sala en dos sentencias de 15/06/2015 [recursos 2766/14 y 2648/14], en las que fijamos que la doctrina ajustada a Derecho era la mantenida por la -entonces y hoy- sentencia de contraste; decisión cuyo criterio ha sido reiterado ya en numerosas ocasiones [entre las recientes, SSTS 12/07/16 -rcud 435/15; 19/07/16 -rcud 1301/16; y 20/07/16 -rcud 913/15] y que por elementales razones de seguridad jurídica vuelve a serlo en estas actuaciones.

TERCERO.- 1.- Es consolidada doctrina de esta Sala que el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, por inobservancia del plazo de treinta días que establece el art. 71.2. 71.2 LRJS [antes, el art. 71.2 LPL], no afecta al derecho material controvertido y no supone prescripción alguna, sino que únicamente comporta la caducidad en la instancia y la

correlativa pérdida del trámite, por lo que tal defecto no resulta obstáculo para el nuevo ejercicio de la acción, siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de las referidas prescripción o caducidad (así, desde la STS 07/10/74 Ar. 3903, dictada en interés de ley).

2.- Destaquemos igualmente que esta doctrina se ha positivizado en el art. 71.4 de la vigente LRJS, a cuyo tenor «... podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho... ». Y que la previsión de este precepto significa una excepción al régimen común administrativo, en el que en aras al principio de seguridad jurídica, al interés general en juego y a la «ejecutividad» propia del acto administrativo [arts. 56 y 57 LRJAP /PAC], se dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido [al no haberse recurrida en tiempo y forma] o por ser reproducción de otro consentido [art. 28 LJCA].

3.- Señalemos también que si se excepciona de tal consecuencia - propia del régimen común del Derecho Administrativo- a la «materia de prestaciones de Seguridad Social», hoy en el art. 71 LRJS y antaño en nuestra más temprana jurisprudencia [desde la citada resolución en interés de Ley], muy posiblemente ello sea atribuible al presumible desvalimiento jurídico de los beneficiarios y a la consideración de que ciertos mecanismos protectores -frente a su desconocimiento legal- no solamente no están privados de justificación, sino que incluso responden más adecuadamente al principio de irrenunciabilidad de los derechos al que en ocasiones alude el Tribunal Constitucional (así, SSTC 120/1984, de 10/Diciembre; 14/1985, de 1/Febrero; y 97/1987, de 10/Junio) y que en todo caso ha sido consagrado por nuestra más antigua doctrina (vid., por ejemplo, las SSTS 07/05/53 Ar. 1217; 14/02/61 Ar. 1596; 04/04/61 Ar. 1419).

4.- En esta misma línea -de limitar la excepción a los beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social- apunta el texto del art. 71 LRJS , cuya literalidad invita a entender que el privilegio va exclusivamente referido al «reconocimiento» de las prestaciones, que era precisamente a lo que se limitaba la jurisprudencia que el precepto ha positivizado, y que -por lo mismo- tiene por destinatario implícito al

«beneficiario», no a las Entidades colaboradoras, las que incluso se contemplan- apartado 3- como sujetos pasivos de la reclamación previa. Así, las expresiones utilizadas por la norma [«materia de prestaciones»; «alta médica»; «solicitud inicial del interesado»; «reconocimiento inicial»; «modificación de un acto o derecho»; y -sobre todo- «en tanto no haya prescrito el derecho»], resultan del todo ajenas a la reclamación efectuada por la Mutua Patronal frente al INSS, mucho después de dictada la resolución, pretendiendo que se deje sin efecto no los términos de la «prestación», sino la imputación de su responsabilidad, y que con su consentimiento había adquirido firmeza, pero que se pretende impugnar ahora tras novedoso criterio jurisprudencial en la materia.

5.- En último término tampoco cabe argumentar -como se hace- la literalidad de la DA Sexta LRJAP /PAC [«La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo en los términos previstos en el artículo 2º de la Ley de Procedimiento Laboral ... se regirán por lo dispuesto en dicha Ley»], para extender un comprensible privilegio procesal de los beneficiarios a quien no disfruta de tal cualidad, puesto que la referida DA nada añade a la cuestión al no comportar interpretación alguna del art. 71 LRJS , que es de lo que aquí se trata.

CUARTO.- 1.- Nuestra respuesta sería incompleta si no contrarrestásemos mínimamente los argumentos ofrecidos por la Mutua en defensa de su pretensión en las presentes actuaciones y en general por tales Entidades Colaboradoras en muchos otros procedimientos, rechazando -en primer lugar- sus afirmaciones acerca de la «desigualitaria interpretación» del precepto que nuestra tesis comporta. Digamos al efecto, justificando el diferente tratamiento que a nuestro juicio otorga el art. 71 LRJS a los beneficiarios de las prestaciones y a la Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, que en materia de igualdad son precisiones clásicas de la doctrina constitucional desde la Sentencia de 22/1981, de 2/Julio, las que siguen:

a).- Que «... el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la

regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello». b).- Que lo propio del juicio de igualdad es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» [STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10] y, de otro, que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso» [SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6 ; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3] (entre las recientes, SSTC 63/2011, de 16/Mayo, FJ 3; 79/2011, de 6/Junio, FJ 3; 17/2011, de 4/Julio, FJ 4 ; 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3; 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7; - Pleno- 41/2013, de 14/Febrero, FJ 6; - Pleno- 61/2013, de 14/Marzo, FJ 4; 45/2014, de 07/Abril, FJ 3; 51/2014, de 07/Abril, FJ 3; 60/2014, de 05/Mayo, FJ 3; y 156/2014, de 25/Septiembre, FJ 4. Y - también próximas- SSTS 20/01/15 - rcud 401/14; y 13/Enero/2016 -rco 286/13).

Doctrina que se complementa con la exigencia de acreditación del necesario «tertium comparationis» en régimen de igualdad [SSTC 111/2001, de 7/Mayo FJ 2 ; 39/2002, de 14/Febrero, FJ 4 y 5; 103/2002, de 6/Mayo FJ 4 ; 39/2003, de 27/Febrero FJ 4], pudiendo decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un «tertium comparationis», que opera como elemento definitorio de la clase, y que son desiguales cuando tal circunstancia no se produce [SSTC 125/2003, de 19/Junio ; 53/2004, de 15/Abril]. De forma que «para poder efectuar un juicio de igualdad es imprescindible tener un término de comparación válido [STC 219/2013, de 19 de diciembre, FJ 5], para lo cual no sólo es necesario precisar si las situaciones subjetivas son efectivamente comparables o cotejables, sino si el legislador ha atribuido a un mismo grupo o categoría personal creado por él mismo unas consecuencias jurídicas diversas sin introducir un factor diferencial [SSTC 148/1986, de 25 de noviembre , FJ 6 a); 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5 c); y 139/2005, de 26 de mayo, FJ 6]» (STC -Pleno- 8/2015, de 22/Enero, FJ 9.a).

2.- Así pues, desde el momento en que no existe censurable desigualdad, en tanto que el principio de igualdad únicamente puede invocarse con éxito cuando estamos ante «situaciones jurídicas iguales» [circunstancia inexistente en el caso], el hecho de que la Mutuas Colaboradoras hayan de sujetarse al régimen común administrativo y a la consiguiente inatacabilidad del acto firme [art. 28 LJCA], difícilmente puede comportar -como se argumenta- la vulneración del principio «pro actione» y consiguientemente del derecho a la tutela judicial, pues:

a).- Tal principio no impone «... a pesar de su ambigua denominación, la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de entre todas las que lo regulan... ya que el deber que este principio impone consiste únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada «impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida» (SSTC 88/1997, de 05/Mayo, F. 2 ; 207/1998, de 26/Octubre, F. 3 ; 38/1998, de 17/Febrero, F. 2 ; 122/1999, de 28/Junio ; 195/1999, de 25/Octubre, , FJ 2 ; 160/2001, de 5 de julio, F. 3 ; 27/2003, de 10 de febrero, F. 4 ; 177/2003, de 13 de octubre, F. 3 ; 3/2004, 14 de enero, F. 3 ; 79/2005, de 2 de abril, F. 2 ; 133/2005, de 23 de mayo, F. 2 ; 327/2006, de 20/Noviembre, FJ 3 ; 52/2007, de 12/Marzo, FJ 2 ; y 25/2010, de 27/Abril , FJ 3).

b).- Para la Sala es claro que ninguna «desproporción» cabe atribuir a un criterio -el nuestro- que se limita a otorgar el privilegio del art. 71 LRJS a quienes literalmente se les atribuye por la norma [los beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social] y a excluir a personas jurídicas que no solamente no están incluidos en la literalidad del precepto, sino que tampoco se hallan comprendidas en ella atendiendo a criterios finalísticos [las Mutuas colaboradoras], y a las que -a mayor abundamiento- tampoco se atisba razón alguna para eximir las del régimen común del Derecho Administrativo.

c).- Finalmente, tampoco cabe olvidar que el derecho a la tutela judicial efectiva no es «un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación

jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal», sino que «[e]n cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos [SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3 ; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3 ; 73/2004, de 22 de abril, FJ 3 ; 144/2004, de 13 de septiembre, FJ 2 ; 182/2004, de 2 de noviembre, FJ 2 ; 327/2005, de 12 de diciembre, FJ 3 ; 135/2008, de 27/Octubre, FJ 2 ; 40/2009, de 9/Febrero, FJ 4 ; 165/2011, de 3/Noviembre, FJ 3 ; y - Pleno- 20/2012, de 16/Febrero , FJ 7).

QUINTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -tal como informa el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser revocada. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO:

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

1º.- Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
2º.- Revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 24/04/2015 [rec. 280/15], que a su vez había revocado la resolución - desestimatoria de la demanda- que pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 32 de los de Barcelona [autos 901/13], a instancia de «MUTUAL MIDAT CYCLOPS». 3º.- Resolviendo el debate de suplicación, confirmamos la desestimación de la demanda y la absolución de los demandados INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Dª Blanca y «ROCA RADIADORES, SA».

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

Así se acuerda y firma.

17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 14 de octubre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Toledo dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º .- El trabajador D. Anselmo , nacido el día NUM000 -1988 afiliado a la Seguridad Social, con el nº NUM001 , mientras trabajaba para la empresa codemandada el día 23 de abril de 2012 inicia incapacidad temporal, permaneciendo en observación por sospecha de neumonitis por hipersensibilidad. Tras las pruebas analíticas se confirma diagnóstico de "alveolitis alérgica extrínseca por sensibilización al corcho enmohecido (suberosis)".

2º.- La empresa cubre las contingencias profesionales con la Mutua FREMAP que es quien se hace cargo del seguimiento del actor. Una vez apartado de la exposición al agente causante de la alergia, el corcho, y estando asintomático, la Mutua demandante emite el día 18 de junio alta por curación. El actor había finalizado el día 30 de abril de 2012 la relación laboral con la empresa por expiración de un contrato temporal suscrito el 3 de noviembre de 2011.

3º.- El trabajador insta expediente de incapacidad permanente total para su profesión habitual, que concluye por resolución del INSS de 17 de septiembre de 2012 en la que se le reconoce afecto a una Incapacidad Permanente Total derivada de enfermedad profesional para la profesión habitual de operario en empresa de tratamiento de corcho, y responsable de la prestación FREMAP. El dictamen propuesta refiere el siguiente cuadro clínico y limitaciones: "Alveolitis alérgica extrínseca por sensibilización a corcho enmohecido (suberosis), neumología 13/06/2012. Positividad para neumoaérgenos (ácaros, pólenes gramíneas, árboles y maleza), hongos

(áspergilus, alternaria, cladosporium y penicillium) y epitelios animales. Evitar exposición a corcho".

4º.- El actor mientras trabajó para la demandada ejercía actividad como peón de almacén, siendo la categoría asignada la de PEON. Las labores que realizaba en la empresa eran las siguientes:

"Apilamiento de las placas de corcho manualmente.

Realización de fardos de corcho.

Manejo de carretilla elevadora o máquina telescópica para el transporte y apilamiento de los fardos de corcho.

Manejo de carretillos manuales para el transporte de las placas o fardos de corcho.

Manejo de prensas para el prensado de los fardos de corcho".

5º.- La base reguladora de la prestación asciende 1.202,07 euros mensuales y la fecha de efectos del reconocimiento el 19 de junio de 2012».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por FREMAP MUTUA DE ACCIDENTES Y ENFERMEDADES PROFESIONALES, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, D. Anselmo , y contra la empresa ANTONIO DE MARÍA S.A., sobre impugnación de resolución administrativa por la que declara al trabajador D. Anselmo , afecto de Incapacidad Permanente Total derivada de enfermedad profesional, se anula y deja sin efecto la citada resolución de 17 de septiembre de 2012, dictada por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.»

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Anselmo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, la cual dictó sentencia en fecha 8 de enero de 2015 en la que consta el siguiente fallo: «Estimando el recurso de suplicación formulado por D. Anselmo contra la sentencia de fecha 14 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo social nº 3 de Toledo con sede en Talavera de la Reina , en autos 50/2013 sobre Incapacidad Permanente, siendo parte recurrida Fremap Matepss nº 61, INSS, TGSS y la empresa Antonio de María S.A., revocamos la referida sentencia y desestimamos la demanda de FREMAP.»

TERCERO.- Por la representación de la Mutua Fremap se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 26 de marzo de 2015.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la parte recurrente propone, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 23 de mayo de 2011 (rollo 210/2011).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 21 de septiembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar procedente la estimación del recurso.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de octubre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. Como hemos reseñado, la sentencia recurrida estima el recurso de suplicación del trabajador y mantiene, por tanto, la resolución administrativa que en su día declaraba al mismo en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional.

Es la Mutua demandante - declarada responsable del pago de la prestación- la que acude ahora a la casación para unificación de doctrina aportando, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el 23 de mayo de 2011 (rollo 210/2011).

2. En el presente caso el trabajador venía prestando servicios para la empresa codemandada - asegurada por la Mutua demandante- como peón de almacén, siendo sus funciones las de apilamiento y realización de fardos de corcho, así como el manejo de la carretilla para el transporte de los mismos y para el citado apilamiento (hecho probado Cuarto). El 23 de abril de 2012 el trabajador inició un proceso de incapacidad temporal con diagnóstico de "alveolitis alérgica extrínseca por sensibilización al corcho enmohecido (suberosis)"; y en 17 de septiembre de 2012 el INSS dictó resolución declarando al trabajador en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional para la profesión habitual de operario en empresa de tratamiento de corcho, recogiendo la indicada dolencia, así como "neumología de 13 de junio de 2012, positividad para neumoaérgenos (ácaros, pólenes gramíneas, árboles y maleza), hongos (aspergillus, alternaria, cladosporium y penicillium) y apitelios animales...".

La sentencia de la Sala de suplicación del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, ahora recurrida, parte de la aceptación de que la profesión habitual del trabajador no puede ser otra que la que resultaba del contrato con la empresa codemandada, al no haberse hecho alegación alguna sobre actividades anteriores y siendo suficiente el tiempo trabajado en la empresa para que el contacto con el corcho le hubiere provocado la enfermedad profesional.

3. En la sentencia que se aporta como contradictoria por parte de la recurrente se trataba de una trabajadora, auxiliar de laboratorio, a la que se le deniega el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente por no hallarse en grado alguno al considerar que su dolencia - asma por isocianatos y dermatitis alérgica de contacto y sensibilización a isocianatos- no le impediría seguir prestando servicios de auxiliar de laboratorio en otra actividad del sector de químicas distinta a la de empresa en que trabajaba. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja niega que quepa identificar la profesión habitual con la concreta actividad de la trabajadora dentro del sector.

