



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## Enfermedades profesionales: un estudio de su prevención

Chantal Moll de Alba Lacuve

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE BARCELONA



Divisió de Ciències Jurídiques,  
Econòmiques i Socials

FAIG CONSTAR que el contingut d'aquest  
exemplar de tesi doctoral, coincideix amb el que  
el Sr. \_\_\_\_\_  
ha defensat davant d'aquest Tribunal.

El Secretari del Tribunal,

Signat:

Barcelona, \_\_\_\_\_ d \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

## ENFERMEDADES PROFESIONALES. UN ESTUDIO DE SU PREVENCIÓN

Memoria de Tesis Doctoral que presenta

*Susana Moreno Cáliz*

para la colación del grado de Doctor en Derecho.

### 3. La asistencia sanitaria y rehabilitación en caso de enfermedad profesional.

#### 3.1. Delimitación de la aplicación de la asistencia sanitaria: situaciones en las que procede la prestación.

Las prestaciones sanitarias del trabajador aquejado de una enfermedad profesional pueden derivar de múltiples situaciones en su origen aunque en conclusión el contenido de la prestación será siempre el mismo. Con carácter general, el objeto de la asistencia sanitaria será en todo caso la conservación o restablecimiento de la salud<sup>1021</sup> de los beneficiarios así como la aptitud para el trabajo en el ámbito del Régimen General (prestaciones del nivel contributivo)<sup>1022</sup>. Los servicios médicos y

---

Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón que remite a las normas establecidas en el Régimen General. Por el contrario la base reguladora de los subsidios de IT debida a enfermedad común o accidente no laboral será la base normalizada de cotización que corresponda, en cada momento, a la categoría o especialidad profesional que tuviera el trabajador al iniciarse dichas situaciones (art. 12.2 de la Orden citada). La normalización de las bases de cotización para las contingencias comunes se realiza anualmente en virtud de lo dispuesto en el art. 6 de dicha Orden y se determina la base de cotización aplicable a cada categoría y especialidad profesional dentro del ámbito territorial que establece la norma (esto es, Zona Asturiana, Zona Noroeste, Zona Sur y Zona Centro-Levante). Un análisis del Régimen Especial de la Minería del Carbón, que incluye el estudio de la base de cotización se puede ver en AA.VV: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social...cit.*, pp. 271 y ss., a cargo de J. YANINI BAEZA, así como en otra obra colectiva de referencia obligada: AA.VV. *Derecho de la Seguridad Social...cit.*, "El Régimen Especial de la Minería del Carbón", pp. 703 y ss., a cargo de J. GONZÁLEZ VELASCO, M.P. VIVES USANO.

<sup>1021</sup> Conviene recordar que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, fija como elemento de la actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral la promoción con carácter general de la salud integral del trabajador.

<sup>1022</sup> La asistencia sanitaria del nivel no contributivo o asistencial no interesa a estos efectos por cuanto los beneficiarios son aquellos ciudadanos que carecen de rentas (prueba de necesidad que deben acreditar) con independencia de su situación laboral o profesional. El RD 1088/1989 de 8 de septiembre, desarrollado por una Orden de 13 de noviembre de 1989, extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes en virtud del principio de universalización de la asistencia sanitaria que proclama la Ley General de Sanidad en su art. 3º: "la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda

farmacéuticos que va a recibir el trabajador se completan con las prestaciones de recuperación profesional y rehabilitación física<sup>1023</sup>.

La asistencia sanitaria por enfermedad profesional diagnosticada puede derivar de una situación de Incapacidad Temporal (ya sea inicial o tras una recaída), de una situación de baja no incapacitante por imposibilidad de traslado, de una situación de baja permanente y definitiva (incapacidad permanente) o incluso de una situación de paro forzoso como es la del pensionista de jubilación a quién se le detecta una enfermedad profesional (enfermedad diagnosticada tras la jubilación). Vamos a ver cada una de estas situaciones:

#### *1. asistencia sanitaria por Incapacidad Temporal*

Entre las contingencias cubiertas por las prestaciones de asistencia sanitaria se halla la enfermedad profesional que puede dar lugar a un proceso de incapacidad temporal cuando la lesión incapacite de forma temporal al trabajador para realizar la prestación de servicios, situación que se enmarca en el supuesto previsto en la letra a) del art. 128 del TRLGSS. Pero junto a esta situación en la que el trabajador está impedido para el trabajo y en la que es condición imprescindible o necesaria la asistencia sanitaria de la Seguridad Social en los términos que con anterioridad se han expuesto, existe un supuesto de incapacidad temporal no incapacitante como es la de los períodos de observación por enfermedad profesional en la que nos vamos a detener.

Efectivamente, tal y como se ha dicho en otro lugar la situación prevista en el apartado b) del art. 128 no es propiamente una situación de incapacidad temporal por cuanto se trata de una baja preventiva necesaria para estudiar y diagnosticar la enfermedad que aqueja al trabajador. No es condición necesaria la incapacidad del trabajador para reconocer la prestación económica de incapacidad temporal. Es un supuesto específico de la enfermedad profesional que no exige los

---

la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva."

<sup>1023</sup> La Ley General de Sanidad incluye entre las actuaciones de las Administraciones Públicas Sanitarias la promoción de las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y la reinserción social del paciente (art. 6.5). Por otro lado, las prestaciones recuperadoras, que se regulan en los arts. 153 a 159 de la LGSS, comprenden el tratamiento sanitario adecuado, especialmente la rehabilitación

mismos requisitos que los previstos para la incapacidad temporal derivada de enfermedad común, profesional o accidente.

El trabajador en período de observación estará sujeto al estudio o examen de la enfermedad o dolencia por parte del facultativo médico<sup>1024</sup>. Por tanto, las prestaciones sanitarias que puede percibir no son las mismas que en situación de incapacidad temporal propia porque la patología en cuestión que puede ser la misma se encuentra en fases distintas (en una situación se manifiestan algunos síntomas de la dolencia pero no se tiene certeza del diagnóstico mientras que en otra existe un diagnóstico definitivo sobre la enfermedad profesional que incapacita para trabajar).

El art. 101 de la LGSS de 1974<sup>1025</sup> establece que la asistencia sanitaria se presta al titular y a los beneficiarios a su cargo, con la extensión, duración y condiciones que reglamentariamente se determinan para las distintas contingencias constitutivas del hecho causante (enfermedad común, profesional, accidente, embarazo, parto y puerperio). En este sentido el art. 11 del Decreto de asistencia sanitaria de 1967<sup>1026</sup> que regula el contenido de la asistencia sanitaria establece que se prestará la asistencia sanitaria de la manera más completa, abarcando tres tipos de prestaciones: 1) tratamiento médico y quirúrgico de las lesiones o dolencias sufridas así como las prescripciones farmacéuticas, 2) suministro y renovación de aparatos de prótesis y ortopedia, incluyendo los vehículos para inválidos y 3) cirugía plástica y reparadora adecuada. La duración de la asistencia sanitaria por enfermedad profesional se produce desde el momento del diagnóstico de la enfermedad

---

<sup>1024</sup> Recordemos que el REP se refiere al período de observación como la situación del trabajador durante el tiempo necesario, que no podrá exceder de seis meses, para el estudio médico de su enfermedad cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo.

<sup>1025</sup> En materia de asistencia sanitarias siguen en vigor los artículos de la Ley General de Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/1974 de 30 de mayo, arts. 98 a 125)

<sup>1026</sup> Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, que ha sido derogado en algunos preceptos por el RD 63/1995, de 20 de enero sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (Disposición Derogatoria Única que afecta a los arts. 1.1., 18, 19, 21-30, 31.1, 31.2, 32, 33, disposición final)

profesional y durante el tiempo que su estado patológico requiera, según el art. 12 del Decreto de asistencia sanitaria<sup>1027</sup>.

Es evidente que el tratamiento médico y quirúrgico y las prestaciones farmacéuticas en la situación de período de observación se reducen a las que el facultativo que asiste al enfermo considera convenientes para diagnosticar la enfermedad, finalidad última u objeto de la prestación de incapacidad temporal impropia.

La norma no delimita las diferencias en la asistencia sanitaria por enfermedad profesional según se trate de una incapacidad temporal propia, impropia o permanente, simplemente se limita a establecer cuál es el contenido de la asistencia sanitaria por enfermedad profesional, que coincide con la prevista por accidente de trabajo.

No obstante el REP prevé en el art. 44 la prestación de asistencia sanitaria durante el período de observación, aunque no se refiere tanto al contenido como al sujeto responsable de dispensar esa prestación en especie. Así, establece que corresponde a quien tenga asegurada la incapacidad temporal de accidentes de trabajo dispensar las prestaciones sanitarias precisas<sup>1028</sup>.

En este sentido, las normas reglamentarias que establecen los criterios médicos para el reconocimiento, diagnóstico y calificación de las enfermedades profesionales tampoco concretan el contenido de la asistencia sanitaria si bien introduce elementos, como serían pruebas médicas, que pueden ayudar a conocer el tipo de tratamiento aplicable. Por ejemplo para detectar el asma bronquial profesional, es decir, para su diagnóstico el facultativo debe realizar una detenida anamnesia,

---

<sup>1027</sup> Este precepto se refiere a la duración de la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional, que se extiende desde el momento en que se produce el accidente y hasta que su estado patológico lo requiera, siguiendo la tradición normativa (el art. 23 del Texto Refundido de la legislación de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, establecía la obligación de facilitar la asistencia médica y farmacéutica al trabajador víctima de un accidente hasta que estuviera en condiciones de volver al trabajo o se le declarase en situación de invalidez permanente.

<sup>1028</sup> Art. 44.2: *Durante el período de observación corresponderá a quien tenga asegurada la incapacidad temporal de accidentes de trabajo dispensar las prestaciones sanitarias precisas, así como el abono del 75 por 100 del salario si el presunto enfermo hubiera causado baja en el trabajo.*

examen del obrero e investigaciones paraclínicas que puedan ser necesarias, así como la práctica de "tests" cutáneos (cuti-reacciones, epidermo-reacciones, o intradermo-reacciones), que se consideran indispensable, especialmente la técnica epicutánea-reacción. Se trata de reglas médicas que permiten al facultativo diagnosticar la enfermedad profesional, técnicas o pruebas que pueden formar parte de la asistencia sanitaria y, por ende, tienen o un valor orientativo.

De todos modos la especificación del contenido debe ser interpretada de forma amplia en los términos que queda redactado el art. 11 del Decreto, a saber: "*se prestará al trabajador de la manera más completa*". Esa característica de la asistencia sanitaria se complementa con la realización del tratamiento de rehabilitación necesario durante el período de asistencia sanitaria para obtener la más pronta curación<sup>1029</sup>.

Por tanto la asistencia sanitaria por Incapacidad Temporal no presenta ninguna especialidad respecto al accidente de trabajo, al menos en los términos de la ley, que en la práctica podrá ser distinta según la enfermedad profesional y la lesión que haya podido ocasionar.

## *2) asistencia sanitaria durante la situación de baja por imposibilidad de traslado*

Cuestión distinta a la baja por incapacidad temporal es aquella que prevé el art. 48 del REP, como ya se ha mencionado con anterioridad. Este precepto regula la situación de baja cuando no sea posible el traslado, situación en la que permanece el trabajador hasta que la Oficina de Colocación le ofrezca un puesto adecuado a su categoría profesional o bien cuando expiran los plazos previstos (18 meses -doce a cargo de la empresa y seis meses más con cargo al Fondo Compensador- más doce meses más -seis prorrogables por otros seis- a cargo del Seguro de Desempleo)

Durante el inicial período de 18 meses en el que percibe el trabajador un subsidio equivalente al salario íntegro (independientemente

---

<sup>1029</sup> El tratamiento de rehabilitación necesario, según el art.11.2 del Decreto 2766/1967, podrá realizarse durante el período de asistencia sanitaria, después del alta con secuelas o sin ellas y siempre que permita la recuperación más completa de la capacidad para el trabajo, en relación con los Servicios Sociales correspondientes.

del sujeto que se haga cargo del mismo) puede necesitar asistencia sanitaria, "tratamiento para su enfermedad", según la terminología utilizada por la norma, que será dispensada por "la Entidad aseguradora de accidentes de trabajo o Empresa autorizada para asumir la incapacidad temporal". Es decir, atendiendo a la norma e interpretándola conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicada, la MATEPSS, el INSS o la Empresa autorizada para colaborar en la gestión de la incapacidad temporal debe asumir esa prestación en especie.