4. Se da en este caso la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS, pues en ambos supuestos nos encontramos ante la necesidad de valorar el efecto de una reacción alérgica a un determinado material o componente presente en el concreto puesto de trabajo de quien, no obstante, ostenta una profesión que, en abstracto, no estaría exclusivamente vinculada con dicho material. La contradicción se da, además, "a fortiori", ya que, como después razonaremos, la profesión del demandante en el presente caso es de un espectro aún más amplio que la del caso de la sentencia referencial.

SEGUNDO.- 1. El recurso de la Mutua denuncia la infracción de los arts. 136 y 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) - según el TR del RD Leg. 1/1994-, en relación con el art. 11.2 de la OM de 15 de abril de 1969.

2. La cuestión que se suscita es la de la determinación de la profesión habitual a los efectos de delimitar los contornos de la incapacidad permanente total, concepto que presenta dificultades de conformación dado el margen de indeterminación legal que presenta.

En relación a dicho concepto, hemos sostenido con carácter general que la profesión "habitual" es la ejercida prolongadamente y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante, esto es, la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana (STS/4ª de 31 mayo 1996,

23 noviembre 2000, 9 diciembre 2002 -rcud. 1197/2002- y 26 septiembre 2007 -rcud. 4277/2005).

La cuestión reviste particularidades cuando se trata de accidente, puesto que en tales casos ha de estarse a la profesión desarrollada en el momento de producirse el mismo, mientras que, con arreglo al mencionado art. 11.2 de la OM de 1969 las incapacidades permanentes derivadas de enfermedad han de relacionarse con la profesión habitual que se haya venido desarrollando en un mínimo periodo de tiempo.

El art. 137.2 LGSS aplicable señalaba en su segundo párrafo: «A efectos de la determinación del grado de incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente». Conviene, no obstante, precisar que dicho precepto ha estado carente de desarrollo reglamentario, y ello pese la Disp. Trans. 5ª bis LGSS, añadida por la Ley 24/1997, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social.

Con arreglo al texto legal indicado, el concepto de profesión habitual no se identifica con el concreto puesto de trabajo ya que la protección dispensada por la prestación guarda relación con la pérdida de rentas no meramente inmediata, sino con un perjuicio más extendido en el tiempo.

La jurisprudencia ha señalado, no obstante, que la delimitación de la profesión habitual no debía identificarse con la categoría profesional, sino con aquellos cometidos que «el trabajador está cualificado para realizar y a lo que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional» (STS/4ª de 17 enero 1989, 23 febrero 2006 -rcud. 5135/2004- y 27 abril 2005 -rcud. 998/2004-). Este rechazo a la equiparación entre "profesión habitual" y categoría profesional se acentúa en la actualidad al haber desaparecido la segunda del

texto del art. 22 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en donde además se ha incrementado la flexibilidad funcional interna.

En definitiva, la profesión habitual se concretará en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional (STS/4ª de 10 octubre 2011 -rcud. 4611/2010).

3. Llegados al punto de aplicar los anteriores razonamientos al supuesto aquí enjuiciado nos encontramos con que el trabajador posee una categoría profesional para la que las dolencias no parecen ofrecer otra limitación que la que resulta del concretísimo supuesto en que sus funciones se realicen en contacto con el corcho. Sin embargo, su profesión de peón de almacén no exige una especialización necesariamente vinculada al tratamiento, manipulación o elaboración de productos de ese material, pues estamos ante un profesigramo amplio para el que es irrelevante la calidad de los materiales sobre los que actúa. El desempeño de las tareas del trabajador no requiere ningún conocimiento, aptitud o habilidad relacionados con el citado material, tratándose de cometidos comunes a las funciones propias de almacenaje en una enorme variedad de industrias y actividades.

Por todo ello, coincidimos con la opinión del Ministerio Fiscal que propone la estimación del recurso.

TERCERO.- 1. El acogimiento favorable del recurso ha de comportar que casemos y anulemos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimemos el recurso de dicha clase formulado por el trabajador y, en consecuencia, confirmemos la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Toledo.

2. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235. LRJS no procede hacer pronunciamiento sobre costas, debiéndose dar a los depósitos y consignaciones que en su caso se hubieren hecho para recurrir el correspondiente destino legal.

FALLO:

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

Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por FREMAP MATEPSS N° 61 contra la sentencia dictada el 8 de enero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el recurso de suplicación n° 727/2014 interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social n° 3 de los de Toledo (sede en Talavera de la Reina) en los autos núm. 50/2013, seguidos a instancias de D. Anselmo contra la parte ahora recurrente, el INSS, la TGSS y ANTONIO DE MARÍA S.A. Casar y anular la indicada sentencia y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de dicha clase formulado por el trabajador y, en consecuencia, confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social n° 3 de los de Toledo. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 11 de junio de 2013 el Juzgado de lo Social n° 3 de Pontevedra dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: « Estimando la demanda interpuesta por DON Rodrigo frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro al actor en situación de Gran Invalidez, condenando al Instituto demandado a que le abone la pensión reconocida, incrementada con el complemento correspondiente, resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Don Rodrigo, nacido el NUM000 de 1958 con D.N.I. NUM001 está afiliado a la Seguridad Social, Régimen General, con el número NUM002 y su actividad laboral es la de camionero. En mayo de 2006 se inició expediente para la declaración en su caso de invalidez, siendo examinado por el E.V.L que emitió su juicio clínico laboral el 3 de mayo de 2006. Por resolución de fecha 29 de mayo de 2005 le fue reconocida la situación de incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual con una base reguladora de 539 € y por padecer las siguientes enfermedades o lesiones derivadas de enfermedad común: Comenzó I.T. por ingreso hospitalario en Servicio de Dermatología del CHUS con diagnóstico de Hypoderma gangrenoso múltiple superficial en MID. Hidroadenitis supurativa. Tiña interdigital. Ingreso 12.10.04 al 11.11.04. Antecedentes de lesiones ulcerosas y costrosas muy dolorosas en piernas desde hace 11 años. Las lesiones cursan por brotes intensos, de duración indeterminada, dificultad el sueño por el dolor. Desde hace aproximadamente 11 años presenta también abscesos axilares e inguinales que le dejan cicatrices tuneliformes y retractiles. Diagnosticado de hidradenitis supurativa. Aparato locomotor: las cicatrices de axilas le limitan la movilidad de los brazos (hombros). Mueve bien hasta horizontal y tiene dificultad para movimientos por encima de 110°. Rotación interna conseguida y rotación externa conseguida. Con brazos pegados al cuerpo toca cabeza. Permaneció en situación de I.T. desde el 13 de octubre de 2004 hasta el 12 de abril de 2006, siendo dado de alta por la Inspección médica por agotamiento de plazo y con propuesta de incapacidad.

SEGUNDO.- Disconforme con esta resolución interpuso la parte actora reclamación previa que fue desestimada en fecha 31 de julio de 2006, confirmando los anteriores razonamientos y posterior demanda que fue desestimada por sentencia de este Juzgado de fecha 1 de marzo de 2007. Solicitó el demandante la revisión del grado de invalidez que le fue denegado por resoluciones de fecha 13 de marzo de 2009, 11 de junio de 2010 y 12 de septiembre de 2011 y 29 de noviembre de 2011. En expediente de revisión NUM003 se declaró al actor en situación de incapacidad absoluta por revisión por padecer hidrosadenitis supurativa en axilas, ingles e intergluteo. Proderma gangrenoso múltiple en MID. Sedestación, deambulación movilidad extrema de MSD.

En fecha 27 de septiembre de 2012 solicitó la revisión de grado que le fue denegada por resolución de 13 de noviembre de 2012, presentando el demandante reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 14 de diciembre de 2012.

TERCERO.- Sus padecimientos actuales son: Antecedentes vasculares: 09/03/09 injerto corto desde AF e - AFS con vena safena interna invertida+2 stent solapados en AFs + Ligadura de cayado de VSI en MID. TEA trípode femoral izquierdo + angioplastia con parche de VSI MII. -13/07/11 ligadura de cayado de VSE MID + Injerto corto desde AFc (t-t) hasta AFp (t-t) + bypass fémoro-poplíteo, desde injerto precio (L-T) hasta i8 pp (TL) con bioprótesis i s 6 mm -1- Interposición de injerto corto en vena femoral superficial con biopótesis 6 mm, MID.-13/07/1 1 Urgente : Trombectomía de reconstrucción arterial + prolongación de injerto a AFc proximal (T-T)+ Revisión de anastomosis dista de by pass fémoro poplíteo y angiografía intraoperatoria + recambio de injerto venoso por goreanillado de 8 mm, MID. -14/07/11 Amputación supracondílea semiabierta del MID. 11/10/2011: Endarterectemia AFc-AFp + angioplastia con parche de pericardio + injerto corto desde parche (-T) hasta AFs (T-T), Miembro inferior izquierdo. En septiembre de 2011 valorado por Reumatología, procedente de urgencias a donde acudió por dolor en carpo derecho, dx de Monoartritis recidivante de carpo derecho. En la Última revisión efectuada el 5.9.12 hallazgo de Leve sinovitis en carpo derecho, rizartrosis del pulgar izquierdo, dx monoartritis crónica de carpo derecho. Remitido tras la amputación de MID al S de RHB, en donde inició seguimiento en febrero de 2012, siendo usuario de silla de ruedas y no haber intentado bipedestación con bastones por dolor en carpo derecho. En abril de 2012 deciden iniciar proceso de protetización: sistema kiss, rodilla de freno, pie de Carbono. Última revisión efectuada el 17.9.12, tras haber finalizado la Fisioterapia a mediados de Agosto porque comenzó con clínica de monoartritis crónica de carpo derecha. A seguimiento en Reumatología fa. Entonces camina con ayuda de 2 bastones y sube y baja escaleras aunque con dificultad. Causando alta en 5 de RHB Tratamiento actual: Pletai, Urbason, Clopidogrel. Seguimiento en Cirugía Plástica para ver evolución de la fístula inguinal El 11.10.12 acude a revisión en cirugía vascular con lesión ulcerosa en MII y dolor importante por lo que es ingresado en el CHUS el 15.10.12 presentando una úlcera pretibial con exposición ósea. Re intervenido el 19/10/2012: Angiografía intraoperatoria

de sector ilio-femoral izquierdo, sin objetivarse estenosis significativas + Bypass desde Ale a AFp distal (T-T) con PTFE 6 mm + bypass desde injerto previo (L-T) a lapp (T-L) con PTFE de 6 mm anillado + retirada de material protésico previo + limpieza qx de ulcera. Anestesia raquídea. Programada primera revisión tras alta hospitalaria en S de Cirugía vascular el 5.11.12 para curas y revisión en febrero de 2013. Pendiente de estudio en Hematología por trombocitosis EXPLORACION: Acude en silla de ruedas, dice que usa la prótesis de MID para estar por casa porque se cansa con ayuda de muletas. Recientes heridas quirúrgicas en proceso de cicatrización, sin retirar grapas de la herida de la ingle derecha. Exploración muñeca derecha sin alteraciones en la actualidad. Índice de Barthel 55 puntos (necesita ayuda para el baño, vestirse pantalones, baño, independiente en silla de ruedas e incapaz de subir escaleras).»

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia con fecha 16 de abril de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra en autos nº 195-2013 seguidos a instancias de Rodrigo contra la recurrente resolución que se mantiene en su integridad.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del INSS el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en fecha 19 de julio de 2013, recurso nº 119/13 , y denunciando la infracción, por interpretación errónea, del art. 139.4 de la LGSS , en relación con las Disposiciones Finales Tercera y Sexta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre , de medidas en materia de Seguridad Social.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 22 de octubre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar improcedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 25 de octubre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. El demandante, nacido el NUM000 de 1958, que tenía reconocida una invalidez permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad común por resolución del INSS de 29 de mayo de 2005 y que, en expediente de revisión NUM003 , fue posteriormente declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, en fecha 27 de septiembre de 2012 solicitó la revisión del grado de la misma, siéndole denegada, primero, por resolución de 13 de noviembre de 2012 y luego, al ser desestimada su reclamación previa, por otra resolución administrativa de 14 de diciembre del mismo año, tras la cual interpuso demanda ante la Jurisdicción instando se le declarara en situación de incapacidad permanente en el grado de gran invalidez; pretensión que es estimada por el Juzgado de instancia, declarándole en dicha situación y condenando al INSS -literalmente- "a que le abone la pensión reconocida, incrementada con el complemento correspondiente, resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización".

Interpuesto recurso de suplicación por la Gestora, con la doble pretensión de que se revocara el grado de gran invalidez y de que, en todo caso, con fundamento en la Disposición Final 3ª de la Ley 40/2007 , se aplicara a la prestación la normativa vigente en 2006, es decir, la anterior a las modificaciones introducidas por la citada Ley 40/2007, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, en la resolución que ahora es objeto del presente recurso de casación unificadora (sentencia de 16/4/2015, R. 3455/13), desestima el recurso en su integridad y, en consecuencia, confirma la sentencia de instancia, transcribiendo parte de la sentencia TS4ª de 8-4-2009 y con cita de las de 16-1-2002 y 16-6-2010 de la misma Sala IV. En esencia, la Sala de Galicia justifica su decisión en que la declaración de gran invalidez constituye una prestación autónoma de

la invalidez permanente previamente reconocida al beneficiario y, por tanto, con sus propios efectos vinculados al hecho causante de la misma que será, bien la fecha del informe médico que determina la situación invalidante del beneficiario en octubre de 2012 -supuestos de reconocimiento inicial--, bien la fecha de la resolución administrativa que, al poner fin a la vía administrativa por resolución del 14/12/2012, no reconoció la prestación por revisión, aunque debió hacerlo, como luego se vio.

2. El INSS, disconforme únicamente con la cuantificación de la prestación de gran invalidez, interpone el presente recurso de casación unificadora, denunciando la infracción, por interpretación errónea, del art. 138.4 de la LGSS/1994 , en relación con las Disposiciones Finales Tercera y Sexta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, invocando, como de contraste, la sentencia dictada el 19 de julio de 2013 (R. 119/13) por la Sala de lo Social del TSJ de Navarra, por entender, en síntesis, que la interpretación conjunta de tales normas ha de llevar a la conclusión de que la cuantía de la prestación, aunque su hecho causante sea posterior a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, debe calcularse conforme a la legislación anterior a dicha Ley siempre que, como dice ser el caso, provenga de un proceso de incapacidad temporal iniciado con anterioridad a su vigencia.

3. La sentencia invocada y aportada como contradictoria decide un caso perfectamente comparable al presente, pues sostiene, revocando la sentencia de instancia, que el incremento de la pensión correspondiente a la gran invalidez reconocida debe calcularse conforme a la legislación inmediatamente anterior a la Ley 40/2007 en un supuesto en el que la resolución del INSS de 19 de abril de 2007 declaró al demandante en situación de incapacidad permanente absoluta (antes de la vigencia de la Ley 40/2007) habiendo accedido ulteriormente (vigente ya la Ley 40/2007) a la calificación de gran invalidez. La cuestión controvertida consistía, como aquí, en determinar la normativa aplicable a la cuantificación de la pensión de gran invalidez y la Sala de Navarra reconoce una pensión del 150% de la correspondiente a la incapacidad permanente absoluta por aplicación del art. 139.4 LGSS/1994 , en la redacción anterior a la tan repetida Ley 40/2007 y, a tal efecto, razona que el hecho causante ha de situarse temporalmente en un momento precedente a la aplicación de la nueva norma, dada la

naturaleza del acto de revisión, que, según dice, se proyecta sobre una invalidez ya declarada en el sentido de constatar la producción de un agravamiento.