Transcurridos esos dieciocho meses el Seguro de Desempleo se hace cargo del pago del subsidio durante 12 meses como máximo, siendo requisito imprescindible que el trabajador se inscriba en un curso de formación intensiva profesional dentro de los tres primeros meses de la misma. No obstante, en esta situación de paro forzoso por incompatibilidad de su estado de salud con el trabajo que realizaba (no cabe olvidar que ese es el origen de la situación descrita) el trabajador puede necesitar tratamiento médico o asistencia sanitaria. En ese caso la norma omite cualquier referencia a la misma, cuestión criticable por cuanto puede seguir necesitando de algún tipo de asistencia o tratamiento, pero cabe colegir que seguirá prestándola el INSS como sucesor del Fondo Compensador. En este sentido se aplicaría analógicamente el art. 54 del REP que, respecto a la asistencia sanitaria o médica tras el término de 18 meses de incapacidad temporal, sí que se prevé la asunción de dicha asistencia por el Fondo Compensador. A ello se une la regla de que el desempleo total y subsidiado es situación asimilada al alta para acceder a las prestaciones de asistencia sanitaria (de hecho durante la percepción de la prestación la entidad gestora de la prestación está obligada a ingresar las cotizaciones a la Seguridad Social, salvo en los supuestos de extinción de la relación laboral cuando la cotización se limita y no comprende las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional (art. 214).

El hecho es que no existe una norma o disposición posterior a la LGSS que regule el régimen del subsidio de desempleo "especial" previsto en el art. 48 del REP derivado de una situación de baja forzosa por imposibilidad de traslado del puesto de trabajo. Asimismo la norma del REP es insuficiente y ha planteado a la jurisprudencia el dilema de su aplicabilidad tras la derogación del Decreto al que complementaba.

Por otro lado el art. 100 de la LGSS de 1974 reconoce como beneficiarios de la asistencia sanitaria por enfermedad profesional los trabajadores por cuenta ajena que reúnan la condición general de estar afiliadas y en alta al Régimen General en el momento de sobrevenir la contingencia o situación protegida (el art. 10 del Decreto de 1967) igualmente señala como beneficiarios de la asistencia sanitaria por enfermedad profesional todos los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el Régimen General). De tal modo que los pensionistas del Régimen General y los perceptores de prestaciones periódicas son beneficiarios de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral (art. 100.1 LGSS 1974), atendiendo a los criterios de profesionalidad de las contingencias.

De ahí que si el trabajador que está en situación de baja por imposibilidad de traslado y que percibe una prestación periódica de desempleo especial -que no contempla la LGSS sino sólo el Reglamento de Enfermedades Profesionales – sea beneficiario de la asistencia sanitaria por riesgo no profesional (accidente o enfermedad común), interpretando que la inexistencia de una referencia expresa en el REP sobre la asistencia sanitaria específica vinculada a la enfermedad profesional en cuestión causante de la situación de baja con posterioridad a los primeros dieciocho meses supone que no hay necesidad de tratamiento médico por enfermedad profesional.

### *3) asistencia sanitaria por Incapacidad Permanente*

Por definición la incapacidad permanente no admite la asistencia médica en cuanto que es aquella 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 (art. 134 TRLGSS 1994). La declaración de incapacidad permanente tiene lugar después de extinguida la incapacidad temporal generalmente<sup>1030</sup>, tras haber pasado por un proceso de curación o tratamiento médico.

---

<sup>1030</sup> Puede accederse desde una situación asimilada a la de alta como se vio en su momento al tratar de la prestación.

Sin embargo el REP en el art. 63, ubicado en el apartado D) relativo a las incapacidades permanentes o muertes, se refiere a la obligación de los pensionistas por enfermedad profesional de someterse al *tratamiento médico y asistencia sanitaria* que acuerde el extinto Fondo Compensador, que se integró en el INSS, cuyo incumplimiento daría lugar a la suspensión de la renta (art. 63.3 REP). Ese tratamiento médico al que hace referencia la norma es el que deriva de las revisiones periódicas a las que debe someterse el inválido<sup>1031</sup>. Por tanto, las revisiones de la incapacidad permanente derivadas de enfermedad profesional que implican el sometimiento a unas pruebas médicas son las que configuran el contenido de las prestaciones sanitarias en aquella situación. No obstante esas revisiones médicas son competencia del INSS como sucesor del Fondo Compensador (sobre las revisiones de la incapacidad permanente véase infra, epígrafe 4.2.7) En este sentido, la Sentencia del TSJ Castilla y León/Valladolid de 16-3-1993 [Ar./1220. Ponente: J. MÉNDEZ HOLGADO] resuelve un supuesto de imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones de asistencia sanitaria durante la situación de incapacidad permanente y exculpa a la Mutua de la misma imputando responsabilidad al INSS como sucesor del Fondo<sup>1032</sup>.

---

<sup>1031</sup> El art. 50 del REP establece que los trabajadores que han causado baja en la Empresa o industria por razón de enfermedad profesional deben ser sometidos por el Fondo (hoy INSS) a reconocimiento médico por lo menos una vez al año. Del texto del precepto parecería que cualquier baja en sentido amplio, suponga una suspensión o extinción de la relación laboral, estaría incluida en el ámbito de aplicación del mismo, pero se encuentra ubicado tras la regulación de la baja por no haber podido colocar al trabajador en puesto compatible. De ahí que resulte lógico y razonable entender que se refiere a esa baja en cuestión.

<sup>1032</sup> FD único: [...] formaliza el recurso a medio de un motivo de censura jurídica en el que denuncia la infracción por no aplicación del Decreto de 13 de abril de 1961 y art.19 de la Orden de 9 de mayo de 1962 que sancionó el Reglamento de Enfermedades Profesionales, así como del art.7.2 del Decreto 1509/1976 y disposición final 1ª.3.5 del Decreto ley de 16 de noviembre de 1978, motivo que alcanza total éxito, por cuanto siendo la invalidez reconocida a la actora por enfermedad profesional y la asistencia sanitaria inherente a tal contingencia, ésta última a tenor del citado art.19 del Reglamento citado en relación con el 53 y 54 de la misma norma y 7.2 del Decreto 1509/1976 está a cargo del extinguido Fondo Compensador, actualmente integrado en el INSS por virtud del Decreto Ley de 16 de noviembre de 1978, sin que tal responsabilidad afecte a la Mutua aseguradora del riesgo de accidentes, al quedar ésta limitada a los supuestos de incapacidad laboral transitoria [...]"

4) asistencia sanitaria del pensionista de jubilación;

Con arreglo a la normativa reguladora de las prestaciones de asistencia sanitaria el pensionista del Régimen General y los perceptores de prestaciones periódicas del mismo Régimen son beneficiarios de la asistencia sanitaria por enfermedad común y accidente no laboral<sup>1033</sup>. Por tanto a simple vista parece que no es posible que un pensionista de jubilación reciba la asistencia sanitaria por riesgo profesional, teniendo en cuenta la situación de inactivo en la que se encuentra. Ahora bien cabe la posibilidad de que se le detecte una enfermedad profesional cuando se encuentra en esa situación o incluso que las consecuencias de la enfermedad profesional diagnosticada con anterioridad se mantengan y se extiendan durante la posición de pensionista.

El punto de partida es –como reconoce el TSJ del País Vasco en Sentencia de 25 de enero de 1999 [Ar./6171. Ponente: C. PÉREZ SIBON]- la inexistencia de una norma que “de forma directa y expresa determine la responsabilidad por asistencia sanitaria de aquellos trabajadores que acaecido un accidente de trabajo o enfermedad profesional cubierto por una mutua aseguradora, devengan posteriormente pensionistas y continúan necesitando de tal asistencia”.

No obstante se reconoce la existencia de una Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social sobre Asistencia Sanitaria de los pensionistas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que como tal resolución carece de valor normativo - como reiteradamente

---

<sup>1033</sup> Se incluyen en este grupo a los pensionistas del antiguo SOVI que no tengan derecho a las prestaciones sanitarias por otra causa, a los pensionistas de viudedad, orfandad o a favor de familiares que reconoce la Ley 5/1979, de 18-9 para los familiares de los fallecidos como consecuencia de la guerra civil, a los pensionistas ex combatientes en la zona republicana, a los pensionistas que prestaron servicio durante la guerra civil, formando parte de las Fuerzas Armadas y de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República, a los pensionistas de Clases Pasivas que no tengan derecho a la asistencia sanitaria por otra causa, a los pensionistas de pensiones extraordinarias de terrorismo (RD 851/1992, 107) y a quienes causen derecho a las pensiones establecidas por el RD 84/1993, 4-6 para quienes realicen la prestación social sustitutoria del servicio militar. Vid. El análisis al de J. APARICIO TOVAR en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social...cit.*, p. 2154 y ss.

ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia<sup>1034</sup> -, pero que la Sala considera por su valor interpretativo.

Dicha interpretación lleva al Tribunal a admitir su aplicación analógica al caso pese a que aquella resolución se refiere expresamente a pensionistas de incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales, a quienes se les reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en los mismos términos que los demás pensionistas del Régimen General. Sin embargo, la conclusión del TSJ es exculpar de responsabilidad en la prestación de asistencia sanitaria a la Mutua al desaparecer la condición de trabajador en el beneficiario de la asistencia sanitaria:

"[...] el artículo 10.1 del mismo Decreto señalado [2766/1967, 16-11] se refiere expresamente a *trabajadores* cuando asigna el derecho a la asistencia sanitaria por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, condición que ya ha perdido el demandante. A ello nada obsta el contenido del artículo 12 del citado Decreto al establecer que la "asistencia sanitaria por accidentes de trabajo o enfermedad profesional será prestada desde el momento en que se produzca el accidente o se diagnostique la enfermedad profesional y durante el tiempo que su estado patológico lo requiera" y ello por cuanto que tal precepto no se pronuncia sobre la entidad que correrá con la prestación sino sólo sobre su derecho a la misma, por lo que puesto en relación con las anteriores disposiciones la misma norma ya citadas conducen a la conclusión de que la mutua deja de tener responsabilidad en la prestación de la asistencia sanitaria una vez que el trabajador deja de serlo para pasar a ser pensionista." (FJ, 5)

Por tanto pese a que el pensionista requiera de asistencia sanitaria derivada de un accidente de trabajo recibirá dicha asistencia en calidad de pensionista como beneficiario del derecho al tratamiento médico por enfermedad o accidente común y no como trabajador. El razonamiento del Tribunal parece adecuado y acertado respecto a la atribución de responsabilidad de la prestación. No obstante, conviene no perder de vista que el supuesto examinado por el TSJ se refiere a un

---

<sup>1034</sup> La Sentencia de referencia reconoce que la Resolución que se alega no tiene el carácter de norma jurídica pero debe servir para interpretar y esclarecer la voluntad de las partes, valor interpretativo "al que el propio Tribunal Supremo ha dado valor analógico en innumerables ocasiones". La STS de 19-6-1993 (Ar./7559) se refiere al valor de las circulares aportadas al proceso: "es claro que éstas carecen de la condición de normas legales o reglamentarias (el Ministerio Fiscal las llama formalidades burocráticas) que puedan afectar a derechos atribuidos al beneficiario.

accidente de trabajo y no a una enfermedad profesional, aunque se refiera a ésta al tratar de aquel riesgo profesional. El mismo argumento sería aplicable a la enfermedad profesional pero hay que analizar las posibles situaciones en las que el pensionista de jubilación requiera de prestaciones sanitarias por aquélla.

El pensionista de jubilación puede necesitar de asistencia sanitaria cuando se le diagnostica con posterioridad a su situación de paro forzoso la enfermedad profesional. En este caso, salvo norma particular en contrario, seguirá percibiendo la pensión de jubilación y la asistencia sanitaria por enfermedad común, ya que por disposición expresa de la Ley las pensiones de incapacidad permanente pasan a denominarse pensiones de jubilación cuando el beneficiario cumpla la edad de 65 años, si bien este cambio no implica modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viene percibiendo (art. 143.4 TRLGSS). De esta suerte desde la situación de pensionista de jubilación no se puede pasar a ser pensionista de incapacidad permanente.

Únicamente existe un supuesto excepcional y es en el ámbito de la minería del carbón. En este Régimen Especial de la Seguridad Social se contempla la posibilidad de convertir la pensión de jubilación en una invalidez permanente total, si bien esa reconversión daría lugar a la misma situación, es decir, la percepción de asistencia sanitaria en calidad de pensionista (Vid. Epígrafe 4.3.4).

En definitiva, sea cual sea la situación de pensionista de jubilación o incapacidad la asistencia sanitaria recibida será la misma. De este modo cabe concluir que la asistencia sanitaria que percibe el pensionista de jubilación deriva de una contingencia común y no profesional.

### 3.2. Contenido de la prestación o ámbito objetivo.

Con carácter general el art.98 de la LGSS de 1974, cuyo Capítulo IV (Título II) dedicado a la asistencia sanitaria, se mantiene en vigor en la actualidad señala cuál es el objeto de la prestación, que comprende servicios médicos y farmacéuticos así como servicios complementarios (*“servicios convenientes para completar las prestaciones*

médicas y farmacéuticas”) y las prestaciones de rehabilitación física y recuperación profesional de los trabajadores<sup>1035</sup>.

La norma que regula el contenido de las prestaciones sanitarias es el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero –sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud<sup>1036</sup>- cuyo Anexo I especifica cuales son las prestaciones sanitarias, facilitadas directamente a las personas por el Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad. Con carácter general las prestaciones sanitarias comprenden la atención médica (en su modalidad de atención primaria y especializada), la atención o prestaciones farmacéuticas, las prestaciones complementarias y los servicios de información y documentación sanitaria. En el Anexo III del RD se enumeran aquellas prestaciones no financiables con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria.

Las peculiaridades aplicables por igual al accidente de trabajo y la enfermedad profesional se refieren a la cirugía plástica o reparadora, a la dispensación gratuita de medicamentos y de aparatos de prótesis. El RAT establecía en el Capítulo III la obligación en caso de accidentes de “proporcionar, sin demora alguna, la asistencia sanitaria, que se prestará al trabajador de la manera más completa, tanto en su aspecto médico como quirúrgico, durante el tiempo que su estado patológico lo requiera” (art. 19)<sup>1037</sup>.

---

<sup>1035</sup> El Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprueba el Texto Articulado de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre sobre Bases de la Seguridad Social, reconoce en el Capítulo dedicado a la asistencia sanitaria la prestación de los servicios convenientes para completar las prestaciones médicas y farmacéuticas, atendiendo de un modo especial a la rehabilitación física precisa para la recuperación profesional de los inválidos (art. 98).

<sup>1036</sup> Deroga algunos artículos del citado Decreto de 1967. Se publica en el BOE de 10-2-1995.

<sup>1037</sup> Reglamento para aplicación del Texto Refundido de la Legislación de Accidentes del Trabajo que aprueba el Decreto de 22 de junio de 1956. El Texto Refundido mencionado ya hacía alusión al contenido de la asistencia sanitaria en los arts. 23 y siguientes cuando se refiere a la asistencia sanitaria que permita recuperar la aptitud para el trabajo o al suministro de aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarios.

Por otro lado la rehabilitación profesional está presente en todas las disposiciones relativas a la reparación del accidente de trabajo y la enfermedad profesional: en el Texto Refundido de la Legislación de accidentes de trabajo (art. 23: "será obligatorio facilitar la asistencia médica y farmacéutica al trabajador víctima de un accidente hasta que se halle en condiciones de volver al trabajo..."), en el RAT (arts. 116 y 123) o en el Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales que incorpora un apartado sobre Recuperación y rehabilitación y remite al régimen de rehabilitación establecido en la legislación de accidentes de trabajo.

No obstante el Decreto parte de la siguiente premisa: "Las disposiciones de aplicación del presente Decreto regularán la forma en que deben ser sometidos a tratamiento de rehabilitación todos los casos de enfermedad profesional en que esta técnica esté indicada, hasta obtener la más completa recuperación posible, tanto durante el período de incapacidad temporal y asistencia médica como después de la declaración de incapacidad permanente (art. 28.2)"

Asimismo el Reglamento de desarrollo del Decreto (que fue derogado expresamente por el Real Decreto 1995/1978, de 12-5, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social), esto es, el REP, al que nos hemos venido refiriendo dedica los arts. 116 a 123 a la recuperación, rehabilitación y colocación de incapacitados para el trabajo en general.

Art. 117. La rehabilitación de enfermos profesionales deberá llevarse a cabo como parte complementaria de la asistencia médica simultánea a ella en todos los casos en que sea posible compaginarla, cuando la afección padecida por el trabajador haga presumir una probable invalidez o después de la declaración de incapacidad permanente si se estima factible la mejoría del estado residual del trabajador.

El art. 153 del TRLGSS (que se inserta en el Capítulo dedicado a la Recuperación) reconoce como beneficiarios a las personas que integradas en el Régimen General que requieran esa recuperación sin que sea precisa una previa declaración de invalidez permanente. Es posible que una vez declarada la existencia de una invalidez permanente la Entidad Gestora pueda reconocer la procedencia de prestaciones

recuperadoras<sup>1038</sup>. No se delimitan los supuestos en los que se inician los procesos de recuperación sino que se condicionan al criterio de la Entidad Gestora que decida la procedencia de llevarlos a cabo<sup>1039</sup>. El tratamiento sanitario adecuado está incluido en el contenido de estos procesos que además pueden integrar la orientación profesional y la formación profesional por readaptación al trabajo habitual anterior o por reeducación para nuevo oficio o profesión<sup>1040</sup>. Dicho tratamiento sanitario comprende la asistencia médica por enfermedad profesional (también por enfermedad común y por accidente de trabajo) y especialmente el tratamiento de recuperación funcional, medicina física y ergoterapia y cuanto se considere necesario para la recuperación del trabajador.

---

<sup>1038</sup> De hecho el art. 26 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, establece que esas prestaciones de recuperación profesional se dispensarán a los trabajadores que hayan sido declarados inválidos en los grados de incapacidad permanente parcial o total para la profesión habitual, con posibilidad razonable de recuperación, de acuerdo con el plan o programa individual que puede incluir tratamiento sanitario, orientación y formación profesional.

<sup>1039</sup> El art. 118 del REP asignaba al Fondo Compensador, hoy integrado en el INSS, la competencia de decidir cuando procedía iniciar la rehabilitación, así como la duración y la clase de técnicas que debían seguirse. Asimismo le correspondía determinar cuando la rehabilitación estaba acabada en cada caso por recuperación total o parcial o por haber alcanzado la enfermedad un estado irreversible o inmodificable (art. 119). En la actualidad esas funciones las asume el INSS como sucesor del Fondo.

<sup>1040</sup> Señala la Ley que la orientación profesional se prestará siempre que se estime preciso, antes de determinar el proceso de recuperación procedente, durante los tratamientos sanitarios y al finalizar éstos. El REP establecía que la orientación profesional precisa por cambio de profesión u oficio de los incapacitados se podrían utilizar los servicios psicológicos de organismos determinados con los que se concertaría el servicio. Por otro lado la formación profesional, según el TRLGSS, se prestará de acuerdo con la orientación profesional prestada, que consistirá en cursos de formación realizados en centros señalados al efecto o en las propias empresas. Al respecto el art. 121 del REP ya preveía que la "enseñanza profesional de los incapacitados" se prestaría por el Fondo o por terceros (organismos públicos o privados) con los que concertaría el servicio.

### 3.3. Sujetos protegidos.

Se pretende conocer cuál es el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias derivadas de enfermedad profesional. Para ello es necesario delimitar los sujetos protegidos por riesgo de enfermedad profesional, que como es sabido comprende no sólo los trabajadores por cuenta ajena sino también los trabajadores por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales Agrario y de los Trabajadores del Mar.

Si partimos de lo que establece el art. 100.2 de la LGSS de 1974 son beneficiarios de la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional los trabajadores por cuenta ajena que incluidos en el campo de aplicación del Régimen General reúnan la condición general de estar afiliados y en alta en el Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida<sup>1041</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho, a efectos de asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional el trabajador del Régimen General se considera de pleno derecho en situación de alta aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones (alta de pleno derecho prevista en el art. 10.2 del Decreto 2766/1967, 16-11 y en el art. 125.3 del TRLGSS de 1994)<sup>1042</sup>

No están incluidos en este grupo de beneficiarios los pensionistas ni los perceptores de prestaciones periódicas del Régimen General. La cuestión que se plantea es la del pensionista que requiere asistencia sanitaria con motivo de una enfermedad profesional diagnosticada ya sea con anterioridad a la situación de pensionista o con posterioridad a la misma, ¿qué tipo de asistencia sanitaria tiene derecho a percibir?

---

<sup>1041</sup> Igualmente el art. 10 del Decreto 2766/1967, de 16-11, comprende entre los beneficiarios de la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional a todos los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el Régimen General.

<sup>1042</sup> La asistencia sanitaria por enfermedad profesional será prestada aunque se incumpla la normativa sobre prohibición del trabajo de menores de edad permitida por el Estatuto de los Trabajadores (16 años) tal y como establece el apartado tercero del art. 10 del Decreto de asistencia sanitaria de 1967.

Debe tenerse en cuenta que el Decreto de asistencia sanitaria reconoce como beneficiarios de asistencia sanitaria por enfermedad profesional a todos los trabajadores por cuenta ajena o asimilados en el Régimen General. No incluye dentro de esta prestación por contingencias profesionales a otros sujetos que los que pueden necesitarla como trabajadores por cuenta ajena. Los pensionistas son beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria por enfermedad común, con arreglo al citado Decreto.

Al respecto la Sentencia del TSJ del País Vasco de 25-1-1999<sup>1043</sup> se ha pronunciado sobre el tema, a raíz de una petición de reintegro de gastos sanitarios por parte de un pensionista de jubilación que precisa de asistencia sanitaria por un accidente de trabajo previo, que no existe norma alguna que de forma directa y expresa determine la responsabilidad por asistencia sanitaria de aquellos trabajadores que acaecido un accidente de trabajo o enfermedad profesional cubierto por una mutua aseguradora, devengan posteriormente pensionistas y continúan necesitando de tal asistencia. No obstante constata la existencia de una Resolución administrativa que si bien no tiene carácter de norma jurídica debe servir para extraer una solución al respecto.

Esta Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social sobre Asistencia Sanitaria de los pensionistas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales prevé la situación de los pensionistas de incapacidad permanente por contingencias profesionales, a quienes les atribuye el derecho de asistencia sanitaria "siempre que no tengan derecho a asistencia sanitaria de la Seguridad Social por enfermedad común o accidente no laboral en virtud de otro título, de los beneficios de dicha asistencia en los mismo términos y condiciones que los demás pensionistas del Régimen General de la Seguridad Social, y sin que, en consecuencia, tengan que abonar ellos ni la entidad aseguradora cantidad alguna para la efectividad de la citada asistencia". Sin perjuicio de lo dicho la Sala considera aplicable esta Resolución de forma analógica a la situación de un pensionista de jubilación que requiere asistencia sanitaria derivada de un previo accidente laboral o enfermedad profesional.

De manera que el TSJ considera que no puede hacerse responsable a la Mutua por la asistencia sanitaria que puede requerir un

---

<sup>1043</sup> Ar./6171. Ponente: C. PÉREZ SIBON.

pensionista de jubilación derivada de un accidente de trabajo previo a su condición

#### 4. LA INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL.

##### 4.1. Introducción. Concepto.

---

El punto de partida del estudio de la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional lo constituye el art. 142 TRLGSS, intitulado como *Norma especial sobre invalidez derivada de enfermedad profesional*, en virtud del cual, "los Reglamentos generales de desarrollo de la presente Ley adaptarán, en cuanto a enfermedades profesionales, las normas de esta sección a las peculiaridades y características especiales de dicha contingencia".

Esa remisión legal conecta con los preceptos de la Orden de 15-4-1969<sup>1044</sup>, (arts. 41-45), incluidos en la Sección 5ª dedicada a las normas especiales para la invalidez permanente derivada de enfermedad profesional, en materia de iniciación del derecho a la prestación, compatibilidad con otras prestaciones, reconocimientos médicos periódicos así como normas particulares para la silicosis<sup>1045</sup>.

Asimismo la sección 5ª del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas<sup>1046</sup>, establece que serán de aplicación las disposiciones generales sobre clases de invalidez, grados de incapacidad, beneficiarios, condiciones y cuantía de las prestaciones en caso de enfermedad profesional aunque se reconocen una serie de

---

<sup>1044</sup> Por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE 8-5).

<sup>1045</sup> Efectivamente las especialidades fundamentalmente se encuentran en la determinación de la fecha de nacimiento del derecho a las pensiones, en las normas sobre compatibilidad y en el sistema de reconocimientos médicos, tal y como había reconocido L.E. DE LA VILLA, DESDENTADO BONETE: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, (Aranzadi), 2ª edición, 1979, p. 503.

<sup>1046</sup> Publicado en el BOE de 30 de diciembre.

particularidades enunciadas en los arts. 23 a 26 de la norma, relativas a la fecha inicial del devengo, compatibilidad, reconocimientos periódicos y normas particulares para la silicosis, respectivamente<sup>1047</sup>.