4. Tanto en uno como en otro procedimiento, los beneficiarios, inicialmente en situación de incapacidad permanente, son reconocidos como grandes inválidos, vigente ya la Ley 40/2007, por vía de revisión del grado declarado antes de la entrada en vigor de dicha Ley; y debatiéndose sobre la normativa aplicable en función de hecho causante, la sentencia recurrida entiende que éste es posterior a la entrada en vigor de dicha Ley, mientras que la sentencia referencial considera que el hecho causante se produjo durante la vigencia de la normativa anterior. En consecuencia, ha de considerarse cumplido el requisito que, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, exige el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- 1. El recurso ha de ser desestimado porque la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida. En efecto, partiendo de que: 1) esta Sala tiene declarado (TS 15-11-1993, citada en la de 18-7-1994) que "la gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente, de tal modo que su reconocimiento o bien es inicial o directo, en una primera calificación de las secuelas, o bien se reconoce por agravación del grado de invalidez antes establecido, cualquiera que fuere dicho grado anterior" (TS4ª 22-7-1996, R. 4088/95); 2) la Ley 40/2007, que modificó el art. 139.4 de la LGSS/1994 respecto a la cuantificación de la pensión del gran inválido, entró en vigor el 1 de enero de 2008, según se deduce de lo establecido en su Disposición final sexta; y 3) de que, conforme a su Disposición final tercera, las modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones del sistema que en ella se introducían "serán de aplicación únicamente en relación con los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor de la misma" (DF 3ª.1), la cuestión debatida queda reducida a determinar el momento en que se produce el hecho causante en los supuestos en los que, como sucede en este caso, se trata de una revisión del grado de una incapacidad permanente, calificada como "absoluta" antes de la modificación del art. 139.4 LGSS/1994, pero que, como consecuencia de la revisión, alcanza el grado de "gran invalidez".

2. Y tal cuestión, como decide con acierto la sentencia recurrida, hemos de entenderla resulta desde antiguo por la jurisprudencia de esta Sala cuando estableció que la fecha inicial del devengo de la pensión reconocida a consecuencia de la revisión del grado de incapacidad es el día siguiente a la fecha en que se dicta la resolución administrativa definitiva, esto es, aquella resolución que pone fin al procedimiento de revisión (por todas: SST4^a 17-2-1992, R. 1619/91; 13 y 20-7-1992, RR. 2484/91 y 2586/91; 19-10-1992, R. 111/92 ; 14-6-1993, R. 1671/92; 31-5-1994, R. 2695/93; 23-9-1997, R. 4376/96; 24-6-1999, R. 4758/98; 20-12- 1999, R. 1260/99; 16-1-2002, R. 3926/2000; 8-4-2009, R. 1940/08).

3. De acuerdo pues con dicha doctrina hemos de desestimar el recurso porque la fecha a tener en cuenta, en orden a la determinación de los efectos de la revisión del grado de invalidez, incluido el de la cuantificación de la nueva pensión, como dijo esta Sala en la sentencia que sigue y aplica la Sala de Galicia en la resolución impugnada, no es otra sino "aquella en que se pronunció la resolución del INSS que puso fin al expediente administrativo". Y siendo así que, en el caso, la resolución administrativa que desestimó la reclamación previa instando la revisión está fechada el 13 de noviembre de 2012 (h.p. 2º in fine) y entonces, como vimos, estaba plenamente vigente (desde el 1-1-2008) la nueva fórmula establecida por el art. 139.4 LGSS/1994, de conformidad con todo lo expuesto, procede, también de acuerdo con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso interpuesto por el INSS y confirmar, por sus propios argumentos, la sentencia impugnada.

FALLO:

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

Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL -INSS- contra la sentencia dictada en fecha 16 de abril de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación nº 3455/13, formulado por la parte ahora recurrente, frente a la sentencia de fecha 11 de junio de 2013 dictada por el

Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra , en autos nº 195/13, seguidos a instancia de DON Rodrigo contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre revisión de grado de incapacidad. Se confirma la sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

19-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 10 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 19 de los de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente la demanda formulada por Don Pedro Francisco contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), debo declarar y declaro el derecho del trabajador a percibir la prestación de incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida en sobre una base reguladora mensual de 2.506,99 €, con una prorratea temporis del 54,06% y con efectos de 21/05/2013, condenando al INSS a estar y pasar por dicha declaración y a su abono; y absolviéndole del resto de pretensiones.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « 1 .- La parte actora Don Pedro Francisco , nacida el día NUM000 /1956 con NIE nº NUM001 está afiliada a la Seguridad Social, en el Régimen General y en situación de alta o asimilada a la de alta, por servicios prestados como técnicos ayudantes: Ingeniero informático.-expediente administrativo.- 2.- El actor inició un periodo de incapacidad temporal el 03/07/2012 y el 21/05/2013 se le extendió el alta con propuesta de incapacidad permanente.-expediente administrativo.- 3.- Tras pasar por el oportuno reconocimiento por ICAMS en fecha 21/05/2013 se dictó resolución por el INSS en fecha 10/06/2013, en la que se resolvió no procedía declarar al trabajador en ningún grado de incapacidad permanente derivada de enfermedad

común y denegar el derecho a prestaciones económicas porque no reúne el periodo mínimo de cotización.-expediente administrativo.- 4.- Formulada reclamación previa en vía administrativa, la misma fue desestimada por Resolución definitiva de 01/08/2013, quedando agotada la vía administrativa.- expediente administrativo.- 5.- Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 06/05/2014 se declaró al trabajador en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta, derivada de enfermedad común, con efectos desde el 21/05/2013 con derecho a una pensión mensual de 473,57 € que percibirá desde el 11/06/2013. Dicho importe es el resultado de aplicar al 100% de la base reguladora un porcentaje del 18,89%, de acuerdo con la cláusula "prorrata temporis" establecidas en los reglamentos comunitarios y de cuyo pago es responsable el Instituto Nacional de la Seguridad Social. -expediente administrativo.- 6.- La parte demandante posee el período de carencia exigido. Acredita en España 1.805 días (del 01/02/2008 a 21/05/2013); en Reino Unido 840 días (del 16/05/2005 a 20/10/2007) y en Suiza 6.909 días (del 06/1986 a 4/2005). Para acceder a la prestación necesita un total de 3.315 días.-expediente administrativo.- 7.- La base reguladora de la prestación asciende a 2.506,99 C. El complemento en caso de estimarse la Gran Invalidez asciende a 1.317,59 euros mensuales. Efectos 21/05/2013. (no controvertido). 8.- La parte actora acredita las siguientes lesiones: Nefropatía diabética con insuficiencia renal terminal en programa de diálisis (desde 2012 y en programa de trasplante) en la actualidad. Intervención quirúrgica catarata bilateral julio/2012. Retinopatía diabética con disminución de la AV OD: 0,4 y OI: =,1. Disminución del campo visual de 15°. HTA. Vasculopatía periférica con clínica de claudicación intermitente. Anemia crónica e hiperparatiroidismo secundario a insuficiencia renal crónica. Psoriasis con lesiones cutáneas activas. Cardiopatía isquémica con antecedentes de IAM en el 2012, con enfermedad de dos vasos tratado con ACTP y colocación de dos Stents.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en la representación que ostenta, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 27 de marzo de 2015, recurso 340/2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada por el Juzgado

de lo Social nº 19 de los de Barcelona en fecha 10 de octubre de 2014 , recaída en el procedimiento 951/2013, seguido en virtud de demanda formulada el trabajador por Pedro Francisco contra la Entidad Gestora recurrente en solicitud de incapacidad permanente, debemos revocar y revocamos en parte la sentencia fijando una prorrata temporis de la prestación reconocida a cargo de la Seguridad Social española en un 40,23%, confirmándola en sus demás pronunciamientos. Sin costas.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, el letrado D. Miguel Arenas Gómez, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 17 de julio de 2007, recurso 3650/2005.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida Instituto Nacional de la Seguridad Social, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de desestimar el recurso presentado.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 13 de octubre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 19 de los de Barcelona dictó sentencia el 10 de octubre de 2014 , autos número 951/2013, estimando en parte la demanda formulada por D. Pedro Francisco contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre GRAN INVALIDEZ y, subsidiariamente, INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA, derivada de ENFERMEDAD COMÚN, declarando el derecho del trabajador a percibir la prestación de incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida, sobre una base reguladora mensual de 2.506, 99 €, con una "prorrata temporis" del 54,06% y con efectos de 21 de mayo de 2013,

condenando al INSS a estar y pasar por dicha declaración y a su abono, absolviéndole del resto de pretensiones.

Tal y como resulta de dicha sentencia por resolución del INSS de 6 de mayo de 2014 se declaró al actor en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, con efectos desde el 21 de mayo de 2013, con derecho a una pensión mensual de 473,57 € que percibiría desde el 11 de junio de 2013. Dicho importe es el resultado de aplicar al 100% de la base reguladora un porcentaje del 18,89%, de acuerdo con la cláusula "prorrata temporis" establecida en los reglamentos comunitarios y de cuyo pago es responsable el INSS. El actor acredita las siguientes cotizaciones: 1805 días en España (del 01/02/2008 al 21/05/2013); 840 días en Reino Unido (del 16/05/2005 al 20/10/2007) y 6909 días en Suiza (de junio de 1986 a abril de 2005). Para acceder a la prestación necesita un total de 3.315 días.

2.- Recurrida en suplicación por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 27 de marzo de 2015, recurso número 340/2015, estimando en parte el recurso formulado, revocando en parte la sentencia, fijando una "prorrata temporis" de la prestación reconocida, a cargo de la Seguridad Social española, de un 40,23%, confirmándola en sus demás pronunciamientos.

La sentencia entendió que, tras la reforma operada en el artículo 138.2 de la Ley General de la Seguridad Social , mediante la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, vigente desde el 1 de enero de 2008, la carencia exigida para tener derecho a dicha prestación, estando el trabajador en alta o en situación asimilada al alta en la Seguridad Social, es: "b) Si el causante tiene cumplidos treinta y un años de edad, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años", lo que en este caso supone, y no ha sido puesto en duda por ninguna de las partes, acreditar 3.315 días cotizados, pero teniendo en cuenta que con ese mínimo de cotización requerido no se alcanza la pensión máxima, es decir, el 100% de la base reguladora, ya que según el propio art. 138 de la LGSS ,

"Al resultado obtenido en razón a lo establecido en la norma anterior se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista en el apartado 1 del artículo 163, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad de 65 años. En el caso de no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por ciento".

Así las cosas, resulta aplicable el artículo 46.2 del Reglamento CEE/1408/1 , en cuanto dispone que: b) No obstante, la institución competente podrá renunciar al cálculo que habrá de ser efectuado de acuerdo con lo dispuesto en el inciso ii) de la letra a), si el resultado de éste es idéntico o inferior al del cálculo efectuado con arreglo a lo dispuesto en el inciso i) de la letra a), haciendo abstracción de las diferencias debidas a la utilización de número redondos, siempre y cuando dicha institución no aplique una legislación que contenga cláusulas de acumulación como las señaladas en los artículo 46 ter y 46 quater, o si la legislación las incluye en el caso señalado en el artículo 46 quater, a condición de que establezca que el cómputo de las prestaciones de naturaleza distinta se efectuará sólo proporcionalmente a la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con su legislación, y a la duración de los períodos de seguro y de residencia exigidos por dicha legislación para tener derecho a una prestación completa". Continúa razonando que consta como indubitado que el trabajador acredita tener cotizados en España 1805 días; que acreditaba también en varios países periodos de tiempo que superar el mínimo exigido de 3.315 días para lucrar una pensión de IPA; que el hecho causante de la prestación de IPA es el día 21 de mayo de 2013; que nació el día 27 de octubre de 1956 por lo que legalmente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 27/2011 alcanzará la edad de jubilación el NUM002 //2022, cuando cumpla 66 años y 2 meses, exigiéndosele para conseguir el tope máximo de su pensión tener cotizados 36 años y dos meses, dándosele por cotizado legalmente en España el tiempo transcurrido desde el 21/05/2013 hasta el NUM002 /2012, es decir un total de 3.505 días a los que hay que sumar los 1.805 días reales, totalizando 5.310 días, lo que sobre un total de 13.200 días (36 años y dos meses), representan un porcentaje del 40,23%, en que se fija la prorrata temporis a cargo de la Seguridad Social española.

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada de D. Pedro Francisco recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 17 de julio de 2007, recurso 3650/2005.

La parte recurrida INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser desestimado al no existir contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada como término de comparación ya que ambas aplican la misma doctrina.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 17 de julio de 2007, recurso 3650/2005 , estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Moisés contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 8 de julio de 2005, recurso de suplicación 733/2003 , interpuesto por ambas partes frente a la sentencia dictada en autos 498/2001 por el Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela , en virtud de demanda formulada por D. Moisés contra el Instituto Social de la Marina, sobre jubilación, reconociendo el porcentaje de la "prorrata temporis" de la citada pensión a cargo de la Seguridad Social española en el 34,54% de la base reguladora de 947,33 € mensuales reconocida en la sentencia de instancia, con efectos de 9 de mayo de 2000.

Consta en dicha sentencia que por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Social de la Marina de 5 de abril de 2001 al actor se le reconoció prestación de jubilación del 100% sobre una base reguladora de 799 pts. mensuales y con efectos del 9 de mayo de 2000, siendo a cargo de España el 14% de dicha pensión por aplicación del principio "prorrata temporis". Al actor se le reconocieron treinta y cinco años

cotizados, de ellos 1739 días en España y 376 meses en Alemania, como trabajador por cuenta ajena, con posterioridad al 5 de agosto De 1967 y 1739 días cotizados en España al Régimen Especial del Mar, como trabajador por cuenta ajena en los siguientes periodos: del uno de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco al treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, del uno de marzo de mil novecientos sesenta al treinta de junio de mil novecientos sesenta y uno, desde el veintidós de julio de mil novecientos sesenta y uno al veinticinco de abril de mil novecientos sesenta y dos y desde el uno de agosto de mil novecientos sesenta y dos hasta el veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y tres. También percibió prestaciones por desempleo contributivas desde el uno de noviembre de mil novecientos noventa y dos hasta el veintiuno de julio de mil novecientos noventa y tres, durante un total de doscientos sesenta y un días.

La sentencia entendió que el Reglamento CEE número 1408/71 fue modificado por la entrada en vigor del Reglamento CEE número 1248/92, de 30 de abril, cuyo artículo 47 establece que: "1. Para el cálculo de la cuantía teórica y de la prorrata señalados en el apartado 2 del artículo 46, se aplicarán las reglas siguientes:

a) si la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados es superior a la duración máxima exigida por la legislación de uno de esos Estados para obtener una prestación completa, la institución competente de este Estado tomará en consideración dicha duración máxima en vez de la duración total de dichos períodos. Este método de cálculo no podrá tener como efecto imponer a dicha institución la carga de una prestación de una cuantía superior a la de la prestación completa establecida en su legislación. Esta disposición no será válida para las prestaciones cuya cuantía no está en función de la duración de los períodos de seguro".

Continúa razonando que es manifiesto que la interpretación del precepto ha de conducir, dada su claridad, al acogimiento de la pretensión del recurrente, en cuanto que no cabe aplicar a este caso el principio general de distribución ordinaria, sino que deberá serlo el específico, de manera que en aplicación de la misma, tal y como viene

sosteniéndose por la doctrina científica, la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa, esto es, los precisos para alcanzar los 35 años que dan derecho a una pensión completa o del 100%. De esta forma, los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la prorrata temporis, pues al reducir el denominador de la fracción y mantenerse constante el numerador, el porcentaje de prorrata que le corresponde al trabajador migrante es superior, sin perjudicarlo por haber trabajado más años en el extranjero.