Evidentemente esa peculiar protección de la invalidez permanente derivada de la enfermedad profesional tiene también su reflejo -no sólo frente al otro riesgo profesional como es el accidente de trabajo- frente a la enfermedad común. Como ponen de manifiesto los autores L.E DE LA VILLA Y A. DESDENTADO BONETE, la protección de la invalidez permanente es dispar según la contingencia de la que deriva. Si se trata de una contingencia profesional, nuestro Derecho indemniza económicamente cualquier lesión que altere la integridad del sujeto protegido, aunque dicha alteración sólo tenga una incidencia mínima sobre la capacidad de trabajo o no tenga ninguna, en virtud del *criterio indemnizatorio estricto*, basado en el principio civil de responsabilidad por daños, en tanto que la incapacidad derivada de enfermedad común o accidente no laboral "se exige siempre una proyección invalidante que haga imposible o reduzca de forma notable la capacidad de ganancia (*criterio social de protección de un estado de necesidad objetivo*)<sup>1048</sup>.

El concepto legal de incapacidad permanente se encuentra en el art. 134.1 del TRLGSS en el que se entiende por tal "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".

---

<sup>1047</sup> ALVAREZ DE LA ROSA al analizar el art.142 del TRLGSS reconoce dos tipos de peculiaridades: a) *la delimitación de la fecha de la enfermedad profesional: cuando el trabajador se encuentra al servicio de una empresa en el momento de su cese como consecuencia de la declaración de invalidez, la fecha será la del día siguiente al cese o la del día siguiente a la expiración de la incapacidad temporal; cuando el beneficiario n o se encuentra al servicio de ninguna empresa, la fecha será la del reconocimiento médico (art.23 del Real Decreto 3158/1966); b) respecto a la silicosis (concreta enfermedad profesional causada por respirar polvo silíceo) la peculiaridad procede de la equiparación entre el segundo y el tercer grado de silicosis y los correspondientes grados de incapacidad permanente total e incapacidad permanente absoluta respectivamente (art.26 del RD 3158/1966). En AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Seguridad Social*, Granada, (Comares), 1999, p. 1369.*

<sup>1048</sup> Vid. *Manual de Seguridad Social...cit.*, p. 503.

Para ALVAREZ DE LA ROSA la expresión “incapacidad permanente” es utilizada por el legislador para “designar a la invalidez en su modalidad contributiva, poniendo así el acento en la disminución o anulación de la capacidad de trabajo y en la prestación como renta de sustitución de una capacidad de ganancia disminuida”<sup>1049</sup> El autor parte de la valoración de que la definición legal utiliza *conceptos jurídicos indeterminados*, que traen consigo problemas interpretativos así como la necesidad de “emplear una técnica específica de control de la actividad de la Administración de la Seguridad Social”<sup>1050</sup>. No obstante puntualiza que “no hay, por tanto, indeterminación normativa en el sentido que la norma encierre soluciones alternativas o sea oscura en el ámbito de su proyección, sino dificultades en el proceso de aplicación del precepto”. De todos modos esa definición que integra conceptos jurídicos indeterminados es valorada positivamente por cuanto permitirá dar una solución justa y adecuada a cada caso<sup>1051</sup>.

Una opinión contraria mantiene ALMANSA PASTOR quién considera desacertada la definición legal porque no aporta nada, esto es, no

---

<sup>1049</sup> En AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social...cit.*, p. 1325.

<sup>1050</sup> Los entes de la Administración Pública que reconocen la incapacidad permanente están sometidos al principio general de legalidad y por tanto “ha de declararse la incapacidad no en razón a consideraciones abstractas o fundadas en anteriores actos propios de la Entidad Gestora sino sólo cuando se den todos los requisitos para, declarada la incapacidad permanente, dar lugar a prestaciones”. Vid. AA.VV. *Comentarios a la Ley...cit.*, p. 1326.

<sup>1051</sup> Vid. *Comentarios, X-Invalidez (Acción Protectora-I)*, Enciclopedia de Seguridad Social, CISS, pp. 79 y ss. Otra de las ventajas que derivan del concepto legal de la invalidez permanente, según el autor expone, consiste en que no resulta esencialmente necesario –cuestión distinta es la opción del legislador actual por hacerlo– listar las secuelas patológicas y su proyección invalidante y reitera que “basta con definir, en extensión y con notas indeterminadas, el concepto, para lograr así una solución justa a cada caso concreto, en cada reconocimiento del derecho a prestaciones”. Vid. AA.VV.: *Comentarios a...cit.*, p. 1325. En este sentido BLASCO LAHOZ, MOMPALER CARRASCO Y LÓPEZ GANDÍA consideran que el concepto no es general y uniforme sino que depende de su influencia en cada persona, lo que lleva a un casuismo que impide recurrir en unificación de doctrina. Vid. AA.VV.: *Curso de Seguridad Social (Régimen general y prestaciones no contributivas)*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1999, 6ª Edición, p. 383.

delimita el carácter congénito o sobrevenido de la invalidez sino que se limita a circunscribir la invalidez a una consecuencia de la alteración de la salud, vinculando el concepto de invalidez a la que se mantiene tras la curación sanitaria<sup>1052</sup>.

Sin embargo toda la doctrina coincide en considerar tres elementos integradores del concepto, a saber: 1) alteración de la salud, 2) disminución de la capacidad laboral, 3) carácter permanente o definitivo de la incapacidad<sup>1053</sup>.

En cuanto al elemento de la disminución de la capacidad laboral<sup>1054</sup>, ALMANSA PASTOR entiende por *capacidad laboral* "el complejo de medios intelectuales, volitivos y físicos, que permiten utilizar provechosamente la propia eficiencia física en el desarrollo de una actividad laboral. Esto es, la concurrencia de la integridad psicosomática y de la aptitud para emplearla en una determinada actividad profesional"<sup>1055</sup>. La valoración de la incapacidad debe hacerse desde un punto de vista económico-profesional mas que desde la perspectiva clínica de la incapacidad, de manera que interesa valorar la reducción de la capacidad de ganancia

---

<sup>1052</sup> V. *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, (Tecnos), 7ª edición, 1991, p. 408.

<sup>1053</sup> Según ALVÁREZ DE LA ROSA, op. cit., p. 82. Para M. REYES MARTÍNEZ BARROSO de la noción de incapacidad permanente derivan tres fases: 1) la determinación de las lesiones, 2) su repercusión sobre la capacidad de trabajo y 3) la determinación o calificación jurídica aplicando las normas pertinentes. Véase *Sistema Jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, León, (Universidad de León), 1997, p. 225.

<sup>1054</sup> Precisamente una de las particularidades de la legislación española radica en la consideración de la propia capacidad laboral como fundamento de la invalidez frente a otros países como Francia, Alemania o Portugal que ponen especial énfasis en la capacidad de ganancia. Y es que en nuestro Ordenamiento jurídico "lo que pretende proteger la Seguridad Social, a través de las correspondientes prestaciones económicas, no es un determinado estado de salud o una específica alteración de ese estado, sino efectuar una determinada compensación de la pérdida o minoración de la capacidad laboral". Vid. AAV.: *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*, Madrid, (Fundación ONCE), Colección Solidaridad 14, 1999, p. 64, 67.

<sup>1055</sup> Vid. *Derecho de la Seguridad Social*,...op. cit., p. 402. Conviene matizar que el autor analiza la expresión *incapacidad* utilizada en la LGSS frente al concepto de *invalidez*, entendido este último como una categoría de incapacidad.

mas que la valoración clínica de la misma que afecta a la protección sanitaria<sup>1056</sup>.

La relación entre la alteración de la salud sufrida y la disminución de la capacidad laboral constituye la esencia o núcleo fijo del concepto según ha apreciado algún autor, ya que el riesgo cubierto no es aquella alteración sino su incidencia en la disminución de la capacidad de ganancia por debajo del límite establecido (ALVAREZ DE LA ROSA)<sup>1057</sup>.

Para BLASCO LAHOZ y otros el concepto de invalidez es interpretado por la jurisprudencia, teniendo en cuenta el criterio de la capacidad laboral y funcional de las secuelas, de base médica y no en el criterio de la capacidad de ganancia, en tanto que los factores personales o de mercado de trabajo sólo se consideran para cualificar o aumentar la incapacidad anatómica, funcional y previamente definida.<sup>1058</sup>.

El elemento de la disminución de la capacidad laboral viene viene matizada por otros, como son:

- 1) la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, según valoración médica como cierta/incierta o a corto/largo plazo; si esa posibilidad es incierta o a largo plazo la calificación de la invalidez permanente es correcta;
- 2) no es necesaria el alta médica para valorar la incapacidad permanente si concurren secuelas definitivas<sup>1059</sup>; vid. STSJ Murcia, de 4-7-1997<sup>1060</sup>, en la que analiza este requisito a la luz de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y de la nueva normativa (RD 1300/1995, 21-7, O. 18-1-1996)<sup>1061</sup>;

---

<sup>1056</sup> *Derecho de la Seguridad Social...op. cit.*, p. 403.

<sup>1057</sup> Vid. AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social...op. cit.*, p. 1326.

<sup>1058</sup> Vid. *Curso de Seguridad Social...cit.*, pp. 382-383.

<sup>1059</sup> Tiene su origen en la modificación operada por la disposición final 4ª de la Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos.

<sup>1060</sup> Ar./3356. Ponente: J. SAMPER JUAN.

<sup>1061</sup> La Sala considera que el requisito de aportar el alta médica de asistencia sanitaria tiene sentido en aquellas situaciones en las que el solicitante de la prestación proviene de una situación de incapacidad temporal, pero no es elemento exigible en todo caso. FJ 2º: "[...] Pero es que además los artículos citados, 5.1, a), del RD 1300/1995, de 21 julio y 3.1, c) de la O. 18 enero 1996 pueden ser perfectamente

- 3) se presume la invalidez permanente que subsiste tras la extinción de la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración<sup>1062</sup>, excepto cuando se continua el tratamiento médico durante un plazo de tiempo determinado, en el que se aconseja demorar la calificación de incapacidad permanente por la situación clínica del interesado (art. 131 bis, segundo párrafo)<sup>1063</sup>.
- 4) la incapacidad permanente debe derivar de un proceso de incapacidad temporal salvo que se den los siguientes supuestos:
  - a) el afectado carece de esa protección por hallarse en situación asimilada al alta que no la comprenda, b) se trata de un asimilado al trabajador por cuenta ajena que tampoco tenga dicha protección, c) acceso a la prestación desde una situación de no alta (incapacidad permanente absoluta o gran invalidez por

---

integrados en la doctrina jurisprudencial tradicional, sin tan siquiera forzar su propia literalidad. Así el Real Decreto no se detiene a regular, ni tan siquiera a reiterar el requisito del art. 134.3 y en su artículo 5, se limita a enumerar los actos e informes que deben incorporarse al expediente administrativo, y entre ellos, la aportación «del alta médica de asistencia sanitaria» aunque no siempre, porque en el número 3 del mismo art. 5 se reconoce la existencia de situaciones en que es imposible su aportación -y una de ellas es, lógicamente, cuando no se ha iniciado situación de IT- y permite sustituirla por otros informes. En todo caso tal requisito debe interpretarse a la luz del criterio del Alto Tribunal y entender que será sólo preceptivo cuando a la invalidez anteceda dicha situación, pero no cuando no haya existido previa incapacidad temporal ni el consiguiente parte de baja. Y otro tanto cabe afirmar de la Orden del 1996, en relación con la exigencia de su art. 3.1, c) de recibir del Servicio Público de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria «el alta médica de asistencia sanitaria junto con el historial clínico». Dicha alta sólo será precisa cuando el trabajador haya pasado por situación de invalidez temporal, pero no en caso contrario».

<sup>1062</sup> Las diferencias entre la incapacidad temporal y la incapacidad permanente, según J.A. ALMANSA PASTOR, "no son sustanciales sino meramente epidérmicas o accidentales, más como situaciones de necesidad de una misma contingencia protegida que contingencias distintas". Vid. *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, (Tecnos), 7ª edición, 1991.

<sup>1063</sup> Se contempla la prórroga extraordinaria de la incapacidad temporal que permite extender la duración de la misma, aunque no puede exceder de 30 meses la duración total de la situación de IT y además durante ese período de prórroga así como durante los tres meses previstos para calificar la invalidez no es obligatoria la cotización.

contingencias comunes, previsto en el art. 138.3 TRLGSS). Respecto al elemento del proceso curativo previo a la lesión que parece exigir el precepto cuando se refiere a haber estado sometido al tratamiento prescrito, la jurisprudencia ha interpretado este presupuesto de forma amplia y en ocasiones no lo ha tenido en cuenta<sup>1064</sup> <sup>1065</sup>. En este sentido ALVAREZ DE LA ROSA señala que "La norma exige, para que se valore la incapacidad producida por la alteración de la salud, un tratamiento médico previo y un alta en ese tratamiento. Esta exigencia puede ser contemplada en dos líneas de reflexión distintas: una, positiva, necesidad impuesta por la norma del tratamiento previo, que es relativa hasta llegar a desaparecer en los casos en que concurran secuelas definitivas y otra, negativa, imposibilidad de constatar la situación invalidante mientras persista el tratamiento médico prescrito<sup>1066</sup>.