TERCERO.-1.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Tanto la sentencia recurrida como la de contraste resuelven acerca del derecho a una prestación de Seguridad Social -de IPA, derivada de enfermedad común, en la sentencia recurrida; de jubilación en la de contraste- de un trabajador que ha prestado servicios y cotizado en España y en otros países de la Unión Europea, siendo insuficiente el periodo de carencia acreditado en España para lucrar la prestación solicitada, por lo que hay que acudir a las cotizaciones efectuadas en los otros países totalizando lo cotizado por el trabajador y efectuar la "prorrata temporis" para establecer qué porcentaje de pensión es a cargo de la Seguridad Social española y cuál corresponde a otros países. La siguiente cuestión que se plantea es cómo se calcula la "prorrata temporis", si en proporción a la totalidad de cotizaciones efectuadas por el trabajador en los diferentes países de la Unión Europea en los que ha prestado sus servicios y cotizado o, si se toma en cuenta la cotización efectuada en España y, si es insuficiente para generar la prestación, se tienen en cuenta los periodos de tiempo cotizados en otros países de la Unión Europea pero únicamente el periodo necesario para completar la cotización requerida por el derecho interno español para generar el derecho a la prestación.

Esta última solución es la que resulta del Reglamento CEE 1408/71, y así ha sido interpretado por esta Sala de lo Social a partir de la sentencia de 17 de julio de 2007, recurso 3650/2005, seguida, entre otras de las sentencias de 11 de febrero de 2015, recurso 1780/2014 y 27 de mayo de 2015, recurso 2829/2014.

2.- La sentencia recurrida, tal y como consta en el fundamento de derecho segundo, cuarto párrafo, señala que resulta aplicable el artículo 46.2 del Reglamento CEE 1408/ 71 y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta invocando la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 2015, recurso 1780/2014.

La citada sentencia contiene el siguiente razonamiento: «2.- Igualmente ha de recordarse (Fundamento de derecho cuarto de la repetida sentencia de 2008) que a efecto del cálculo de la prorrata han de tenerse en cuenta, únicamente, el número máximo de días de cotización precisos para acceder a la prestación en España, esto es, 35 años». Continúa razonando: «El nuevo artículo 47 del Reglamento, vigente desde entonces, contiene las "Disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones", como norma específica para los supuestos que ahora se verá y así, se dice en el precepto que

"1. Para el cálculo de la cuantía teórica y de la prorrata señalados en el apartado 2 del artículo 46, se aplicarán las reglas siguientes:

a) si la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados es superior a la duración máxima exigida por la legislación de uno de esos Estados para obtener una prestación completa, la institución competente de este Estado tomará en consideración dicha duración máxima en vez de la duración total de dichos períodos. Este método de cálculo no podrá tener como efecto imponer a dicha institución la carga de una prestación de una cuantía superior a la de la prestación completa establecida en su legislación. Esta disposición no será válida para las prestaciones cuya cuantía no está en función de la duración de los períodos de seguro".

Es manifiesto que la interpretación del precepto ha de conducir, dada su claridad, al acogimiento de la pretensión del recurrente, en cuanto que no cabe aplicar a este caso el principio general de distribución ordinaria, sino que deberá serlo el específico, de manera que en aplicación de la misma, tal y como viene sosteniéndose por la doctrina científica, la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa, esto es, los precisos para alcanzar los 35 años que dan derecho a una pensión completa o del 100%. De esta forma, los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la prorrata temporis, pues al reducir el denominador de la fracción y mantenerse constante el numerador, el porcentaje de prorrata que le corresponde al trabajador migrante es superior, sin perjudicarlo por haber trabajado más años en el extranjero.»

La sentencia reproduce textualmente los razonamientos y conclusiones contenidos en la sentencia de 17 de julio de 2007, recurso 3650/2005, invocada por el recurrente como sentencia de contraste, por lo que resulta forzoso concluir que no hay contradicción entre la citada sentencia y la recurrida, al haber aplicado ambas sentencias la misma doctrina.

3.- La sentencia recurrida, si bien invoca el precepto del Reglamento CEE antes consignado y la interpretación del mismo por la jurisprudencia de esta Sala, ha tenido que tomar en cuenta la totalidad de cotizaciones efectuada por el hoy recurrente en los diversos países de la Unión Europea porque todas ellas eran necesarias para acreditar el periodo de cotización exigible para alcanzar la pensión máxima de IPA, que es de 13.200 días (36 años y dos meses), en tanto en la sentencia de contraste como se necesitaban 12.775 días (35 años de cotización) para alcanzar la pensión máxima de jubilación, esta fue la cifra que se tomó en cuenta y no los 14.456 días que sumaban la totalidad de cotizaciones efectuadas en todos los países en los que el litigante trabajó y cotizó. Tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste se razona que el periodo de cotización, que ha de ser tomado en cuenta, ha de ser el necesario para obtener la

pensión máxima, no la pensión mínima, que es lo que mantiene el recurrente en su recurso.

Al ser la misma la solución alcanzada por las sentencias comparadas no concurre el requisito de la contradicción, lo que conduce a la desestimación del recurso formulado.

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO:

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

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Pedro Francisco frente a la sentencia dictada el 27 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 340/2015, interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona el 10 de octubre de 2014, en los autos número 951/201, seguidos a instancia de D. Pedro Francisco contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA, confirmando la sentencia impugnada. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

20-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 22 de febrero de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando como se estima parcialmente la demanda interpuesta por el Letrado D. Jorge Estébanez Juega, en nombre y representación de MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO contra D^a Ana , INSS y TGSS, se declara a la actora afecta de invalidez permanente parcial para su profesión habitual, con derecho al percibo de una cantidad, a tanto alzado, de 24 mensualidades de la base reguladora, condenando a MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO, en consecuencia, a abonar la citada prestación y condenando al INSS y TGSS, a que procedan a la devolución a la actora del capital coste correspondiente a la pensión inicialmente reconocida que legalmente proceda, más los intereses legales».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- La demandada, D^a Ana, nacida el NUM000 de 1970, provista del DNI N°. NUM001, afiliada al RETA, con n° de afiliación a la Seguridad Social NUM002 , sufrió un accidente de trabajo, en fecha 29-09-2010, a consecuencia de una caída desde una escalera de 4 peldaños, iniciando situación de incapacidad temporal, con el diagnóstico de contusión (incluye conmoción cerebral) en varias partes del cuerpo. La Mutua que cubría en esos momentos las contingencias profesionales era la demandante MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO.

2º.- En RM de hombro derecho, de 05-11-2010 se apreciaron hallazgos por imagen sugestivos de tendinopatía inflamatoria y avanzada del tendón del supraespinoso con rotura parcial de fibras en su borde más anterior y distal, leves formaciones osteofitarias en el borde distal del acromion. El 9-02-2011 fue intervenida quirúrgicamente, apreciándose, en RNM de hombro derecho, de 05-09-2011, cambios postquirúrgicos, tendinopatía avanzada del tendón del supraespinoso, rotura probablemente comunicante de sus fibras más anteriores, bursitis subacromio-deltaidea. El 06-10-2011 la demandante fue de nuevo intervenida quirúrgicamente en

hombro derecho por re- rotura de espesor completo del tendón del supraespinoso. Por resolución del INSS, de 25-10-2011, se reconoció a la trabajadora la prórroga del periodo de IT por un plazo máximo de 180 días.

3º.- Previo el oportuno expediente administrativo, iniciado el 06-03-2012, fue declarada inválida permanente en el grado de total para su profesión habitual de propietaria de almacén de ropa, derivada de accidente de trabajo, por Resolución del INSS de 20 de abril de 2012, con derecho a una pensión del 55% de una base reguladora de 841,80 euros. La trabajadora había presentado solicitud de invalidez permanente, ante el INSS, el 13 de marzo de 2012. Contra dicha Resolución la demandante, MUTUA GALLEGA, interpuso escrito de Reclamación Previa, el 29 de mayo de 2012, alegando que los padecimientos que le aquejaban no justificaban la concesión de una invalidez permanente en el grado el grado de total, o, subsidiariamente, que estaría afecta de una lesiones permanentes no invalidantes, o, subsidiariamente, de una invalidez permanente parcial, que fue desestimada por Resolución del INSS de 1 de agosto de 2012, quedando expedita la vía judicial.

4º.- Previo expediente administrativo y de conformidad con el informe-propuesta del DVI, de 11 de julio de 2012, se confirmó, en trámite de revisión de oficio, a D^a Ana, en situación de incapacidad permanente en grado de total, por Resolución del INSS de 07-08-2012. Contra dicha Resolución la demandante, MUTUA GALLEGA, interpuso escrito de Reclamación Previa, el 14 de septiembre de 2012, alegando que los padecimientos que le aquejaban no justificaban la concesión de una invalidez permanente en el grado el grado de total, o, subsidiariamente, que estaría afecta de una lesiones permanentes no invalidantes, o, subsidiariamente, de una invalidez permanente parcial, que fue desestimada por Resolución del INSS con fecha de salida 1 de agosto de 2012, quedando expedita la vía judicial.

5º.- La actora padece: rotura tendón del supraespinoso hombro derecho; tendinopatía calcificante del tendón del subescapular, marcada bursitis subacromiodeltoidea y subcoracoidea. Limitaciones orgánicas y funcionales: limitada para tareas con requerimientos de extremidad superior derecha (rectora) por encima de

la horizontal. La demandante tiene limitada la movilidad del hombro derecho: movilidad activa abducción 80°, elevación 90°.

6º.- Que la profesión habitual de la actora es la de propietaria de almacén de ropa, sin que conste que tenga asalariados, ni las funciones que realiza.

7º.- Que la base reguladora mensual de la prestación interesada es de 841,80 euros».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por LA MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO, contra la sentencia del juzgado de lo social número uno de A Coruña, en juicio seguido por D^a Ana, contra la recurrente, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Sala la confirma en su totalidad, condenando a la recurrente a abonar al letrado impugnante del recurso la cantidad de 600 € en concepto de honorarios».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Estébanez Juega, en representación de la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, mediante escrito de 18 de junio de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de junio de 2014. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 4.2 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 16 de marzo de 2016 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 recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 18 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

La cuestión a unificar en el presente recurso se centra en concretar cuál es el porcentaje de limitación que determina el reconocimiento de la incapacidad permanente parcial (IPP) para trabajadores afiliados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). Examinemos el modo en que el problema accede a este tercer grado jurisdiccional y el concreto problema sobre el que debemos pronunciarnos.

1. Hechos litigiosos.

Sin perjuicio de la íntegra reproducción que más arriba se ha hecho, interesa ahora recordar que los hechos declarados como probados por el órgano de instancia no fueron combatidos en suplicación. De tal relato se desprende lo siguiente:

La Sra. Ana gestiona un almacén de ropa y viene encuadrada en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA).

A la edad de 40 años sufre un accidente laboral (caída desde escalera de cuatro peldaños).

Tras diversas intervenciones quirúrgicas es declarada en situación de invalidez permanente total (IPT) mediante Resolución del INSS.

Mutua Gallega, entidad responsable del pago de las prestaciones impugna esa graduación de las secuelas del accidente.

Mediante su Resolución de 1 de agosto de 2012 el INSS confirma su decisión inicial y pone término a la vía administrativa.

2. Sentencias dictadas en el procedimiento.

A) El Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña, mediante sentencia 109/2013 (proc. 794/2012) estima parcialmente la demanda de la Mutua y declara a la trabajadora afecta de invalidez permanente parcial para su profesión habitual, con derecho al percibo de una cantidad, a tanto alzado, de veinticuatro mensualidades de la base reguladora. En consecuencia, condena a la Mutua a abonar la citada prestación, mientras que el INSS y TGSS, deben devolver el capital coste constituido por la Mutua, puesto que en vía administrativa se había considerado existente una IPT y no una IPP.

B) La trabajadora se aquieta con ese fallo, pero la Mutua interpone recurso de suplicación denunciando la infracción del artículo 4.2 del Real Decreto 1273/2003, en relación con el 137,3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Considera que no concurren los presupuestos para la declaración de IPT.

C) La Sala de lo Social del TSJ de Galicia, mediante su sentencia de 14 mayo 2015 (rec. 3208/2013) desestima el recurso de suplicación de la Mutua, confirma la resolución del Juzgado y condena en costas a la recurrente.

La Sala, tras referir el art. 137.3 LGSS y doctrina de aplicación, concluye que, siendo la actividad de la trabajadora propietaria de almacén de ropa, las lesiones que le aquejan implican que en este caso no alcanzan la limitación para las actividades fundamentales de su profesión, exigencia básica para la declaración de IPT. Sin embargo, no es exagerado mantener que la limitación para su trabajo habitual alcanza el grado del 33 % exigido para la incapacidad permanente parcial (IPP), por lo que

habiendo resuelto el juez de instancia en tal sentido la sentencia ha de ser confirmada y el recurso desestimado.

3. Recurso de casación unificadora.

El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone por la Mutua actora y tiene por objeto determinar cuál es el porcentaje de limitación que determina el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente parcial en el caso de trabajadores afiliados al RETA, si el 33% contemplado en el art. 137.3 LGSS o el 50% que exige el art. 4.2 del RD 1273/2003.

4. Impugnación e Informe del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 21 de abril de 2016, el Abogado de la trabajadora demandada impugna el recurso de casación formalizado por Mutua Gallega.

Descarta que las sentencias puedan contrastarse porque las profesiones y dolencias valoradas por ambas son muy diversas, existiendo consolidada jurisprudencia que pone de relieve la cuasi imposibilidad de comparación para valorar situaciones incapacitantes.

Subsidiariamente, pone de relieve que las lesiones resultantes bastan para acceder a la IPP "de conformidad con la regulación establecida por el artículo 137.3 de la LGSS".

Pero es que, además, la demandada cumple con las exigencias del RD 1273/2003 pues en el Fundamento Tercero de la sentencia de instancia así se afirma.

B) Por su lado, la Administración de la Seguridad Social, a través de su Letrada también cumplimenta tal trámite, con fecha 7 de abril de 2016.

El INSS se muestra favorable a la estimación del recurso de la Mutua pues a las personas integradas en el RETA no se les debe aplicar la regulación de la IPP propia de los asalariados, que es la del artículo 137.3 LGSS, sino la específica del citado art. 4.2 del RD 1273/2003.

C) Mediante escrito fechado el 21 de julio de 2016, el Ministerio Fiscal emite su preceptivo Informe. Se declara partidario de la tesis sostenida en la sentencia referencial, debiendo estimarse el recurso.

Considera que cuando nos encontramos ante trabajadores autónomos sujetos al RETA las normas que regulan su declaración en IPP son las propias y especiales de este Régimen, que pueden ser distintas de las establecidas en el Régimen General de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- Examen de la contradicción entre sentencias.

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas ha sido cuestionada por uno de los dos escritos de impugnación, de modo que habremos de examinarla de inmediato antes de abordar, en su caso, las infracciones normativas denunciadas.

1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 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", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013) , 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

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, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

2. Sentencia referencial.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada por el propio Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 12 junio 2014 (rec. 1364/2012). En estos autos la sentencia de instancia estima la demanda de la actora, declarándola en situación de IPP derivada de accidente de trabajo, con las consecuencias inherentes. La sentencia de suplicación estima el recurso interpuesto por la Mutua FREMAP, y, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social, desestima la demanda de la actora.

En tal caso consta que la actora se encuentra afiliada al RETA, siendo su profesión habitual la de agricultora por cuenta propia. El INSS dictó resolución de fecha 23 de noviembre de 2010, declarando la existencia de lesiones permanentes no invalidantes, derivadas de accidente de trabajo; disconforme, la actora postula el grado de incapacidad permanente absoluta o subsidiariamente, total.

En suplicación, alega la Mutua infracción jurídica porque la sentencia de instancia aplica al supuesto de autos el art. 137.3 LGSS cuando la pérdida de

rendimiento es la que se establece en el art. 4.2 del RD 1273/2003. Lo que es estimado. Considera la Sala que la normativa aplicable se contiene en el RD 1273/2003; al ser la trabajadora autónoma, en el supuesto de IPP para la profesión habitual se requiere el porcentaje de limitación del 50%.