- 5) Las reducciones anatómico-funcionales graves susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas a las que se refiere la Ley han sido interpretadas por la jurisprudencia como equivalentes a algo actual, efectivo o de presente, pero no a futuros estados invalidantes siempre cubiertos por el medio legal de la revisión<sup>1067</sup>.

Por otro lado el carácter definitivo de la incapacidad también se aplica de forma relativa en cuanto a la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido que sea incierta o a largo plazo<sup>1068</sup>.

---

<sup>1064</sup> L.E DE LA VILLA, A. DESDENTADO BONETE: *Manual de Seguridad Social...cit.*, p.

<sup>1065</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., GONZÁLEZ ORTEGA señalan que la invalidez puede aparecer súbitamente y, en ese caso, no procederá ningún tratamiento previo a su declaración como tal. Incluso el cumplimiento del tratamiento prescrito puede no ser requisito necesario si media negativa del mismo por causa razonable. Vid. *Compendio...cit.*, p. 246.

<sup>1066</sup> Vid. Op. cit., p. 1327.

<sup>1067</sup> ALVAREZ DE LA ROSA considera que la pretensión de la norma es "que el proceso patológico que se exprese sea determinado objetivamente en el cuadro de conocimientos de la ciencia médica, huyendo de vaguedades, inconcreciones o descripciones carentes de base científica constatable". Vid. Op. cit., 9. 1329.

<sup>1068</sup> Vid. STCT 7-11-1985 (6074), que considera la esquizofrenia paranoide como incapacidad permanente absoluta: [...]dado que la posibilidad de remisión del

Para L.E DE LA VILLA Y A. DESDENTADO BONETE, la invalidez es permanente "cuando la proyección invalidante de la lesión se consolida después del tratamiento sanitario o cuando sin producirse esa consolidación -siempre relativa- el proceso de incapacidad temporal sobrepasa una determinada duración"<sup>1069</sup>.

El carácter permanente de la invalidez no significa que debe ser continuo ese estado invalidante, pudiendo admitirse los procesos de carácter discontinuo (epilepsia)<sup>1070</sup>.

Sobre el carácter permanente se han pronunciado en numerosas ocasiones nuestros Tribunales. Así, por ejemplo, en un supuesto de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional el TSJ de Cantabria en Sentencia de 12-7-1994 señala que "debe notarse que el carácter *permanente* de la enfermedad profesionalmente invalidante se identifica con el *definitivo*, según el art. 132.3 de la Ley, y *no con el continuado o constante*, en cuya confusión incurre la resolución administrativa al entender que no existe invalidez permanente porque los síntomas de la enfermedad desaparecen al dejar durante un tiempo el trabajo, cuando lo que importa es que éste no pueda ya volver a ejercerse a causa de la enfermedad producida precisamente por el desempeño profesional".

En el mismo sentido se pronuncia el TSJ de Cataluña en Sentencia de 22-10-1996<sup>1071</sup>, respecto a un supuesto de Invalidez Permanente Total derivada de enfermedad profesional *asbestosis*:

---

síndrome es cuando menos incierta y a largo plazo y mientras no remita no puede el actor prestar servicio alguno por cuenta ajena ni propia con la mínima seguridad y constancia exigibles en cualquier profesión u oficio, la situación es constitutiva de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y en tal sentido procede la estimación del recurso [...]"

<sup>1069</sup> Op. cit., p. 505.

<sup>1070</sup> Como señala ALMANSA PASTOR la duración de la incapacidad permanente es imprevisible, si bien advierte que el carácter permanente no supone la continuidad de la incapacidad, pudiendo existir una discontinuidad de la causa incapacitante como resulta en el supuesto de padecer epilepsia. Para ALARCÓN CARACUEL, M.R., GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, (Tecnos), 4ª edición, se debe entender incluido en el concepto de incapacidad permanente la posibilidad a corto o medio plazo de recuperación de la capacidad laboral si ya se ha agotado el plazo máximo de la desaparecida invalidez provisional (seis años desde que comenzó la IT). Op. cit., p. 246.

"[...] que la posibilidad de mejora o incluso desaparición, al cesar la exposición al riesgo no significa que la enfermedad no tenga *carácter definitivo*, sino sólo que está condicionada al desempeño del trabajo en que la enfermedad surgió y se reproduce o agrava. Así pues, aunque cabe que no sea continuo, sí es permanente en relación con la actividad profesional, lo cual es fundamental a la hora de calificar la incapacidad permanente pese a la posible discontinuidad de la patología, porque el criterio a que debe someterse la valoración de un estado físico como invalidante es el de su trascendencia funcional en cuanto obstativo a desempeños profesionales (...)<sup>1072</sup>".

Sobre el carácter permanente y definitivo volveremos más adelante, con motivo de la delimitación entre incapacidad permanente y traslado de puesto de trabajo.

#### 4.2. Reglas específicas aplicables a todas las enfermedades profesionales.

##### 4.2.1. Calificación. Grados.

Los elementos que el legislador tiene en cuenta para configurar los distintos grados de invalidez permanente, según L.E. DE LA VILLA, son la extensión del efecto invalidante, el tipo de trabajo que permite medir ese efecto, como esenciales o básicos, junto al de la repercusión vital de la lesión, factores económicos-sociales e individuales<sup>1073</sup>.

A efectos de calificación y grados de incapacidad no debe perderse de vista la ulterior reforma de nuestra Seguridad Social, introducida por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (LCR, en adelante)<sup>1074</sup>, que modifica la regulación de la incapacidad permanente y remite al desarrollo reglamentario la materia la calificación de la incapacidad permanente. Así

---

<sup>1071</sup> Ar./4792. Ponente: J. AGUSTÍ JULIÀ.

<sup>1072</sup> En el mismo sentido y utilizando idéntica argumentación, la Sentencia del mismo TSJ de Cataluña de 16-6-1993 [Ar./2985. Ponente: J. RUIZ DE LUNA DEL PINO], relativa igualmente a la enfermedad de asbestosis.

<sup>1073</sup> *Manual de Seguridad Social...* op. cit., p. 512.

<sup>1074</sup> Publicada en el BOE de 16 de julio. Esta Ley desarrolla los puntos de reforma de la Seguridad Social del Pacto de Toledo.

el art. 137 del TRLGSS prevé dos cuestiones importantes que deberá regular el reglamento: 1) la determinación del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo<sup>1075</sup> y 2) la elaboración de una lista de enfermedades<sup>1076</sup>, que permitirá apreciar objetivamente el grado de incapacidad permanente que se atribuye al beneficiario de la prestación, tal y como pone de manifiesto la doctrina<sup>1077</sup>.

Según BLASCO LAHOZ "la nueva orientación de la prestación por incapacidad permanente tiende a eliminar el subjetivismo en la calificación y determinación del grado de aquélla, al dirigirse hacia un sistema de listas de enfermedades o discapacidades en las que el sujeto causante debe identificarse, y una vez hecho esto el grado de incapacidad operará por sí sólo, atendiendo, no obstante, a la incidencia de la reducción de su capacidad en el desempeño de su profesión o grupo profesional<sup>1078</sup> al que pertenece, y, en definitiva, volviendo al

---

<sup>1075</sup> Con ello "no se abandona el mandato legal del art. 134 LGSS (el concepto), pero se intenta objetivar las decisiones, facilitando la aplicación de la norma con un mayor grado de intervención reglamentaria", según entiende ALVAREZ DE LA ROSA, en la obra *Comentarios a la Seguridad...*, p. 1333.

<sup>1076</sup> Algún autor entiende que la referencia legal a la lista de enfermedades debe interpretarse de forma extensiva a la lesiones, en cuanto que con ello se pretende "objetivar y delimitar las patologías que producen discapacidades y la valoración de estas discapacidades". Otro de los aspectos interesantes de la reforma introducida por la Ley de Consolidación y Racionalización se refiere a la novedosa participación de un órgano de control y vigilancia de la gestión de la Seguridad Social, como es el Consejo General del INSS, respecto a una disposición normativa. Vid. AA.VV.: *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*, Madrid, (Fundación ONCE), Colección Solidaridad 14, 1999, p. 57.

<sup>1077</sup> J.FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ pone de manifiesto que a partir de la reforma "la reducción de la capacidad de trabajo no será libremente apreciada por los órganos de evaluación que intervengan en el procedimiento abierto para el reconocimiento de la incapacidad; [...] la operación no consistirá, ya como antes, en integrar la situación de hecho en la definición legal del grado medida en términos de pérdida de la capacidad de trabajo, sino en determinar las lesiones –prueba de hecho- y comprobar – en operación casi automática- el porcentaje de reducción previsto en el baremo para ellas". En "Reflexiones sobre la reforma de la Incapacidad Permanente", *Tribuna Social*, nº 15, 2000, pp. 11 y ss.

<sup>1078</sup> La interpretación de los términos "profesión habitual" que establecía la normativa anterior era amplia, en cuanto se entendía que debía valorarse la incapacidad teniendo en cuenta la categoría profesional por encima del puesto de trabajo concreto, por lo que "no existe incapacidad para la profesión habitual si las lesiones

sistema de listas empleado en su momento para los accidentes de trabajo y vigente para las enfermedades profesionales y lesiones permanentes no invalidantes;<sup>1079</sup>

Esta Lista<sup>1080</sup> recuerda efectivamente a la lista de enfermedades profesionales, si bien en ella no se describe la enfermedad en cuestión, sino que se limita a enunciar la enfermedad así como la sustancia o actividad que genera la misma. No obstante las Ordenes Ministeriales de 1963 y 1965, que establecían normas para los reconocimientos, diagnóstico y calificación, contienen esa descripción de la enfermedad, en la medida que señalan los cuadros clínicos y los criterios para la calificación de la enfermedad<sup>1081</sup>. De tal suerte la lista de enfermedades, a desarrollar reglamentariamente, puede ser muy similar al contenido de estas disposiciones.

La nueva redacción dada por el art. 8 de la citada ley al art. 137 en cuanto a la lista de enfermedades<sup>1082</sup> y valoración de la reducción de la

---

no afectan al rendimiento en otros puestos de trabajo de la misma categoría". Vid. AA.VV: *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente...*cit., p. 68.

<sup>1079</sup> Vid. *Comentarios a la ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social* Valencia, (Tirant lo Blanch), Colección Laboral, nº 75, 1999, p. 68.

<sup>1080</sup> La doctrina ha puesto en tela de juicio la suficiencia de dicha lista. Para J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ "será harto difícil superar la dificultad técnica de especificación concreta y circunstanciada de cuantas enfermedades incapacitantes puedan presentarse, máxime teniendo en cuenta la necesaria conexión entre enfermedad y su efecto incapacitante con la actividad profesional [...], así como la conveniencia de llevar a cabo una valoración de cada caso con arreglo a un criterio de multicausalidad en la apreciación de la incapacidad a proteger, en la cual también sea tenida en cuenta la susceptibilidad individual de cada persona". Vid. "Reflexiones sobre la reforma..."cit., pp. 13-14.

<sup>1081</sup> Para la *cannabosis*, por ejemplo, los cuadros clínicos son el síndrome inicial bronquial febril, reversible, bronquitis crónica y enfisema con antecedentes indudables del síndrome anterior, signos y síntomas de fibrosis pulmonar progresiva ocasionada por la aspiración de polvo de cáñamo. Estos cuadros serán reparados por la Seguridad Social. No obstante para calificar la capacidad de la *cannabosis* es necesario acudir a otras normas o criterios como la capacidad funcional respiratoria, la capacidad funcional circulatoria y la capacidad general del enfermo, según la O.M: 15-12-1965.

<sup>1082</sup> Para BLASCO LAHOZ esta previsión legal acerca de la lista de enfermedades, que debe ser objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del INSS, es de muy difícil configuración. El problema que plantea

capacidad de trabajo no es hoy por hoy aplicable, a falta de desarrollo reglamentario, al que se instaba por el legislador al Gobierno desde el texto de la LCR<sup>1083</sup>. El problema es que más que una remisión reglamentaria, la doctrina habla de una deslegalización de la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados, apreciación que el Consejo Económico y Social (CES) pone de manifiesto en el dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley 24/1997<sup>1084</sup>. Por ello, el CES proponía que la ley definiera los distintos grados de incapacidad, evitando la deslegalización<sup>1085</sup>. Por tanto, a la espera que se dicte la lista<sup>1086</sup>, seguirá

---

la elaboración de esa lista según la doctrina radica en la suficiencia de la misma, es decir, si incluirá todos los supuestos que afecten a la capacidad del trabajo o no será lo bastante amplia, dejando algunas situaciones desprotegidas, tal y como constata el autor. Vid. *Comentarios a la Ley de consolidación...op. cit.*, p. 64.

<sup>1083</sup> De todos modos, la disposición adicional quinta bis, que añade esta Ley al TRLGSS establecía la aplicación del contenido del precepto desde el momento de entrar en vigor las disposiciones reglamentarias que debían dictarse para completar el contenido de la ley [todavía no se han dictado].

<sup>1084</sup> *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Consolidación y de Racionalización del Sistema de la Seguridad Social*, Colección Dictámenes del Consejo Económico y Social, Dictamen núm. 8/96. Sesión extraordinaria del Pleno de 27 de noviembre de 1996, *Sistema de Seguridad Social*, Avance mensual, núm. 2, febrero, 1997: "[...] no procedía tal deslegalización en ningún caso, pues la calificación y definición en sus diversos grados de las situaciones de incapacidad permanente afectaba a prestaciones básicas de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, y, por ello, debían ser definidas en la Ley, tal y como sucede en la actualidad", según expone J.F. BLASCO LAHOZ en *Comentarios a la ley de Consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social*, Valencia, (Tirant lo Blanch), Colección Laboral, nº 75, 1999, pp. 64-66.

<sup>1085</sup> BLASCO LAHOZ habla de *excesivo juego del reglamento, cuyo papel regulador se refuerza de modo muy notable, máxime si se repara en que la ley renuncia a proporcionar la definición de cada uno de los grados de incapacidad permanente y encomienda esa función a aquél*. Vid. *Comentarios a la Ley de Consolidación...cit.*, pp. 68-69.

<sup>1086</sup> Parece que el legislador apuesta por tener en cuenta para elaborar la mencionada lista la Clasificación Internacional de Enfermedades y la Clasificación Internacional de Deficiencias, Incapacidades y Minusvalías, ambas de la Organización Mundial de la Salud (junto a protocolos médicos aprobados y desarrollados por las entidades gestoras de la Seguridad Social), según se desprende del texto del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de las prestaciones por incapacidad permanente del sistema de la Seguridad Social (14-4-1998).

siendo de aplicación la legislación anterior, en la que se definían los distintos grados de incapacidad permanente.

La LCR, que mantiene los mismos grados de incapacidad, modifica el criterio de calificación de la incapacidad así como las referencias a la profesión habitual y a todo trabajo, términos aplicables respectivamente a la incapacidad permanente parcial, total y absoluta<sup>1087</sup>.

---

<sup>1087</sup> Para ALVAREZ DE LA ROSA con ello se pone de manifiesto que el criterio seguido por nuestra LGSS no es el criterio de la capacidad de ganancia –concepto más amplio que el de capacidad laboral y que incluye factores como la edad, la aptitud profesional o las condiciones de mercado- sino el criterio profesional. De modo que el criterio socioeconómico que incluye aquellos factores sólo está presente en la incapacidad total cualificada. La primacía del criterio de la capacidad laboral sobre la capacidad de ganancia es criticada por el autor: “desde el concepto mismo puede existir una quiebra importante en la apreciación de la función de la invalidez, que no debe ser otra que asegurar la recuperación de la capacidad de ganancia, contribuyendo así a realizar una sociedad sanamente solidaria, y no instrumental y malamente asistencial”. Vid. *Comentarios a la Ley de Seguridad Social...cit.*, p. 1334. VÍLCHEZ PORRAS manifiesta la importancia de la profesión del solicitante de la prestación en el Derecho Español de la Seguridad Social en cuanto que “clasifica, en función de la profesión habitual y de toda profesión u oficio, los distintos grados de invalidez que regula, salvo el caso de la gran invalidez, que no se determina basándose en criterios profesionales, sino en consideración a las necesidades de la vida cotidiana” Vid. “La protección por incapacidad permanente”, en AA.VV.: *Sistema de Seguridad Social*, Madrid, (Tecnos), 1999, pp. 309 y ss. OJEDA AVILÉS señala que en el Régimen General rige el criterio profesional para estimar la incapacidad parcial, total y absoluta, mientras que ha de utilizarse el socioeconómico para apreciar la total cualificada. La finalidad que se perseguía con este mecanismo de calificación era “impedir la interpretación jurisprudencial, por otra parte coherente con el concepto de invalidez permanente, que, ante circunstancias sociolaborales importantes, pasaba del grado de total a absoluta”. Vid. “El concepto legal de invalidez del Régimen General de la Seguridad Social”, *RPS*, nº 109, 1976, p. 49. Conviene recordar que entre esos criterios sociolaborales se encuentra el requisito de la edad, que actúa como elemento a tener en cuenta entre otras circunstancias, y que fue criticado por la doctrina por su dudosa legalidad. En este sentido, la aplicación de este complemento a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón se rige por lo dispuesto en los arts. 8 y 19 del RD 298/1973, de 8 de febrero (sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón) y la OM de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del mismo, respectivamente, que permiten la aplicación de las bonificaciones de la edad previstas para la jubilación para incrementar la pensión. Esta norma también es aplicable si el incremento afecta una pensión de cualquier otro Régimen de la

Ciertamente la Ley se refiere a la determinación del grado de incapacidad teniendo en cuenta la reducción de la capacidad de trabajo en relación con dos parámetros interpretativos, a saber: 1) la profesión que venía ejerciendo el interesado con anterioridad al hecho causante de la prestación 2) el grupo profesional en el que se encuadraba la profesión del beneficiario<sup>1088</sup>. Al respecto se ha entendido que la referencia al grupo profesional se realiza al concepto establecido en el art. 22.2 del TRET<sup>1089</sup>. El Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de la LCR propone que se modificase la redacción del precepto en los siguientes términos:

---

Seguridad Social si afecta a trabajadores que estén o hubieran estado comprendidos en aquel Régimen Especial. Sobre el particular véase *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, León, (Universidad de León), 1997, pp. 234 y ss.

<sup>1088</sup> El art. 137.2 dispone 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 aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

<sup>1089</sup> ¿? El Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de las prestaciones por incapacidad permanente del sistema de la Seguridad Social (de 14 de abril de 1998) establece en el art. 3.3 la interpretación de "grupo profesional" de acuerdo con el concepto del TRET, a saber: "Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías como distintas funciones o especialidades profesionales"¿?. La STS] de Cataluña de 9-2-2000 [Ar./1242. Ponente: E. JIMÉNEZ-ASENJO] interpreta los términos de *grupo profesional* de forma autónoma con respecto a su significado laboral, considerando que en materia de incapacidades laborales debe hacerse una valoración distinta, más general y no tan específica, a saber: "[...]Se caracteriza nuestro sistema por configurar la contingencia de incapacidad permanente, no en aras de la gravedad de unas dolencias sino por su efecto incapacitante en relación con la actividad laboral. No se trata, pues, a estos efectos de establecer un perfil preciso en las profesiones para especificar su diferenciación, lo que, actualmente, resultaría contradictorio con el carácter difuminado de los profesiogramas característicos en las actividades laborales, a partir del pase de la categoría profesional al grupo profesional (art. 39.1 ET ) sino de acoplar ese principio en materia de incapacidades permanentes. De este modo las profesiones merecen agruparse en atención a criterios diferentes respecto a los estrictamente laborales, sobreponiendo a ellos sus caracteres más genéricos en orden a si precisan o no esfuerzo físico en su ejecución y con qué intensidad, o si requieren, en cambio especiales habilidades a tal fin, como algo esencial y determinante para calibrar el impedimento".

“A efectos de la determinación del grado de 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, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad, de acuerdo con las expectativas profesionales del trabajador en la empresa en la que trabajara y en la localidad donde tuviera su domicilio.”

En materia de enfermedad profesional ambos criterios serían aplicables, por cuanto que la enfermedad profesional va ligada a una actividad concreta y tasada en el cuadro legal -como la fabricación y reparación de acumuladores de plomo, la fabricación de zinc, trabajos de fontanería (respecto a la enfermedad producida por el plomo), la destilación y refinado del petróleo (respecto a la enfermedad provocada por hidrocarburos alifáticos saturados o no), la fabricación de productos de limpieza (enfermedades causadas por cetonas), limpieza en seco (benceno, tolueno, xileno y otros homólogos del benceno)— descrita de forma muy amplia en la que se pueden integrar profesiones y grupos profesionales. Es decir, que no se definen las profesiones en el citado cuadro legal sino la actividad industrial. Así podemos encontrar en la lista legal como principales actividades capaces de producir las enfermedades profesionales referencias a la industria farmacéutica (en la que se utilizan un tipo de sustancia como las cetonas, capaces de producir enfermedad profesional), industria del calzado como quitamanchas (en la que se utilizan éteres y sus derivados, sustancias con riesgo de enfermedad profesional), industria de perfumería y de los cosméticos (cetonas), industria del caucho sintético y explosivos (cetonas), fabricación de productos de limpieza, condensadores y lubricantes (en la que se emplee derivados halogenados de los hidrocarburos aromáticos), etc.

Sin perjuicio de lo dicho, el régimen de aplicación en la actualidad, hasta que se aprueben las normas de desarrollo de la LCR es el que establecía el TRLGSS, de manera que la profesión habitual o parámetro utilizado para valorar la reducción de la capacidad laboral será aplicado en los términos siguientes: si se trata de incapacidad derivada de accidente (laboral o no) la profesión habitual se refiere a la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, si se trata de una enfermedad (profesional o común) la referencia la constituye la profesión a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el

período de doce meses anteriores a la fecha en que se inicia la incapacidad temporal de la que deriva la invalidez<sup>1090</sup>.

Sobre la interpretación de los términos “profesión habitual” el Tribunal Supremo en Sentencia de 21-11-1996<sup>1091</sup>, en asunto relativo a una invalidez permanente derivada de enfermedad profesional, señala que “a efectos de reconocer la prestación de invalidez permanente total es aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el tiempo anterior a la iniciación de la incapacidad. Esta referencia temporal concreta de 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”.

Por consiguiente el TS tiene en cuenta no sólo el elemento temporal de la profesión a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental sino también un elemento propio de la enfermedad profesional como es la existencia de compatibilidad específica con el medio de trabajo en el que ha de estar presente el trabajador para el desarrollo de la actividad profesional (en este caso se valoraba la sensibilización profesional por inhalación de ácido abiético -resinas de colofonia- que padecía la actora, encuadernadora manual en una imprenta). Ante la incompatibilidad manifiesta y previa constatación de la imposibilidad de ocupar a la trabajadora en otro puesto de trabajo en la empresa que estuviera exento de riesgo- el Tribunal reconoce la invalidez permanente total.

Ciertamente la relación entre ambiente de trabajo y enfermedad profesional constituye uno de los elementos caracterizadores de la enfermedad profesional frente al accidente de trabajo, tal y como pone de manifiesto la doctrina:

“[...] mientras que en el accidente de trabajo la relación es la genérica accidente-trabajo, en la enfermedad profesional tiende a

---

<sup>1090</sup> En el mismo sentido, vid el art. 12.3 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se regula el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas.

<sup>1091</sup> Ar./8713. Ponente: A. MARTÍN VALVERDE.

ser la específica, tal enfermedad profesional-tal ambiente de trabajo”<sup>1092</sup>.

No cabe duda de que ese factor constituye una pieza esencial del concepto de enfermedad profesional que protege la Seguridad Social, establecido en el art. 116 del TRLGSS, cuando se refiere a la acción de elementos o sustancias presentes en las actividades listadas que provocan esa dolencia. Esa conexión entre enfermedad profesional y ambiente de trabajo determina que la incompatibilidad del enfermo con el mismo, una vez recuperado de su dolencia, impida la reincorporación al trabajo y sea necesario buscar soluciones alternativas, que están previstas en la LGSS, ya sea directamente o bien a través de la remisión a las normas reglamentarias específicas (REP):

“[...] en la enfermedad profesional el trabajador que la ha padecido ha mostrado su falta de resistencia a la enfermedad de su organismo, o este ha quedado debilitado en sus defensas contra ella, siendo insensata y antisocial la reincorporación a su trabajo anterior. Lo que hace que la doctrina de las incapacidades presente caracteres nuevos”<sup>1093</sup>.

Justamente estas peculiaridades de la incapacidad y su relación con la remoción del trabajador del puesto de trabajo con riesgo a otro exento del mismo constituye el objeto del epígrafe siguiente.