3. Examen detallado.

Siguiendo con la propia estructura que marca el artículo 219.1 LRJS, la comparación entre las dos resoluciones de la Sala gallega arroja el siguiente resultado:

A) Hechos relevantes. En ambos casos se trata de trabajadoras afiliadas al RETA que han sufrido accidentes de trabajo, como consecuencia de los cuales han sido declaradas por el INSS en determinado grado incapacitante (incapacidad permanente total, en la sentencia recurrida y lesiones permanentes no invalidantes, en la sentencia de contraste). En ambos casos la sentencia de instancia ha declarado a las actoras en situación de IPP para sus respectivas profesiones habituales.

B) Pretensiones.- Si bien las demandantes no son las mismas (la Mutua, en la sentencia recurrida y la actora, en la de contraste), como consecuencia de lo decidido en la instancia, en ambos casos recurren en suplicación las Mutuas, impugnando el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente parcial.

C) Fundamentos.- En ambos casos las Mutuas consideran que no procede el reconocimiento de la situación de IPP de las actoras, trabajadoras del RETA, al resultar de aplicación a este Régimen Especial el art. 4.2 RD 1273/2003 (que exige un porcentaje de limitación del 50%) y no el art. 137.3 LGSS (que exige un porcentaje del 33%).

D) Solución.- Desde luego, los fallos de las sentencias son contradictorios, consecuencia de haber aplicado la sentencia recurrida el art. 137.3 LGSS y la de contraste, el art. 4.2 RD 1273/2003.

4. Decisión de la Sala.

A la vista de cuanto antecede, coincidiendo con el Informe del Ministerio Fiscal, entendemos que las dos sentencias contrastadas superan las exigencias del presupuesto procesal en estudio.

No estamos comparando lesiones a efectos de calificar la situación invalidante, sino la determinación de cuál es el nivel de minusvalía exigible cuando la persona solicitante viene encuadrada en el RETA, lo cual depende de una operación estrictamente jurídica: decidir si ha de estarse a lo dispuesto en la LGSS/1994 (norma aplicable al caso) o al RD 1273/2003.

Asimismo, interesa advertir que ni la afirmación del Fundamento Tercero de la sentencia del Juzgado posee el alcance valorativo que la trabajadora pretende en su escrito de impugnación, ni podríamos partir de unos hechos diversos a los reflejados en la sentencia de suplicación recurrida.

TERCERO.- La IPP profesional en el RETA.

Superado el requisito de la contradicción hemos de resolver la disyuntiva planteada. No otra que precisar si para calificar a una persona integrada en el RETA como afectada por una IPP resulta exigible la disminución mínima del 33% (artículo 137.3 de la LGS) o del 50% (artículo 4.2 del R.D. 1273/2000), siempre por referencia a contingencias profesionales.

1. Sobre la aplicación del art. 137 LGSS al RETA.

A) El art. 10.4 LGSS dispone que para el RETA (aunque no solo en él) las normas reglamentarias determinarán su alcance y contenido tendiendo a la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes.

B) El artículo 137 LGSS forma parte de su Título II, dedicado al Régimen General de la Seguridad Social; por lo tanto, por sí misma esa regulación es inaplicable a quienes desarrollan actividades lucrativas por cuenta propia.

C) Lo que sucede es que cuando se produce el accidente de trabajo que genera este procedimiento (2010) la Disposición Adicional Octava.1 LGSS prescribe que será de aplicación a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social lo dispuesto en los artículos 137, apartados 2 y 3, además de otros varios preceptos.

D) El artículo 137.3 LGSS, desde que fuera modificado por Ley 24/1997, prescribe que la lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Sin embargo, según establece la Disposición Transitoria Quinta bis de la propia LGSS (incorporada también por la Ley 24/1997), lo dispuesto en el artículo 137 únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el reproducido apartado 3. Entretanto, se seguirá aplicando la legislación anterior.

E) La "legislación anterior", por tanto, es la que conforme a la Disposición Adicional Octava LGSS resulta de aplicación "a todos los regímenes". De este modo, el contenido del art. 137.3 LGSS que resulta invocado y expandido a todo el sistema de Seguridad Social es el que prescribe que se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

2. Doctrina sobre la IPP en el RETA.

La duda suscitada por el anterior panorama normativo ha sido resuelta ya diversas SSTs como las de 15 febrero 2005 (rec. 1137/2004); 28 febrero 2007 (rec. 3219/2005); 19 septiembre 2007 (rec. 3488/2006); 15 septiembre 2009 (rec. 3557/2008); 23 diciembre 2011 (rec. 1018/2011) o 29 marzo 2016 (rec. 3756/2014), en el sentido de que la acción protectora del RETA no comprende la figura de la Incapacidad Permanente Parcial derivada de contingencias comunes. Recordemos lo expuesto en anteriores ocasiones:

Hemos sostenido que la acción protectora del RETA no se extiende a la incapacidad permanente parcial por contingencias comunes. Venimos recordando que " el art. 27 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, prescribe lo siguiente: "1. La acción protectora de este Régimen Especial comprenderá: a) Prestaciones por invalidez en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez [...]". Por su parte el art. 36.1 dispone que "estará protegida por este Régimen Especial de la Seguridad Social la situación de invalidez permanente, cualquiera que fuera su causa, en sus grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez". Y advierte que "Los textos transcritos de los precitados arts. 27.1.a) y 36.1 del Decreto 2530/1970 son respectivamente reiterados en sus mismos términos por los arts. 56.1.a) y 74.1 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos " (STS de 28 de febrero de 2007 -rcud. 3219/05).

Por otra parte, la aplicación de dichas normas " no resulta impedida ni afectada por ninguna norma ni disposición posterior. Concretamente no la afectan ni la disposición adicional 34ª LGSS , sobre extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el RETA, disposición agregada por el art. 40.4 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales , Administrativas y de Orden Social, ni los arts. 4 y concordantes del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, que regula la cobertura de las contingencias profesionales

de los trabajadores del RETA y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia. Basta señalar, respecto de estas últimas disposiciones, (...) que se refieren a la acción protectora por contingencias profesionales, en tanto que la incapacidad apreciada en el caso de autos deriva de enfermedad común".

Añadiendo que " el apartado primero del art. 137 LGSS, redacción de la Ley 24/1997 de 15 de julio (que establece cuáles son los diversos grados de incapacidad, relacionando entre ellos la incapacidad permanente parcial) no está incluido en la disposición adicional 8ª.1 LGSS, que enumera los preceptos que serán de aplicación a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social".

3. Especialidad del art. 4.2 RD 1273/2003.

A partir de lo expuesto (no resulta aplicable la categoría de IPP al RETA) queda despejado el camino para que entre en juego la regla específica que existe sobre contingencias profesionales.

A) La norma reglamentaria cuya primacía aplicativa proclama la sentencia de contraste se encuentra en el Real Decreto 1273/2003, dictado al amparo de la Disposición Adicional trigésima cuarta LGSS, que había incorporado la Ley 53/2002, de 30 diciembre.

A tenor de ella los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos podrán mejorar de forma voluntaria el ámbito de la acción protectora que les dispensa dicho régimen, incorporando la correspondiente a las contingencias profesionales, siempre que tales trabajadores hayan optado por incluir también, previa o simultáneamente, dentro de dicho ámbito, la protección por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

B) La citada DA 34ª precisa que por las contingencias indicadas, se reconocerán las prestaciones que, por las mismas, se conceden a los trabajadores incluidos en el Régimen general, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

C) El artículo 4.2 del citado Real Decreto, como se ha adelantado, precisa que en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 50 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de aquélla.

4. Conclusión.

A) La norma legal habilitante (DA 34ª de la LGSS) remite a las condiciones que reglamentariamente se establezcan el derecho a percibir prestaciones derivadas de contingencias profesionales por parte de las personas integradas en el RETA. Por tanto, la delimitación del concepto de IPP que el Real Decreto 1273/2003 lleva a cabo encuentra cobertura en esa previsión y debe reputarse válida puesto que determina cuáles son los requisitos para acceder a ella.

B) Por otro lado, puesto que quienes vienen integrados en el RETA no están protegidos en caso de IPP derivada de contingencia común, la previsión del RD 1273/2003 posee el carácter de mejora o ampliación que aleja la sospecha de regla ultra vires o restrictiva que pesa sobre la exigencia de que la limitación funcional alcance el cincuenta por cien (y no meramente el treinta).

C) En consecuencia, es la resolución de contraste la que alberga la doctrina acertada, tal y como han sostenido ante esta Sala tanto el Ministerio Fiscal cuanto la Administración de la Seguridad Social, además de la Mutua recurrente.

CUARTO.- Resolución del recurso.

A) La sentencia recurrida, confirmando la dictada en la instancia, desestima el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua y declara que, en atención al trabajo que desempeña, la limitación para ese trabajo habitual alcanza el 33% que es el exigido para la incapacidad permanente total en aplicación del artículo 137.3 de la LGSS. Sin embargo, como se ha expuesto, para los trabajadores afiliados al RETA el porcentaje de limitación debe alcanzar el 50% a fin de poder ser declarados en situación de IPP, aplicando al efecto lo dispuesto en el artículo 4.2 del RD 1273/2003.

B) La estimación del recurso formalizado por la Mutua Gallega comporta la anulación de la sentencia de suplicación. Conforme al art. 228.2 LRJS, en tales casos lo que debemos hacer es resolver el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a la unidad de doctrina quebrantada, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada.

C) El Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña ha declarado a la trabajadora afecta de invalidez permanente parcial para su profesión habitual, con derecho al percibo de una cantidad, a tanto alzado, de veinticuatro mensualidades de la base reguladora. La Mutua ha combatido, oportunamente y a través de recurso de suplicación, la condena que se le impone en ella. El recurso de suplicación debe prosperar, lo que comporta dejar sin efecto la condena impuesta a la Mutua (capital coste de 24 mensualidades de la base reguladora, más intereses legales), debiendo recuperar la cuantía depositada al efecto.

D) De conformidad con lo previsto en el art. 235.1 LRJS, la estimación del recurso de suplicación no comporta imposición de costas para ninguna de las partes.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, 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 la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, representada y defendida por el Letrado Sr. Estébanez Juega. 2º) Casar y anular la citada sentencia dictada por la Sala de lo Social

del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 14 de mayo de 2015, en el recurso de suplicación nº 3208/2015. 3º) Estimar el recurso de suplicación formulado por Mutua Gallega frente a la sentencia de 22 de febrero de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña, en los autos nº ,109/2013 seguidos a instancia de dicha recurrente contra el INSS, TGSS y Dª Ana, sobre Seguridad Social. 4º) Revocar la citada sentencia del Juzgado de lo Social y estimar la demanda presentada por Mutua Gallega, a la que deberá reintegrarse la cantidad abonada para cumplir la sentencia del Juzgado.

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

Así se acuerda y firma.

21-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de mayo de 2013, el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda interpuesta por Dª. Soledad contra SERVICIO GALEGO DE SAUDE SERGAS, MUTUA ASEPEYO, GRUPO SODES SA, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo declarar y declaro que el esposo de la demandante tiene derecho a la asistencia sanitaria incluido el alojamiento y cuidado en el centro hospitalario Clínica La Merced, así como a la devolución de las cantidades hasta ahora abonadas por dichos conceptos, condenando a los codemandados a estar y pasar por la anterior declaración y a todas las consecuencias que de ella se deriven dentro de sus respectivas responsabilidades, siendo responsable principal la Mutua Asepeyo y subsidiarios el INSS y el SERGAS. Procede absolver y absuelvo a la empresa GRUPO SODES, S.A. de todas las pretensiones de la demanda».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1.- La demandante D^a. Soledad , D.N.I. NUM NUM000 , es la esposa y defensora judicial de D. Ildefonso , declarado incapaz por sentencia de fecha 16 de julio de 2012 dictada en el procedimiento nº 1037/11 seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Pontevedra .- 2.- El esposo de la demandante sufrió en fecha 2 de marzo de 2011 un parada cardio respiratoria mientras desempeñaba su trabajo para la empresa SODES, S.A. de Cartagena (Murcia), la cual tenía asegurado el riesgo de contingencias profesionales con la Mutua ASEPEYO.- Una vez sufrido el desvanecimiento se le practicó reanimación cardiopulmonar básica y avanzada con tiempo de anoxia elevado, fue asistido inicialmente de urgencia en el hospital de Cartagena, y de allí fue trasladado a Centro Médico de Asturias (Oviedo) el 11 de marzo de 2011 y posteriormente al Hospital de Begoña de Gijón, de allí fue trasladado al centro Neuroprea de Gijón para rehabilitación y después nuevamente al Hospital de Begoña. Desde el inicio el paciente se encuentra en situación de coma vegetativo presentando diferentes infecciones respiratorias y urinarias, así como crisis epilépticas que precisaron tratamiento farmacológico.- 3.- En agosto de 2011 se procedió al traslado de Ildefonso a la Clínica La Merced, del Grupo Hospital Miguel Domínguez de Pontevedra, para su ingreso en la Unidad de Daño Cerebral, dado el diagnóstico de estado vegetativo persistente secundario a encefalopatía hipóxico-isquémica, sometiéndose al paciente desde el punto de vista de la Neurorehabilitación a un programa de terapia con fisioterapia, logopedia y neuropsicología.- No habiendo evolución positiva alguna y dada la ausencia de mejoría significativa se decidió suspender el tratamiento integral y proceder al ingreso del paciente en la Unidad de daño cerebral crónico desde el 22 de septiembre de 2011, en donde se pueden dispensar cuidados médicos las 24 h. del día, oxigenoterapia, aire, cambios posturales cada dos horas con rehabilitación por el equipo de enfermería, así como diagnósticos clínicos, radiológicos y microbiológicos que el paciente precisa. Asimismo, se le suministra diariamente un importante número de fármacos. 4.- Iniciado expediente de incapacidad permanente se reconoció que D. Ildefonso se encontraba en situación de gran invalidez, reconociéndosele una pensión inicial de 2.914,23 euros más el complemento de gran invalidez de 1.311.40 euros, con fecha de efectos de 30 de julio de 2011.- 5.- En fecha 27 de octubre de 2011 la Mutua Asepeyo remitió una comunicación a la aquí demandante poniendo en su conocimiento que dada la

estabilización de las lesiones y el estado de su marido y entendiendo que no existe obligación de pagar el ingreso en la institución sanitaria correspondiente, la Mutua dejará de abonar facturas por este concepto desde el 28 de septiembre de 2011.- 6.- En fecha 31 de octubre de 2012 la entidad ASEPEYO remitió comunicación a la Clínica la Merced en la que hacía constar que con relación a D. Ildefonso sólo asumiría la medicación necesaria para el tratamiento crónico de las lesiones, la nutrición enteral (producto sanitario dieterápico), la fisioterapia paliativa y el gasto de mediación, así como la asistencia en agudizaciones, no asumiendo las visitas diarias que se efectúan al paciente ni los gastos de alojamiento entendiendo que estos deben abonarse con cargo al incremento de pensión de la gran invalidez.- 7.- Desde el mes de octubre de 2011 la demandante ha venido abonando al sanatorio La Merced la cantidad mensual de 1.000 euros (en 2011) y 1024 euros (en 2012) en concepto de gastos de larga estancia. 8.- Se ha agotado la vía administrativa previa».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones procesales de SERVICIO GALEGO DE SAUDE, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y ASEPEYO MUTUA DE A.T. Y E.P. DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº. 151, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 25 de noviembre de 2014 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos los recursos de suplicación interpuestos por las representaciones letradas de Mútua Asepeyo, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Servicio Galego de Saúde contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, de 16 de mayo de 2013 en autos nº 592/2012, que revocamos, y desestimamos la demanda formulada por D^a. Soledad contra las entidades recurrentes, a las que absolvemos».