Así las cosas la hipotética lista de enfermedades de carácter reglamentario que debe desarrollar el precepto de la LGSS no puede descuidar esa peculiaridad de la incapacidad permanente derivada de la enfermedad profesional, en la que se valora la profesión desde un punto de vista amplio en relación con el ambiente de trabajo.

A mayor abundamiento existe en materia de enfermedades profesionales otra precisión muy importante a la norma de que la profesión habitual de los doce últimos meses a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental constituye el parámetro a valorar para declarar la incapacidad permanente, a saber: ese criterio debe ser

---

<sup>1092</sup> M. ALONSO OLEA, J.L. TORTUERO PLAZA, en *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, (Civitas), décima edición, 2000, p. 182.

<sup>1093</sup> ALONSO OLEA, TORTUERO PLAZA: *Instituciones de la Seguridad Social...* cit., p. 182.

interpretado de forma flexible y permitir su valoración cuando ha transcurrido mucho más tiempo del señalado entre la profesión generadora de la enfermedad profesional y la aparición de la incapacidad derivada de esa patología. Evidentemente existen enfermedades profesionales que aparecen tras un largo período de incubación, cuando el trabajador ya ha abandonado esa profesión con riesgo o incluso se encuentra en situación de inactivo. Evidentemente no tiene sentido valorar la incapacidad teniendo en cuenta su profesión actual que no tiene relación con la enfermedad. De ahí que la jurisprudencia consciente de esas notas haya permitido una exégesis del precepto más dilatada. Así en STSJ de Andalucía/Sevilla, de 5-5-1997<sup>1094</sup> la Sala reconoce la invalidez permanente total de un trabajador en activo pero afiliado al RETA derivada de una asbestosis que contrajo por el contacto con ambiente pulvígeno en su anterior profesión. Esta es su argumentación:

"[...] Sin embargo, tal enfermedad profesional catalogada es un proceso lento que aparece con el paso del tiempo, incluso cuando ya el trabajador no se encuentra en activo o está ya jubilado, lo que no impide, como de forma reiterada declara el Tribunal Supremo y esta Sala, lucrar la prestación a que hubiera tenido derecho, pues se le considera como si hubiera estado en activo en el momento en que produjo el efecto invalidante, siendo la profesión habitual a los efectos de la calificación la que produjo la enfermedad, pues vino a generarse por el contacto con el ambiente pulvígeno, aunque su aparición inhabilitante se produjera con posterioridad; por lo que, de acuerdo con esta doctrina, padeciendo el actor la indicada enfermedad asbestosis, ocasionada por la inhalación de polvo de amianto en la realización de sus tareas habituales en la Empresa "Uralita, S.A" y tratándose de una enfermedad catalogada, incluida dentro del cuadro aprobado por el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, ha de considerarse inhabilitado par aquella profesión y declarar la invalidez total derivada de enfermedad profesional con derecho a prestación a cargo del INSS, con absolución de la empresa y mutua codemandadas."

---

<sup>1094</sup> Ar./3858. Ponente: R. GÓMEZ RUIZ.

#### 4.2.2. Relación entre incapacidad permanente y traslado de puesto de trabajo.

El carácter permanente de la incapacidad, que no es sinónimo de continuo o constante como ha considerado la doctrina<sup>1095</sup> y la jurisprudencia<sup>1096</sup>, plantea su delimitación en materia de enfermedades profesionales con respecto al traslado de puesto de trabajo, medida preventiva establecida por el REP.

La jurisprudencia del extinto TCT pone de manifiesto que no es una cuestión nueva sino que se plantea desde la aparición de la normativa específica protectora de la enfermedad profesional. La problemática reside en la aplicación de los preceptos reglamentarios específicos o los preceptos generales de la Ley General de Seguridad Social, teniendo en cuenta los principios generales de jerarquía normativa y de especialidad versus generalidad de las normas, que rigen la relación entre normas del Ordenamiento Jurídico de distinto rango y vocación (universal o limitada).

---

<sup>1095</sup> ALVAREZ DE LA ROSA considera que el término técnico jurídico "permanente" se refiere a un estado de invalidez y no a la enfermedad en sí misma considerada. "Es permanente pues, el estado invalidante que ha disminuido la capacidad de trabajo y ello en el sentido que la constatación de dicho estado comporte un juicio de permanencia, no absoluta, relativa de la situación biológica y socioeconómica referido al sujeto protegido o, en otros términos, un juicio de probabilidad que el estado invalidante será de larga duración por tiempo imprecisable". Vid. *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social...*, p. 1331.

<sup>1096</sup> STSJ Madrid de 16-7-1996 [Ar./3315. Ponente: M. CALVO IBARLUCEA], en la que resulta ser criterio de la Sala la teoría de que no cabe equiparar a incapacidad permanente secuelas de naturaleza crónica que por un tiempo prolongado, pero no definitivo, aquejan al beneficiario, STSJ La Rioja 4-5-99 [Ar./5977. Ponente: I. ESPINOSA CASARES], según la cual permanente es sinónimo de definitivo, es decir, que la reducciones anatómicas o funcionales son previsiblemente definitivas, incurables e irreversibles "siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez 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", STSJ Andalucía/Granada, de 5-1-1993 [Ar./44. Ponente: E. LEÓN SOLA], STSJ Murcia de 19-1-1994 [Ar.91. Ponente: J. SAMPER JUAN], entre otras muchas.

La cuestión se fundamenta en la disyuntiva que se le plantea al órgano juzgador de aplicar la regulación prevista en la LGSS sobre incapacidad permanente o aplicar unas normas, de las que se duda de su vigencia, y que hacen al beneficiario de peor condición si comparamos su situación con la del sujeto beneficiario de una prestación de incapacidad permanente derivada de contingencia común.

Sirva como ejemplo la Sentencia del TSJ Cataluña, de 26-7-1999<sup>1097</sup> en la que se mantiene que la aplicación de los artículos de la Orden de 9-5-1962 sobre el traslado de puesto de trabajo no puede suponer un trato peyorativo al trabajador con respecto a la protección por invalidez permanente prevista en el TRLGSS: “[...] abstracción hecha de la defectuosa protección del trabajador que supone, hace de peor condición a la enfermedad profesional que a la común con vulneración de las normas legales sobre calificación de la invalidez permanente aplicables a una y otra, sobre las que no pueden prevalecer las referidas reglamentarias por su inferior rango normativo”<sup>1098</sup>.

---

<sup>1097</sup> Ar./6502. Ponente: F. SOLER FERRER.

<sup>1098</sup> No obstante, las Sentencias de este mismo Tribunal de 11-1-1999 [Ar./76. Ponente: O. MARZAL MARTÍNEZ] sigue la doctrina del TS que admite su aplicación. Estos son los argumentos que utiliza la Sala: “Las Sentencias del TS de 9-3-1988, 27-6 y 22-12-1994 recuerdan la plena vigencia de tales preceptos que establecen la triple posible alternativa: cambio de puesto, baja en la empresa u otros medios análogos. Estableciendo la doctrina jurisprudencial que cuando la enfermedad devenga irreversible y le inhabilite con carácter permanente para desarrollar los posibles puestos de trabajo, será cuando proceda la declaración de la Invalidez Permanente pero no cuando aparezca con problemas circunscritos a un puesto de trabajo solamente y, en parte, como resulta en el presente asunto”. La STS de 27-6-1994 [Ar./5490. Ponente: R. MARTÍNEZ EMPERADOR] que cita el TSJ de Cataluña parte de la idea de aplicar los arts. 45 a 48 cuando “la enfermedad de origen profesional que padece el trabajador, aun incapacitándole para desempeñar las funciones propias de su profesión, no le privan de aptitud para cometidos laborales distintos, por lo cual su baja en la empresa ha de reportarle la protección que establece el citado artículo 48 y no el reconocimiento de invalidez permanente total”. Asimismo reconoce el Tribunal que la norma del art. 48 que dispone la baja cuando no pueda ser trasladado “condiciona su mandato a que el referido mal profesional sólo inhabilite para el desempeño de ciertos puestos de trabajo que por las circunstancias que les son propias perjudiquen la enfermedad, lo cual denota que pueden existir otros, correspondientes a la categoría profesional del trabajador, cuyo eventual desempeño no generaría las indicadas consecuencias [...] Consiguientemente, cuando la enfermedad profesional padecida, cual es el caso, presenta carácter

Asimismo, la Sentencia de 25-1-99 de aquel tribunal<sup>1099</sup> señala, además, que aunque pudiera realizar otro puesto de trabajo compatible con la enfermedad profesional que padece no es óbice para reconocer la IPT para la profesión habitual y "continúe prestando servicios en la misma empresa o en otra distinta, aunque en otro puesto de trabajo, siendo compatible la pensión con la percepción de un salario". Lo importante para calificar la invalidez, según la Sala, es la permanencia de la dolencia en relación con la actividad profesional pese a la posible discontinuidad de la patología (dermatitis en este caso) "porque el criterio a que debe someterse la valoración de un estado físico como invalidante es el de su trascendencia funcional en cuanto obstativo a desempeños profesionales".

La STSJ de Cantabria de 12-7-1994<sup>1100</sup> también constituye un exponente de la teoría que aplica el TSJ de Cataluña:

"Segundo: La enfermedad descrita en el informe médico acogido en los hechos probados inhabilita al trabajador para la realización de las tareas fundamentales de su profesión de oficial carpintero porque el polvo de madera le produce rinoconjuntivitis alérgicas. La dolencia es permanente porque no cede con tratamientos, aunque no sea continua en sentido biológico, ya que desaparecen los síntomas al cesar la exposición al elemento causante. Así pues, impide el desempeño profesional con carácter definitivo, que es a lo que responde el concepto de la invalidez permanente total en el art. 135.4 de la Ley General de la Seguridad social. El sentido de la doctrina de esta Sala en dicha materia, expresada en las sentencias que citan la recurridas y las partes impugnantes del recurso, es que la enfermedad profesional no puede obtener trato menos favorable que la común o que el accidente de trabajo, a efectos de calificar la invalidez permanente, y que los preceptos reglamentarios invocados en el recurso ceden ante los legales en virtud del principio de jerarquía normativa y requieren, en último término, condiciones que

---

irreversible, inhabilitando permanentemente para el desempeño de cualquier puesto de trabajo para la categoría profesional ostentado por el trabajador, resulta evidente que procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total y el abono de la pensión correspondiente".

<sup>1099</sup> Ar./1100. Ponente: J. AGUSTÍ JULIÀ.

<sup>1100</sup> Ar./2985. Ponente: F.J. SÁNCHEZ PEGO.

posibiliten su aplicación efectiva, que en el presente supuesto no se dan"

<sup>1101</sup>

Especialmente esa confrontación entre la aplicación de los preceptos generales de la LGSS y las normas reglamentarias específicas relativas a la enfermedad profesional se ha puesto de manifiesto constantemente en la jurisprudencia a la hora resolver situaciones en las que están presentes dolencias de tipo alérgico que aparecen al estar el trabajador en contacto con determinadas sustancias o en determinados lugares pero que desaparecen o remiten al mover al sujeto afectado por ese contacto, v.gr: dermatitis o dermatosis profesional de contacto con sustancias como el cemento o asma bronquial de origen alérgico al polvo<sup>1102</sup>.

El asma profesional con derecho a reparación es una patología ocupacional incluida en apartado C) del cuadro de enfermedades profesionales (*Enfermedades provocadas por la inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados*) en el epígrafe 5, en el que se relacionan las actividades que pueden generar ese tipo de patologías.

---

<sup>1101</sup> Otras resoluciones jurisprudenciales en las que se pone en entredicho la normativa reguladora del traslado y se da preferencia a las disposiciones de la LGSS son las STS] Cataluña 16-6-93 [Ar./2985. Ponente: J. RUIZ DE LUNA DEL PINO], SSTS] Cantabria de 18-1-1995 [Ar./201. Ponente: R. LÓPEZ-TAMES IGLESIAS], 18-9-1995 [Ar./3230. Ponente: M. SANCHA SAIZ]. En todas ellas se utiliza la misma argumentación para aplicar las normas sobre la incapacidad permanente con rango legal generales, con preferencia a las normas reglamentarias, aunque sean específicas.