CUARTO.- Por el Letrado Sr. Dávila Fernández, en la representación que ostenta de D^a. Soledad, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de abril de 2013 (rec. 3982/2012).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de septiembre de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- El «suplico» de la demanda que dio lugar a las presentes actuaciones, reclamaba que se reconociese el derecho de un trabajador declarado en situación de Gran Invalidez «a tener íntegra la reparación del daño causado, que incluye la totalidad de la asistencia sanitaria, incluyendo el alojamiento y cuidado en el centro hospitalario». Y acogiendo íntegramente la pretensión, por sentencia fechada en 16/05/13 [autos 592/12] el J/S nº 2 de Pontevedra declaró que el beneficiario «tiene derecho a la asistencia sanitaria, incluido el alojamiento y cuidado en el centro hospitalario Clínica La Merced».

2.- La STSJ Galicia 25/11/14 [rec. 3866/13] acogió el recurso formulado por el INSS, la Mutua «Asepeyo» y el Sergas y desestimó la demanda, por entender que «la cuestión litigiosa esencial consiste en determinar si los gastos de alojamiento y larga estancia ocasionados ... por la G ... han de incluirse o no en el complemento de la pensión por GI» y por admitir expresamente el criterio de la demandada Mutua respecto de que los referidos gastos «deben abonarse con cargo al complemento de GI»

3.- Se acude en unificación de doctrina, acusando la infracción de los arts. 6 y 12 del Decreto 2766/1967 [16/Noviembre] y del Anexo III del RD 1030/2006 [15/Septiembre] y señalando como contradictoria la STSJ Cataluña 15/04/13 [rec. 3982/12].

SEGUNDO.- 1.- Recordemos una vez más que el art. 219 LRJS exige -para la viabilidad del RCU- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte

dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 19/05/16 -rcud 3637/14 -; 01/06/16 -rcud 2758/14 -; y 04/07/16 -rcud 3819/14).

2.- Entendemos con el Ministerio Fiscal que tal presupuesto de admisibilidad del recurso no concurre en autos. En efecto, en el caso de autos la cuestión que se plantea es -como arriba hemos indicado- si son compatibles la percepción del complemento previsto en el art. 139.4 LGSS /94, «destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atendía» [ahora 196.4 TRLGSS/2015], y el alojamiento en centro hospitalario de quien se halla en estado vegetativo, con carácter irreversible y sin posibilidad de mejoría, al objeto de recibir exclusivo tratamiento paliativo -entendido como «cuidado total activo de los pacientes cuya enfermedad no responde a tratamiento curativo»- y consistente en oxigenoterapia, cambios posturales y rehabilitación. Pero muy diversamente, el tema que se suscita en la decisión referencial es muy otro, el de si un trabajador en situación -también- de GI, que se halla precisado de «un número de sesiones asistenciales ... y de técnicas o de instrumentos... que hoy por hoy precisa se le practiquen en el centro», tiene o no derecho a ingresar como interno en el referido centro sanitario o ha de recibir de manera ambulatoria o en su domicilio tal atención médica [entre otras: fisioterapia, terapia ocupacional, logopedia y neuropsicología]. Y al efecto, la sentencia de contraste estima la pretensión, por considerar su conveniencia «para evitar complicaciones y lo muy gravoso que para el paciente, ya afectado por una depresión reactiva, puedan resultar las idas y venidas y el traslado de personal especializado, y/o los aparatos necesarios para su asistencia...», añadiendo que «una vez estabilizada la situación ... podrá la Mutua acordar la finalización de la prestación en régimen de internamiento hospitalario si a su derecho conviene, siendo en la actualidad prematuro».

Con ello es claro, no ya la diversidad del objeto de debate en ambas resoluciones contrastadas y en la situación [irreversible y de tratamiento paliativo en un caso; no definitiva y mejorable en el otro], sino incluso que sus criterios ni tan siquiera divergen, puesto que la solución adoptada por la recurrida es aceptada en hipótesis por la referencial [«una vez estabilizada la situación...»].

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que no concurre el presupuesto de admisibilidad del recurso, la contradicción. Y no olvidemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (últimas, SSTS 08/06/16 -rcud 3272/14 -; 21/06/16 -rcud 2819/14 -; y 22/06/16 -rcud 3551/14 -). Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO:

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

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña Soledad y confirmamos la sentencia dictada por el TSJ Galicia en fecha 25/Noviembre/2014 [recurso de Suplicación nº 3866/13], que a su vez había revocado la resolución - estimatoria de la demanda- que en 16/Mayo/2013 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Pontevedra [autos 592/12]. Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

22-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JULIO DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 26 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la demanda interpuesta por D. Laureano contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la MUTUA FRATERNIDAD MUPRESA y la empresa TELEVISIÓN LINARES

S.L., en reclamación de cambio de la contingencia de la prestación de IPA, reconocida al actor, debo absolver y absuelvo a las demandas de los pedimentos formulados en su contra».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- El actor D. Laureano , nacido el NUM000 -1956 y con D.N.I. n° NUM001 , está afiliado a la Seguridad Social con el n° NUM002 , venia desarrollado su actividad laboral como director-técnico para la empresa Televisión Linares S.L., la cual tenía concertada la cobertura de las contingencias profesionales con la Mutua Fraternidad-Muprespa.- SEGUNDO.- En fecha 07- 02-2012, el actor se sintió indispuesto cuando desempeñaba su trabajo habitual, siendo trasladado por sus compañeros a los Servicios Médicos de la Seguridad Social, donde quedó ingresado por presentar cuadro de mareo con cefalea diaria, desde hace varias semanas que incluso es nocturna y le despierta de noche, déficit visual en campo izquierdo, anestesia de hemicuerpo izquierdo, y diagnosticado posteriormente de infartos múltiples cerebrales, y oclusión completa de vertebral izquierda. Siendo baja por IT desde esa misma fecha por enfermedad cerebrovascular aguda mal definida El actor presentaba antecedentes personales de hipertensión arterial y tabaquismo.- Consta en autos, folios 3 a 6, copia de parte de accidente que se da por reproducido.- TERCERO.- Por Resolución del INSS de fecha 31-10-2012 le fue concedida al actor prestación de IPA del 100% de su base reguladora de 1.385,37 E. El dictamen propuesta es de fecha 22-10- 2012, y recoge el siguiente cuadro clínico residual: Infarto cerebral en territorio aterotrombotico. Oclusión completa de cerebral izquierda. Hemiparesia derecha de predominio braquial. Hemianopsia izquierda completa. Trastorno depresivo orgánico. El Informe EVI es de fecha 11-10-2012.- CUARTO.- Disconforme con tal Resolución, el actor, al considerar que la IPA deriva de accidente de trabajo, formula Reclamación Previa en fecha 28-11-2012, y entendiendo denegada dicha reclamación por silencio administrativo, interpone demanda en fecha 23-01-2013.- QUINTO.- Con fecha 24-01-2013, se dictó por el INSS Resolución sobre Determinación de Contingencia en relación con la IT sufrida por el actor iniciada en fecha 07-02-2012, declarando el carácter de enfermedad común, y con fecha 29-01-2014, se ha dictado Sentencia por el Juzgado Social n°.1 de Jaén , folios 308 a 311, que se da por reproducida, por la que desestima la demanda formulada por el

hoy actor sobre declaración de accidente de trabajo de la IT sufrida por el actor e, previa a la IPA cuya contingencia se impugna en estos autos.- SEXTO.- La base reguladora a efectos de incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales que correspondería al actor es de 2.251,57 € y efectos económicos de 17-10-2012».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de DON Laureano , ante la Sala de lo Social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la cual dictó sentencia en fecha 11 de diciembre de 2014 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por DON Laureano contra Sentencia dictada por el juzgado de lo Social núm. TRES DE LOS DE JAEN, en fecha 26 de Enero de 2014 , en Autos núm. 60/13, seguidos a instancia de DON Laureano, en reclamación sobre SEGURIDAD SOCIAL, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TELEVISIÓN LINARES, S.L. Y FRATERNIDAD MUPRESA debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

CUARTO.- Por el Letrado D. Marcos García Sánchez,, en nombre y representación de D. Laureano, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de: Cataluña de 26 de marzo de 2009 [Rec. 998/13] y de Andalucía, Granada, de 3 de julio de 2014 [Rec. 1017/14].

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de junio de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La STSJ Andalucía/Granada 11/Diciembre/2014 desestimó el recurso de Suplicación interpuesto [nº 1398/14] y confirmó la sentencia que con fecha 26/01/14 había sido dictada por el J/S nº Tres de los de Jaén [autos 60/13], por la que se había rechazado la pretensión de Don Laureano, interesando que se declarase contingencia profesional la IPA que le había sido reconocida por Resolución de 31/10/12.

2.- La decisión se recurre por el beneficiario, que en su primer motivo, denuncia la infracción del art. 222.4 LGSS y aporta como referencial la STSJ Cataluña 26/03/09 [rec. 998/08]; y en el segundo, acusa la vulneración del art. 115.3 o 115.2.f) LGSS y aduce como contraste la STSJ Andalucía/Granada 03/07/14 [rec. 1017/14].

SEGUNDO.- 1.- Recordemos que el art. 219 LRJS exige -para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 16/12/15 -rcud 3243/14; 09/02/16 -rcud 1987/14 -; y 16/02/16 -rcud 829/14 -). Ello impone un examen detallado de las concretas circunstancias de los respectivos pronunciamientos -recurrido y contraste- en lo que a los indicados hechos fundamentos y pretensiones se refiere.

2.- En lo que al primer motivo se refiere, relativo a la vinculación -cosa juzgada- entre los procesos de IT y de IPA, indiquemos que el actor «se sintió indispuerto cuando desempeñaba su trabajo habitual» [07/02/12], iniciando IT que en principio fue calificada como EC y posteriormente declarada AT por sentencia del TSJ [03/07/14], y que tras la misma es declarado en situación de IPA derivada de EC [31/10/12], por «infarto cerebral en territorio aterotrombótico; oclusión completa de arteria cerebral izquierda; hemiparesia derecha de predominio braquial; hemianopsia izquierda completa; y trastorno depresivo orgánico». Y que en la decisión de contraste, el trabajador sufre episodio cardiopático al «dirigirse al trabajo» [08/01/03], posteriormente reconocida como AT por sentencia de 19/04/05, y que -sin solución de

continuidad- es declarado en situación de IPA. Pero en tanto la decisión de contraste aplica el efecto de cosa juzgada y atribuye a la IPA la etiología laboral que judicialmente y con carácter previo se había reconocido a la IT, la decisión recurrida niega la aplicación de la cosa juzgada al proceso de IPA.

La distinta situación que ambas sentencias -recurrida y referencial- contemplan impide sostener que medie la necesaria igualdad «esencial» en los hechos y que permita afirmar la concurrencia de la necesaria contradicción: a) en un caso -decisión de contraste- estamos en presencia de un episodio de IAM que se produce «al dirigirse al trabajo» y que se manifiesta -en el intervalo de dos horas- en tres sucesivos eventos de angor, determinando IT por AT que concluye -sin que conste ningún otro episodio de síndrome coronario agudo- en la declaración de IPA; b) en tanto que en el otro supuesto -sentencia recurrida- se rechaza que «exista efecto expansivo de la cosa juzgada», argumentando que aquel proceso de IT -declarado contingencia profesional- surge por un mareo que le da al trabajador en el centro de trabajo», pero «cosa distinta» es la IPA que posteriormente se le declara, porque «no es consecuencia de aquel episodio sino que va más allá, [pues] son distintos los momentos en que manifiestan los infartos cerebrales... ahora estamos ante una invalidez que es fruto no de una manifestación puntual y concreta» a la que aplicar la presunción de laboralidad, sino «de la reiteración de dichos padecimientos en lugares diferentes al centro de trabajo, fuera de la jornada laboral e, incluso, en horas de sueño...».

3.- Por lo que se refiere al segundo motivo, relativo a la aplicación de la presunción de laboralidad, inusualmente apoyada por el recurso en denuncia alternativa [«o»] de los apartados 3 y 2.f) del mismo art. 115 LGSS [art. 156 del TR LGSS /2015], la sentencia que se aporta de contraste es la STSJ Andalucía/Granada 03/07/14 [rec. 1017/14], que es precisamente la que atribuyó cualidad de AT a la IT iniciada por el accionante a virtud del suceso acaecido en 07/02/12.

Ahora bien, la identidad de sujetos y de parte de los hechos entre ambos procedimientos, así como la diversa calificación de la contingencia efectuada en ambos procedimientos, no bastan para apreciar la contradicción que se pretende, siendo así que

no sólo la acción ejercitada es diferente [IPA en la recurrida; IT en la de contraste], sino que precisamente por ello en la referencial únicamente se consideró -a los efectos de determinar la naturaleza de la contingencia- que la «indisposición» se había producido «cuando desempeñaba su trabajo habitual» y que precisamente por ello -en aplicación de la presunción de laboralidad establecida en el art. 115.3 LGSS [art. 156.3 LGSS /2015]- se llega a la conclusión de que el proceso de IT derivaba de AT; en tanto que en la decisión recurrida no se atiende a ese único episodio -indisposición en tiempo y lugar de trabajo- para determinar la naturaleza de la contingencia de la que deriva la IPA, sino que se fija la contingencia como EC atendiendo a una reiteración de padecimientos -cuadros de mareo con cefaleas, déficit visual y anestesia de hemicuerpo, a causa de múltiples microinfartos- acaecidos en semanas anteriores a aquel episodio y producidos -precisamente- fuera de la jornada laboral y del centro de trabajo, incluso en periodos nocturnos. Peculiares antecedentes que son los que en el apartado anterior también justificaron la diversidad fáctica impeditiva de su contradicción con la sentencia invocada como referencial en el primer motivo, y que en este motivo lleva a la misma conclusión de negar la sustancial identidad que permita acceder al examen de la cuestión de fondo.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que no concurre la necesaria contradicción, lo que ha de llevar a la desestimación del recurso, habida cuenta de que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (SSTS 03/04/92 -rcud 1439/91; 17/02/16 -rcud 868/14; y 23/02/16 -rcud 2634/14). Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO:

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

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Laureano frente a la sentencia dictada por el TSJ Andalucía/Granada en fecha 11/Diciembre/2014 [rec. 1398/14], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 26/03/14 pronunciara el

Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Jaén [autos 60/13], en solicitud de determinación de la contingencia determinante de IPATT. Se acuerda sin la imposición de costas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

23-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 2007

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, ha dictado la sentencia impugnada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 25 de junio de 2004, por el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, entre los litigantes indicados en el encabezamiento, sobre reconocimiento de incapacidad permanente en grado de absoluta para todo tipo de trabajo.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es el siguiente: “1.- En fecha 26/07/01 el demandante causó baja por incapacidad temporal debido a un cuadro grave de accidente vascular cerebral diagnosticándose hematoma en cerebelo izquierdo, a resultas del cual y debido a la severidad de las lesiones sufridas, según indicación médica la recuperación para el trabajo ya no sería posible. 2.- El actor solicitó el cese en la actividad ante la Delegación de Hacienda de Valencia, así como baja en el RETA con efectos desde el 31/07/01 pasando a percibir prestación por incapacidad temporal por importe de 534,01 euro, con efectos económicos desde el 16/08/01 y con una base reguladora de 712,02 euros. Y esto lo hizo puesto que el diagnóstico médico que se manifestó era previsible que no habría mejoría suficiente para continuar en activo en ninguna clase de trabajo y por supuesto la que el propio ejercía hasta el momento como reparador de televisión y video. 3.- En fecha 14/09/01 al actor se le dio el alta hospitalario en el Hospital Universitario La FE, presentado en dicha fecha

“recuperación parcial del lenguaje, y también disfasia motora, marcha estabilizada, siendo funcional con apoyo en bastón tripodal, movilidad en miembro superior derecho de predominio proximal aunque el movimiento es poco coordinado, por lo que no es funcional para actividades de la vida diaria”. 4.- En fecha 2/10/02 el Equipo de Valoración de Incapacidades emitió dictamen en el cual se determinaba que el Sr. Carlos Francisco padecía cuadro clínico residual consistente en “hematoma en cerebelo izquierdo, arritmia completa por fibrilación auricular y HTA, presentado limitaciones orgánicas y funcionales consistentes en limitación para la realización de una vida laboral activa, proponiéndose a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social calificando al actor como incapacitado permanente en grado de absoluta. Por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social se dictó resolución de fecha 16/10/02 resolviendo haber lugar al reconocimiento de incapacidad permanente en el grado de absoluta, con efectos económicos desde el 2/10/02 fecha del dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, con una base reguladora reconocida de 512,13 euros y un porcentaje del 100% de la pensión. 5.- Los efectos económicos de la incapacidad permanente en el grado de absoluta se deben computar desde el 26/07/01 que es cuando causa baja por incapacidad temporal, con una base reguladora de 573,14 euros y un porcentaje del 100% de la pensión. 6.- Que la actora presentó reclamación previa el 18/11/02 solicitando un nuevo cálculo de la base reguladora. En Resolución de fecha 4 de diciembre de 2002 el demandado desestimó la reclamación previa”.

El fallo de la sentencia de instancia es del siguiente tenor: “FALLO: Que, estimando la demanda interpuesta por Don Carlos Francisco contra el INSS declarando al actor en situación de Incapacidad Permanente en grado de Absoluta para todo trabajo, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social al pago de una pensión vitalicia con un importe equivalente al 100%, calculada sobre una base reguladora de 573,14 euros (habiendo sido calculada dicha base reguladora determinada con efectos económicos desde el 26/07/01)”.

SEGUNDO.- El relato de hechos probados de la sentencia de instancia ha sido mantenido íntegramente en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, hoy recurrida en unificación de doctrina, siendo la parte dispositiva de la misma del siguiente tenor literal: “FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del Instituto nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. dieciséis de Valencia de fecha 25 de junio de 2004 en virtud de demanda formulada a instancias de D. Carlos Francisco, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida”.

TERCERO.- La parte recurrente considera contradictoria con la impugnada en el caso la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 2001. Dicha sentencia contiene los siguientes hechos probados: “1º) Luis Alberto afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº NUM000 de profesión especialista tuvo un accidente de trabajo el 6 de febrero de 1997 cuando prestaba sus servicios para la Empresa Laminaciones Arregui S.L. al sufrir “atrapamiento del brazo derecho y mano izquierda por basculamiento y consiguiente caída de una bobina de fleje”. Fue sometido a tratamiento quirúrgico con resultado de “Amputación por gangrena esquémica a nivel de tercio distal, tercio medio de antebrazo izquierdo”. El 6 de marzo de 1997 recibe alta del Hospital de Txagorritxu emitiendo informe el Dr. José Ignacio del Servicio de Traumatología que obrando al folio 51 se da íntegramente por reproducido. El 17 de diciembre de 1997 causa alta médica. 2º) En la fecha del accidente Laminaciones Arregui S.L. tenía concertadas las contingencias por accidente de trabajo con la Mutua “La Previsora”. 3º) Iniciado expediente de invalidez la U.V.M.I. emitió dictamen el 4 de febrero de 1998 con el siguiente diagnóstico: “Paciente de 34 años que sufrió un Accidente de Trabajo el 6 de Febrero de 1997 con diagnóstico de “Amputación de brazo derecho a nivel de 1/3 proximal de húmero. Amputación de los cuatro dedos de la mano izquierda a nivel de pliegue distal, amplia herida sección vascular y nerviosa a nivel de muñeca izquierda”. Fue sometido a tratamiento quirúrgico con resultado de “Amputación por gangrena isquémica a nivel de tercio distal, tercio medio de antebrazo izquierdo”. 4º) El INSS por Resolución notificada el 6 de abril de 1998 declaró al actor afecto de Gran Invalidez con derecho a percibir una pensión del 150% de su Base Reguladora en un importe de 379.742 pesetas con efectos desde el 18 de diciembre de 1997 siendo responsable del abono la Mutua “La Previsora”. El 14 de octubre de 1998

el demandante formuló Reclamación Previa solicitando se le reconozca la situación de Gran Invalidez con efectos desde la fecha del accidente el 21 de febrero de 1997 y se le abone la diferencia del importe de la prestación en relación a la pensión abonada en concepto de I.T. a razón de 6.870 pesetas diarias; reclamando por concepto el total de 1.736.400 pesetas (300 días -desde el 7 de febrero de 1997 al 18 de diciembre de 1997- multiplicado por 12.658 pesetas- importe diario de la prestación por gran invalidez- = 3.797.400 pesetas menos 2061.000 pesetas percibidas en concepto de IT). 5º) Por sentencia dictada en Autos 564/98 seguidos ante el Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad confirmada por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de octubre de 1999 se estimó la excepción de caducidad en la instancia al formularse Reclamación Previa frente a la Resolución del INSS dictada el 6 de abril de 1998 y notificada al demandante el 27 de abril de 1998 el 14 de octubre de 1998. 6º) Luis Alberto mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 1999 formuló ante el INSS reclamación de cantidad en la cuantía de 1.736.400 pesetas en concepto de diferencias económicas existentes entre el importe de la Prestación percibida durante la Incapacidad Temporal por Accidente de Trabajo y la que debió percibir por prestación de Incapacidad Permanente de Gran Invalidez desde la fecha en la que fue definida objetivamente la misma 21-02-97 y la fecha de efectos económicos estimada por esa Entidad Gestora 18-12-97. Por Resolución de 17 de enero de 2000 el INSS denegó al demandante la reclamación formulada. Interpuesta Reclamación Previa fue desestimada el 21 de marzo de 2000. 7º) El 13 de marzo de 2000 Luis Alberto formuló la demanda que ha dado lugar a las presentes actuaciones en cuyo suplico solicita “se condena a las demandadas al abono de UN MILLON SETECIENTAS TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTAS pesetas (1.736.400 ptas.) en concepto de diferencias de prestaciones por Gran Invalidez, considerando los efectos económicos desde el día 21-02-97”. En la parte dispositiva de la misma se estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la sentencia dictada en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 5 de diciembre de 2000.

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de 19 de julio de 2005. En él se alega como motivo de casación al amparo del art. 221 de la Ley

de Procedimiento Laboral, contradicción entre la sentencia reseñada en el antecedente de hecho anterior y la ahora impugnada en el caso. Alega también el recurrente infracción del art. 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 que desarrolla el R.D. 1300/1995 en relación con el art. 131 bis.3 párrafo 1º del RD. Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Finalmente alega quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

El recurrente ha aportado la preceptiva certificación de la sentencia del Tribunal Supremo, que considera contradictoria a los efectos de este recurso.

QUINTO.- Por Providencia de 3 de octubre de 2005, se tuvo por personado e interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Pasados los autos al Magistrado Ponente, se admitió a trámite el recurso. Personada la parte recurrida, le fue efectuado el correspondiente traslado del recurso, al que contestó en escrito de fecha 13 de noviembre de 2006.

SEXTO.- Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar procedente el recurso. El día 8 de marzo de 2007, previamente señalado al efecto, tuvieron lugar la votación y el fallo de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina se refiere a la sucesión de las prestaciones de incapacidad temporal y de incapacidad permanente absoluta. Más concretamente, lo que se debate en el recurso como tema de fondo es la determinación de la fecha de comienzo del pago de las prestaciones periódicas de una pensión de incapacidad permanente absoluta cuando dicha pensión ha sido reconocida a un asegurado del Régimen general que permaneció un cierto tiempo en situación de incapacidad temporal, pero con diagnóstico de imposibilidad de recuperación de la capacidad de trabajo, debido a la severidad de las

lesiones sufridas (en el caso, accidente vascular cerebral). Las opciones debatidas en la instancia y en suplicación han sido o bien la iniciación de las mensualidades de incapacidad permanente en la fecha del hecho causante, que es lo que reclama el asegurado, o bien en la fecha del alta hospitalaria, que es lo que ha resuelto en vía administrativa la entidad gestora.

La sentencia recurrida ha dado la razón al asegurado, mientras que la sentencia de contraste, que es la dictada por esta Sala del Tribunal Supremo en fecha 23 de octubre de 2001 (rec. 453/2001) se ha inclinado por una solución distinta en un supuesto litigioso sustancialmente igual, situando el comienzo de los efectos económicos de la pensión reconocida en el momento del alta médica del incapacitado. Concorre por tanto entre las sentencias comparadas la contradicción cualificada que exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para entrar en el fondo del asunto. No obsta a tal conclusión ni la diferencia en las lesiones causantes (en el caso de la sentencia de contraste, amputaciones en ambas extremidades superiores), que es manifiestamente irrelevante para el tema debatido; ni tampoco el distinto Régimen de Seguridad Social con arreglo al que se concede la pensión (el Régimen de Autónomos en la sentencia de contraste), habida cuenta que la legislación en la materia -art. 131.bis.3. párrafo primero de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y art. 6.3. RD 1300/1995- es común a todo el “sistema de Seguridad Social”, tanto por vía de remisión (artículos 1, 36.2 y 38.2 Decreto 2530/1970) como por mandato directo (RD 1300/1995, que se autocalifica como reglamento de desarrollo de la Ley “en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social”).

SEGUNDO.- El art. 131.bis. 3, ordena en su párrafo primero: “... Cuando la extinción (del derecho al subsidio de incapacidad temporal) se produjera por el transcurso del plazo máximo fijado en el apartado a) del número 1 del artículo 128 (“doce meses prorrogables por otros seis “) o por alta médica con declaración de incapacidad permanente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de ésta, salvo que las mismas sean

superiores a las que venía percibiendo el trabajador, en cuyo caso se retrotraerán aquéllas al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal”.

El art. 6.3 del RD 1300/1995 desarrolla el precepto legal anterior en los siguientes términos: “A los efectos de lo previsto en el apartado 3 del artículo 131 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la calificación de la invalidez permanente se entenderá producida en la fecha de la resolución del Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social”.

Una sencilla exégesis de los preceptos anteriores permite extraer la conclusión de que, cuando a la situación de incapacidad temporal sigue una situación de incapacidad permanente absoluta, protegida con prestaciones periódicas de cuantía superior, el comienzo del pago de estas últimas no se retrotrae hasta la fecha del hecho causante, sino hasta la fecha del agotamiento de la incapacidad temporal, es decir, en nuestro caso, hasta la fecha del alta médica, que en el supuesto enjuiciado coincide con el alta hospitalaria. Por razones de jerarquía normativa esta fecha del art. 131.bis LGSS prevalece en su caso sobre la de la resolución del Director provincial del INSS prevista en el art. 6.3. RD 1300/1995.

La conclusión anterior sobre la interpretación de los preceptos de aplicación al caso es la sostenida en la sentencia de contraste, donde se declara que, en supuestos como el presente, el comienzo de la prestación de incapacidad permanente absoluta ha de producirse en la “fecha de finalización formal de la situación de incapacidad temporal”, y no en la del hecho causante de la invalidez. Dicha sentencia se encarga de reforzar tal doctrina unificada con la cita de sentencias precedentes (STS 7-7-1992, rec. 1906/92; STS 18-7-1994, rec. 791/94; STS 24-12-1996, rec. 1597/96; y STS 5-3-2001, rec. 2619/2000), y con un argumento de interpretación histórica, de acuerdo con el cual el régimen de la sucesión de prestaciones de incapacidad temporal e incapacidad permanente establecido en los preceptos vigentes en la materia continúa una “tradición jurídica” que se remonta al texto articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966.

TERCERO.- La conclusión del razonamiento es, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, que el recurso debe ser estimado.

La sentencia estimatoria de unificación de doctrina debe resolver el debate de suplicación con arreglo a la doctrina unificada, conforme dispone el art. 226 de la Ley de Procedimiento Laboral. Ello comporta en el caso, teniendo en cuenta el signo estimatorio de la demanda que luce en la sentencia de instancia, la estimación del recurso de suplicación interpuesto por la entidad gestora y, con revocación de la sentencia de instancia, la estimación parcial de la demanda del asegurado, fijando la fecha de efectos económicos de la incapacidad permanente reconocida en la del alta médica que puso fin al período de incapacidad temporal.

FALLO: Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 3 de marzo de 2005, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 25 de junio de 2004 por el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, en autos seguidos a instancia de DON Carlos Francisco, contra dicho recurrente, sobre INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la entidad gestora y, con revocación de la sentencia de instancia, estimamos parcialmente la demanda del asegurado, fijando la fecha de efectos económicos de la incapacidad permanente reconocida en la del alta médica que puso fin al período de incapacidad temporal.

24-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE DICIEMBRE DE 2002

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 3 de diciembre de 2001, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto a nombre de D. J.L.P.G. contra la sentencia de fecha cuatro de julio de dos mil uno del Juzgado de lo Social número UNO de LEÓN y con revocación de la misma declaramos al actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión de operario de lavandería, a consecuencia del accidente no laboral con derecho a una prestación vitalicia del 55% de una base reguladora mensual de 92.507 pesetas. Con sus incrementos, mejoras y revalorizaciones y efectos del 12 de diciembre de 2000, siendo compatible dicha prestación con la que venía percibiendo por incapacidad permanente total que ya venía percibiendo el actor. Condenando al Instituto Nacional y a la Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la correspondiente prestación".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictada el 4 julio de 2001 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de León, contenía los siguientes hechos probados: "1º. El demandante, DON J.L.P.G., nacido el día 9 de abril de 1964 y afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su entonces profesión habitual de encofrador derivada de enfermedad común, mediante una resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 17 de septiembre de 1991 por parecer: 'neuropatía sensorio motriz tipo V'; en la misma resolución se le reconoció al demandante la prestación económica en cuantía del 55% de la base reguladora de 43.686 pesetas mensuales y efectos económicos del 17 de julio de 1991.- 2º. El día 25 de octubre de 1997, cuando el actor prestaba servicios como operario de lavandería sufrió un accidente no laboral, causando baja médica y tras agotar 18 meses en incapacidad temporal, el Instituto Nacional de la Seguridad Social tramitó el expediente administrativo para determinar la incidencia de las dolencias que padecía en su capacidad laboral. Con fecha 3 de diciembre de 1999 la indicada entidad gestora dictó resolución acordando no modificar el grado de incapacidad permanente ya reconocido en septiembre de 1991. Tras agotar el trámite de reclamación previa el actor presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de León, correspondiéndole por turno al Juzgado de lo Social núm. 2, el cual en sentencia del 24 de abril de 2000 desestimó la

pretensión actora.- 3º. El día 16 de octubre de 2000 el actor solicitó del Instituto Nacional de la Seguridad Social la prestación de invalidez permanente total para su profesión habitual de operario de lavandería. Ante tal solicitud, el Instituto Nacional de la Seguridad Social decidió tramitar un expediente de revisión de la incapacidad permanente, que obra en autos y se da aquí por reproducido en su integridad, en el cual dicha entidad gestora dictó resolución el día 5 de enero de 2001 confirmando el grado de incapacidad permanente total para sus profesiones de encofrador y operario de lavandería con derecho a la prestación que percibe, que no experimenta modificación alguna; contra esta resolución formuló el demandante escrito de reclamación previa, la cual resultó desestimada por otra fechada el día 28 de marzo siguiente.- 4º. El demandante presenta:iringomelia cervico-dorsal con afectación de ambas manos; secuelas de traumatismo craneo-encefálico; síndrome postraumático; encefalomacia temporal derecho en higroma subdural temporal izquierdo; hipoacusia neurosensorial bilateral leve; prótesis de cadera izquierda; acortamiento de extremidad inferior izquierda de 1 cm.; limitación de la movilidad del codo derecho inferior al 50%; abolida la supinación del antebrazo derecho y mareos posturales.- 5º. La base reguladora de la prestación asciende a la cantidad de 84.301 pesetas mensuales, se deriva de enfermedad común y a 92.507 pesetas, si se considera derivada de accidente no laboral".

La parte dispositiva de esta sentencia dice: "FALLO. Desestimo la demanda sobre incapacidad permanente formulada por DON J.L.P.G. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, por ello, absuelvo a las demandadas de las pretensiones de la misma".

TERCERO.- El Procurador D. Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social., preparó recurso de casación para la unificación de doctrina contra meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid y, emplazadas las partes, y remitidos los autos, formalizó en tiempo y forma el trámite de interposición del presente recurso, articulando los siguientes motivos: Primero.- Sobre las contradicciones alegadas: Señala y aporta como sentencia contradictoria con la hoy

impugnada las dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 14 de enero de 2000. Segundo.- Sobre la infracción legal cometida en la sentencia recurrida: Aduce las siguientes infracciones: artículo 122.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Tercero Razona lo que estima oportuno sobre el quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

CUARTO.- Evacuado el traslado conferido; por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 12 de diciembre de 2002, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El demandante, que en septiembre de 1991 fue declarado en situación de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, para su entonces profesión habitual de encofrador pretende en 1997 que se le reconozca la misma situación, derivada de accidente no laboral, para la profesión de operario de lavandería, que desarrolla en otra empresa.

El I.N.S.S. dictó resolución denegatoria de tal pretensión el 5 de enero de 2001 confirmando el grado de incapacidad permanente total para sus profesiones de encofrador y operario de lavandería con derecho a la prestación que percibe, que no experimenta modificación alguna.

Posteriormente presentó demanda reiterando lo solicitado en vía previa, que fue desestimada por la sentencia de instancia, que entendió que era aplicable la regla de incompatibilidad de pensiones establecida en el artículo 122 de la Ley General de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- Recurrida en suplicación dicha sentencia por el actor, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid,

dictó sentencia el 3 de diciembre de 2001, que estimó el recurso y revocó la del Juzgado de lo Social; todo ello por entender que la prestación solicitada era compatible con la anterior, remitiéndose en su apoyo a una sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999, a la que luego haremos referencia.

TERCERO.- Frente a tal sentencia interpone el I.N.S.S. el presente recurso de casación para la unificación de doctrine e invoca en concepto de contradictoria la dictada por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 14 de enero de 2000, constando en autos la certificación correspondiente y su carácter de firme.

Hay que entender que entre la sentencia impugnada y la de contraste concurre la sustancial igualdad que entre hechos, fundamentos y pretensiones exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, para poder hablar de contradicción entre las resoluciones judiciales objeto de comparación. Así, una y otra resolución parten del reconocimiento, en diversos momentos, de dos situaciones de invalidez permanente total para el ejercicio de la profesión habitual que efectivamente desempeñaba en el momento de su reconocimiento, debiendo señalarse que la segunda invalidez fue reconocida para profesión compatible con el alcance dado a la primera declaración de invalidez para otro tipo de profesión. En ambas resoluciones los solicitantes se hallaban en alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Y, por último, en ambas resoluciones se llegan a resultados contradictorios: mientras en la recurrida se declara la compatibilidad de la percepción de ambas prestaciones derivadas de las situaciones de invalidez permanente total previamente reconocidas; en la de contraste, por el contrario, se niega esa situación jurídica de compatibilidad.

CUARTO.- Hay que resaltar que la sentencia recurrida en un primer pronunciamiento reconoció al actor la nueva pensión de I.P.T. en los términos que figuran en el Antecedente de Hecho primero de esta resolución. Lo cual hay que entender que es jurídicamente correcto, ya que así se permite que el actor ejercite el derecho de opción que le atribuye el artículo 122 de la Ley General de la Seguridad Social.

Pero dicha sentencia de suplicación añade en un segundo pronunciamiento que la nueva pensión de I.P.T. es compatible con la anterior que venía percibiendo. Y éste es el extremo del que disiente la Entidad Gestora recurrente.

QUINTO.- El I.N.S.S. denuncia la infracción del artículo 122 de la Ley General de la Seguridad Social. Censura jurídica que merece favorable acogida, teniendo en cuenta el espíritu y finalidad de dicho precepto. En su párrafo 1 establece que "las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre si cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones, optará por una de ellas". Añadiendo el núm. 2 que "el régimen de incompatibilidad establecido en el apartado anterior será también aplicable a la indemnización a tanto alzado prevista en el núm. 2 del artículo 139 como prestación sustitutiva de pensión de invalidez en el grado de incapacidad total".

La regla general de incompatibilidad de pensiones es acorde con el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución; todo ello, sin perjuicio del derecho que pueda corresponder al beneficiario a optar por la pensión que entienda que le es más beneficiosa.

En cuanto a la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 que invocó la sentencia recurrida en apoyo de su tesis, hay que resaltar que la misma se refiere a un supuesto distinto: compatibilidad, no de dos pensiones, sino de una pensión de incapacidad permanente total y una indemnización a tanto alzado por declaración previa de incapacidad permanente parcial.

SEXTO.- Por todo lo cual, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, se debe estimar el recurso, ya que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste; manteniendo el primer pronunciamiento de la recurrida.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el I.N.S.S. contra la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2001 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid; la cual casamos y anulamos. Y resolviendo el debate planteado en suplicación, mantenemos el primer pronunciamiento de la sentencia de suplicación en cuanto declara al actor en situación de incapacidad permanente total con derecho a la prestación y efectos que señala; pero anulamos el segundo pronunciamiento en cuanto declara la compatibilidad de la nueva pensión con la anterior que venía percibiendo y en su lugar concedemos al actor el derecho a optar por la que considere más beneficiosa. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

25-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 1992

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-El 21 de junio de 1.991 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Vizcaya, en autos nº 712/88, seguidos a instancia de D. E.E. SORASO contra la empresa GLASSIDUR, S.A., el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre invalidez permanente absoluta. La parte dispositiva de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco es del tenor literal

siguiente: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Vizcaya, y revocamos dicha resolución para declarar que la fecha de efectos económicos debe coincidir con el momento de la solicitud de invalidez".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 22 de enero de 1.990, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Vizcaya, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- El actor D. E.E. Soraso, nacido el 25-9-1.924, con domicilio actualmente en Artea (Vizcaya), figura afiliado y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social inscrito con el nº 48/67.939, como consecuencia de la prestación de sus servicios para la Empresa Glassidur, S.A. ----2º.- El expresado trabajador causó baja en el trabajo el 9-8-1.986 por razón de enfermedad común, permaneciendo en situación de Incapacidad Laboral Transitoria desde aquella fecha hasta el 28-5-87 en que solicitó prestaciones por incapacidad, afectándole las siguientes reducciones funcionales presumiblemente definitivas: Poliartrosis C.C.: Limitados los últimos grados de los movimientos, dolor al pinzamiento de ambos trapecios. Mano izquierda: 2º dedo, amputación falange distal. C.L.: Movilidad aceptable, dolor a la palpación de todas ellas, goldwhite miembro inferior derecho. Ambas rodillas: genu varo, dolor a la movilización pasiva de las rótulas. RX. C.C.: discopatías.

"Hipertensión arterial. Cor pulmonale". ----3º.- El indicado trabajador desempeñaba su actividad laboral con la categoría de Profesional de 1º de Industria. ----4º.- Concorre en el demandante un periodo mínimo de cotizaciones de más de 3.923 días. ----5º.- Con fecha 8-10-1.987 y con emisión de informe por la U.M.V.I. se promovió expediente administrativo ante la Comisión de Evaluación de Incapacidades, recayendo resolución de la Dirección Provincial del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, de fecha 8-9-88, en virtud de la cual se declaraba al referido trabajador afecto de invalidez permanente en grado de Incapacidad Absoluta por causa de enfermedad común, con derecho a percibir pensión del 100 por 100 de la base reguladora de 111.296 pesetas y efectos a partir del 8-10-1.987.

----6º.- El INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, asume la protección del riesgo derivado de enfermedad común. ----7º.- Que en lo esencial se han cumplido todas las normas de tramitación aplicables, salvo el plazo para dictar sentencia por razón del trabajo acumulado".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda formulada por D. E.E. SORASO, contra la Empresa GLASSIDUR, S.A., INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, impugnando la resolución de la DIRECCION PROVINCIAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de fecha 8 de Septiembre de 1.988, debo absolver y absuelvo de la misma a las citadas codemandadas".

TERCERO.- El Procurador Sr. A.W., mediante escrito de fecha 27 de septiembre de 1.991, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se citan como sentencias contradictorias la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 9 de abril de 1.990 y la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo de 1.990. SEGUNDO.- Se infringe la disposición adicional de la Orden de 23 de noviembre de 1.982.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 12 de noviembre de 1.991, se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- No habiéndose evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 30 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de junio de 1.991 y se citan como contradictorias las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo de 1.990 y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 9 de abril del mismo año. La contradicción existe, al menos respecto a la última de las sentencias citadas, porque tratándose del reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta tras un proceso de incapacidad laboral transitoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias fija como fecha de iniciación de los efectos económicos de la pensión reconocida la del dictamen de la unidad médica de valoración de incapacidades, mientras que la sentencia recurrida establece que tales efectos han de iniciarse a partir de la solicitud de la prestación.

SEGUNDO.- Establecida la contradicción, debe examinarse la infracción legal que se denuncia en relación con la disposición adicional de la Orden de 23 de noviembre de 1.982 y para ello hay que tener en cuenta que el artículo 21.4 de la Orden de 15 de abril de 1.969 no vincula el nacimiento del derecho a las pensiones de invalidez permanente al hecho causante -siempre difícil de precisar en el tránsito de las situaciones de incapacidad temporal a las de invalidez permanente-, sino que establece que aquéllas se percibirán a partir del día declarado como de iniciación de la situación de invalidez permanente. No regula la Orden de 15 de abril de 1.969 el momento inicial de esa declaración. Pero los criterios generales para fijar el mismo cuando se pasa de una situación de incapacidad laboral transitoria a una situación de incapacidad permanente pensionable se contienen en el artículo 10.2 de la Orden de 13 de octubre de 1.967, modificada por la Orden de 21 de abril de 1.972. Aunque la disposición final primera de la Orden de 23 de noviembre de 1.982 deroga este precepto lo hace, como ha declarado reiteradamente esta Sala (sentencias de 21 de junio y 27 de diciembre de 1.989), únicamente en lo que se oponga a lo establecido en esta última Orden y, particularmente, en su disposición adicional, que, teniendo sin duda en cuenta la modificación del artículo 132.3 de la Ley General de la Seguridad Social establecida por la disposición final 4ª de la Ley 13/1.982, de 7 de abril, atribuye a los dictámenes

médicos de las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades todos los efectos que en materia de nacimiento, mantenimiento y extinción del derecho a las prestaciones económicas, produce el informe-propuesta del facultativo que asista al trabajador en las situaciones de incapacidad temporal. Con esta modificación sigue en vigor la regla del artículo 10.2 de la Orden de 13 de octubre de 1.967 y a tenor de la misma cuando el trabajador sea dado de alta médica con propuesta de declaración de invalidez permanente no se producirá la extinción del derecho al subsidio de incapacidad laboral transitoria, siempre que el trabajador no se reintegre antes al trabajo, hasta que recaiga la correspondiente resolución en el procedimiento de declaración de la invalidez permanente. Si se reconoce una incapacidad permanente total el derecho a la prestación nace a partir de la resolución administrativa que la declara, pero si el grado reconocido es el de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez la resolución debe retrotraer sus efectos a la fecha del dictamen de la unidad de valoración médica de la incapacidad. De esta forma, se establece un sistema que permite proteger sin solución de continuidad las situaciones de incapacidad temporal y permanente. Es cierto que este sistema tiene carácter formal y puede presentar desviaciones con la realidad. Pero el mismo permite superar la complejidad que se produciría de tener que determinar en cada caso el momento de iniciación de la invalidez permanente e introduce una consideración ponderada de los distintos intereses concurrentes. No es posible en este sistema identificar la fecha del nacimiento del derecho con la de la solicitud ni razonar en términos hecho causante. La solicitud sólo se tiene en cuenta para el inicio de los efectos económicos en el supuesto que prevé el artículo 3 del Real Decreto 1799/1.985, de 2 de octubre, no concurrente en el presente caso. En cuanto al hecho causante, las sentencias de la Sala de 29 de septiembre, 16 de noviembre y 23 de diciembre de 1.987, que cita la recurrida, se refieren a la determinación del mismo para fijar cuándo ha de entenderse producida la invalidez a efectos de la aplicación de la Ley 26/1.985, pero dejan a salvo las reglas específicas sobre los efectos económicos de las prestaciones, que, como se ha dicho, no se ligan por la norma al hecho causante en sentido estricto, sino al dictamen de la unidad de valoración médica o a la resolución administrativa, sin perjuicio de las consecuencias que podrían suscitarse en supuestos de retrasos anormales en la emisión del dictamen.

En este sentido se pronuncian claramente las sentencias de 7 y 18 de marzo de 1.989, que destacan que el criterio que recogen las sentencias anteriormente citadas no es relevante para determinar el inicio del pago de la prestación. Por otra parte, desde la perspectiva de la sentencia recurrida tampoco sería decisivo la coincidencia entre el cuadro de secuelas descrito en el dictamen de la unidad de valoración médica con el recogido en la solicitud, pues para la distinción entre la incapacidad temporal y la permanente no sólo han de tenerse en cuenta esas secuelas en sí mismas, sino que éstas han de relacionarse con las previsiones sobre la eficacia del tratamiento sanitario y el carácter definitivo de las lesiones (artículos 126.1.a) y 132.2 de la Ley General de la Seguridad Social), y son estos factores los que se valoran sobre la base del informe propuesta en el dictamen de la UVMI.

TERCERO.- Lo razonado en el fundamento anterior lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina, por lo que, en concordancia con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y la casación de dicha sentencia para, sin necesidad de otros argumentos, resolver el debate planteado en suplicación desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia, con efectos que han de extenderse a la Tesorería General de la Seguridad Social según la doctrina de la sentencia de 3 de junio de 1.987.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 21 de junio de 1.991, en el recurso de suplicación nº 738/90, interpuesto contra la sentencia de 22 de enero de 1.990, del Juzgado de lo Social nº 6 de Vizcaya, en los autos nº 712/88 seguidos a instancia de D. E.E. SORASO contra la empresa GLASSIDUR, S.A., el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

sobre invalidez permanente absoluta. Casamos dicha sentencia, anulando sus pronunciamientos y resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por D. E.E. SORASO contra la citada sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Vizcaya de 22 de enero de 1.990, desestimamos dicho recurso, confirmando la sentencia de instancia.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con la certificación de esta resolución y comunicación.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

XXVIII. BIBLIOGRAFIA

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N.º 84, páginas. 55-61.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- CASAS BAAMONDE, M. E., «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 345.

- CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», Relaciones Laborales, tomo I-2005, pág. 151.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la

Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», Relaciones Laborales, tomo II-1996, pág. 184

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA MURCIA, J., «La actividad sindical y los criterios de representatividad (y II)», Relaciones Laborales, tomo II-1987, pág. 181.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las

conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una

empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PÉREZ REY, J., Estabilidad en el empleo, Trotta, Madrid, 2004.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», Relaciones Laborales, tomo I-1991, pág. 181.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de género. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J., «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales, tomo I-1987, pág. 81.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número. 2, 1998.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número 2, 1998.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-REÍ, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

TALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST OPUS
ET SACRIFICIUM