<sup>1102</sup> Según el INSHT, el asma es una enfermedad inflamatoria de las vías aéreas, que se produce como respuesta del organismo ante la exposición a polvos, sustancias químicas, vapores o humos. Estos productos actúan como "sensibilizadores" - sustancias que provocan reacciones alérgicas"- o como "irritantes", produciendo una inflamación de la mucosa de vías aéreas y espasmos del músculo liso de sus paredes, lo que provoca una obstrucción al paso del aire. Las principales actividades relacionadas con el asma ocupacional son la carpintería, pintura de automóviles, agricultura y ganadería, panadería y confitería, industria química, galvanizados, industria de plásticos y resina, industria farmacéutica, industria de detergentes. Documentación Folletos. Según el diccionario médico el *asma ocupacional* es el "Proceso patológico del sistema respiratorio a consecuencia de la exposición laboral a alérgenos u otras sustancias irritantes. Es más común entre personas que trabajan con detergentes, cedro rojo, algodón, lino cáñamo, grano, harina y piedra. *Diccionario de Medicina Océano Mosby*, Barcelona (Editorial Océano), 1996.

Conviene tener presente que el RD 1995/1978, de 12 de mayo, que aprueba el vigente cuadro de enfermedades profesionales deroga el Decreto anterior y disposiciones complementarias al mismo, entre las que se hallan las normas reglamentarias de carácter médico por las que se ha de regir los reconocimientos, diagnóstico y calificación de las enfermedades profesionales (ORM1963 y ORM1965). No obstante, es admitida su aplicación por la doctrina y la jurisprudencia a falta de un desarrollo del Real Decreto mencionado.

Aquella norma reglamentaria (Orden de 12 de enero de 1963) sí que definía los cuadros clínicos con derecho a reparación así como las normas para la calificación de la capacidad. De modo que si el cuadro clínico era de *"crisis disneicas paroxísticas con braquipnea respiratoria entrecortada por períodos de calma absoluta y capacidad respiratoria normal, revelando la prueba de Tiffenau una sensibilidad anormal broncoconstrictora"* el trabajador sería trasladado a puesto de trabajo libre de sustancia o sustancias alergizantes o bien estaría incurso en una incapacidad temporal. En ambos casos el trabajador se sometía a tratamiento desensibilizante. La incapacidad permanente procedía declararla si ese tratamiento no daba resultado eficaz o incluso si fuera de la exposición al riesgo continuaran presentándose crisis asmáticas paroxísticas. Por tanto, ante la inexistencia de una norma específica que defina los cuadros clínicos y fije criterios para el diagnóstico de la enfermedad y la calificación de la capacidad, como hacían las Ordenes de 12-1-1963 y de 15-12-1965 habrá que estar a los criterios de calificación generales previstos en el TRLGSS para todas las contingencias<sup>1103</sup>.

---

<sup>1103</sup> Sobre el asma profesional véanse las siguientes Sentencias: STSJ Madrid, de 13-4-99 [Ar./2532. Ponente: C. MORALES VALLEZ], asma profesional por sensibilización a enzimas de detergentes y látex, reconocimiento de una IPT para la profesión de limpiadora, "al estar obligada la actora por su profesión a estar en contacto con los productos de limpieza a los que se encuentra sensibilizada", STCT 5-11-1985 [Ar./6018. Ponente: ] sobre asma alérgico: "[...] ya que la dolencia del actor es asma bronquial de origen alérgico atópico al polvo de la factoría y esta dolencia si bien le incapacita para la realización de las tareas fundamentales de su profesión de "ayudante" no le impide dedicarse a trabajos de escaso esfuerzo y en lugares donde no respire el polvo que le ocasiona su enfermedad, máxime si se tiene en cuenta que el informe médico del Folio 14 afirma que mejoraba en cuanto pierde el contacto con su actual puesto".

Por otro lado, la dermatitis de contacto<sup>1104</sup> originadas por el contacto con determinadas sustancias del ambiente laboral constituye otra de las enfermedades profesionales más habituales, en un sector de actividad con alta siniestralidad como es la construcción. Para hacernos una idea del alcance de las dermatosis profesionales, los cuadros clínicos con derecho a reparación, según la Orden de 12-1-1963, eran las dermatitis de contacto ortoérgicas (*Las provocadas por las sustancias irritativas manejadas en el trabajo que no determinen estado de sensibilización y que pueden tener origen físico-químico o biológico*), las dermatitis alérgicas precoces (*Las que presentadas durante el período de prueba del obrero para el trabajo han sido desencadenadas por factores físicos, químicos o biológicos alergizantes, comprobados por las pruebas específicas de sensibilidad cutánea*), las dermatitis alérgicas tardías (*las presentadas después de llevar tiempo manejando la sustancia o sustancias del trabajo causantes de la misma y cuyos alérgenos sensibilizantes han sido comprobados por las pruebas específicas de sensibilidad cutánea*) y las toxidermias (*manifestaciones cutáneas presentadas en los cuadros tóxicos generales de las enfermedades profesionales*).

El TCT ya señaló en Sentencia de 3-6-1980<sup>1105</sup> que no era obligado seguir con los trámites previstos en el art. 48 de la Orden de 9 de mayo de 1962 (REP) cuando existía una dolencia incapacitante definitiva que permita la calificación como Invalidez Permanente, a raíz de un supuesto de dermatosis<sup>1106</sup>.

---

<sup>1104</sup> Según el diccionario médico citado se trata de una erupción cutánea originada por un irritante primario o un antígeno sensibilizante. La dermatitis por irritante primario no es de tipo alérgico; el agente, que puede ser un jabón alcalino o un ácido, produce una lesión similar a una quemadura térmica. [...] La dermatitis por antígeno sensibilizante o alérgica se debe a que el primer contacto con el agente provoca un cambio inmunológico en algunos linfocitos, que en exposiciones siguientes son estimulados y liberan sustancias irritantes que originan inflamación, edema y formación de vesículas [...]. *Diccionario Médico*, cit., p. 361.

<sup>1105</sup> Ar./3275.

<sup>1106</sup> El recurrente argumentaba que, sin perjuicio de entender que la dermatosis que sufría el actor no tenía etiología profesional, “en todo caso, no se han seguido los reconocimientos y períodos sucesivos que se inician con el de observación, y que antes de llegar al de invalidez permanente pasa por el cambio de puesto de trabajo”. La Sala replica que “el incumplimiento de los trámites y períodos establecidos en el art. 43 citado [sic] sea imputable en modo alguno al trabajador, que en la actualidad

Así la STCT 5-11-1981 (6460) reconoce la IPT del trabajador que contrae una dermatosis por sensibilización a las resinas sintéticas: "Que como tiene dicho esta Sala repetidas veces [...] si la dermatosis de contacto tiene su causa en la manipulación de una determinada sustancias, que ha de ser utilizada normalmente en el trabajo, aunque la dolencia remita al mantenerse el operario alejado del trabajo habitual, y, consiguientemente, de la sustancia alergógena, pero que recidiva siempre que se vuelve a la actividad profesional, ha de colegirse que esa situación es definitiva y que la dolencia no es susceptible de curación, y, por ello, ha de declararse la existencia de una incapacidad permanente total". Pero lo más significativo es el fundamento de esta decisión judicial y es que no aplica el precepto de la LGSS sino lo dispuesto en la Orden de 12-1-1963 que aprueba las normas reglamentarias para el reconocimiento, diagnóstico y calificación de las enfermedades profesionales:

"pues en su ap. V, núm. 2, a) ap/5/, sostiene que si la dermatosis profesional que presenta el obrero no es susceptible de curación se definirá una invalidez de carácter permanente; no pudiendo caber el simple cambio de puesto de trabajo, porque como también tiene dicho la Sala [...] referido cambio es una situación de los trabajadores en orden a las enfermedades profesionales prevista en el art. 43 de las Normas Reglamentarias de 9 mayo 1962, pero en su art. 45 el propio Reglamento dispone tal medida se aplicará en los casos, en que, como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión pueda ser detenida mediante el traslado del trabajador a puesto exento del riesgo, lo que obviamente no es aplicable al supuesto litigioso en el que la enfermedad ya se ha manifestado con entidad patológica significativa e importante"<sup>1107</sup>.

---

por su queratodermia de contacto, está imposibilitado para realizar los trabajos de su profesión de carpintero y por tanto, en situación de incapacidad total permanente para su trabajo habitual".

<sup>1107</sup> Otros pronunciamientos del TCT sobre dermatitis profesional son los siguientes: STCT 9-12-1983 (10697), en la que se considera inaplicable el traslado puesto que ha sido infructuoso (no ha conseguido detener el avance de la enfermedad), por lo que la Sala reconoce la incapacidad total del trabajador por enfermedad profesional—

Asimismo los Tribunales Superiores de Justicia han mantenido estos criterios. Así el TSJ Cantabria en Sentencia de 12 de julio de 1994<sup>1108</sup> señala que si concurren los requisitos para calificar la invalidez permanente en el grado que corresponda debe reconocerse, con independencia del carácter no continuado o constante de la dolencia o lesión que causa la invalidez. Rechaza la Sala la tesis defendida en la Resolución administrativa que considera que no existe invalidez permanente porque los síntomas de la enfermedad desaparecen al dejar durante un tiempo el trabajo, "cuando lo que importa es que Éste no pueda ya volver a ejercerse a causa de la enfermedad producida precisamente por el Desempeño profesional".

---

dermatosis; STCT 18-9-1984 (6964): la entidad recurrente considera que la enfermedad que padece el actor puede ser causa de IT o de traslado a otro puesto de trabajo, sin embargo, la Sala entiende que "la enfermedad que padece el accionante consistente en dermatosis alérgica profesional por contacto con el cemento constituye incapacidad permanente total para su profesión u oficio de albañil, por ser la sustancia causante de la enfermedad de uso tan común en su profesión de albañil y actividad de la construcción"; la STCT 29-10-1981 (6233) resuelve un supuesto de dermatosis por sensibilización al cemento o "dermatosis" de contacto al cemento: "el actor, albañil de profesión padece de reacción al cemento, sufriendo de quemaduras químicas que se repetirán cada vez que tenga que trabajar con dicho material, ya que tiene que evitar el contacto con todas las sustancias en cuya composición intervenga el dicromático potásico por lo que, para curar al actor de los efectos de la enfermedad, es preciso que se aleje de tal sustancia definitivamente, pues los eczemas se repetirán cada vez que contacte con el material; [...] la situación como constitutiva de incapacidad permanente total para la profesión habitual, pues el único cambio de puesto de trabajo posible es a otro ajeno a la profesión habitual del actor." En el mismo sentido resuelve la Sala del TCT en Sentencia de 12-6-1980 (3483): "el actor está impedido para la actividad profesional de referencia, por cuanto es la falta o disminución de la capacidad de trabajo y no el déficit funcional lo que determina la existencia de la incapacidad permanente total para la profesión habitual definida en el art. 135.4 de la LGSS [...] y aunque es cierto que el cambio de puesto de trabajo está previsto para determinados supuestos en el ap. 5 de la Orden de 12 enero 1963 no resulta aplicable en el caso concreto a la actividad profesional del actor que no es concebible sin el contacto con el cemento, siendo oficial albañil [...]" Otras Sentencias del TCT sobre dermatitis de contacto o dermatosis profesional son S. 2-11-1976 (Ar./4941), S. 2-6-1980 (Ar./3224), S. 3-6-1980 (Ar./3275), S. 12-6-80 (Ar./3480), S. 9-12-1986 (Ar./13336), S. 10-12-1986 (Ar./13413), entre otras muchas.

<sup>1108</sup> Ar./2985. Ponente: F.J. SÁNCHEZ PEGO.

Sobre la dermatitis profesional de contacto con sustancias se han pronunciado los tribunales en numerosas ocasiones. Así la STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999<sup>1109</sup> analiza un supuesto de aplicación de los arts. 45 a 48 del REP versus los artículos de la LGSS sobre invalidez permanente y llega a la conclusión de absolver a la Entidad Gestora al considerar aplicables al caso el traslado de la trabajadora (eczema o dermatitis que se manifiesta al contacto con objetos o materiales que contienen sulfato de níquel) para evitar la progresión de la enfermedad.

#### 4.2.3. Diferencias con las lesiones permanentes no invalidantes.

Las lesiones permanentes no invalidantes se regulan en los arts. 150-152 del TRLGSS. Se trata de lesiones, mutilaciones o defectos que disminuyen o alteran la integridad física pero que no tienen relevancia para constituir un grado de incapacidad permanente. ALMANSA PASTOR considera que no constituye una situación de necesidad que suponga un exceso de gastos o defecto de ingresos porque únicamente suponen una disminución o alteración de la integridad física del trabajador pero no presupone una incapacidad laboral<sup>1110</sup>.

Coinciden con la incapacidad permanente en el carácter definitivo o permanente de la lesión pero difieren en otro punto esencial, como es la inexistencia de un estado invalidante. No obstante esas lesiones no invalidantes, pero que suponen una disminución o alteración de la integridad física dan derecho a prestaciones, sí están fijadas en un baremo. Efectivamente hay una alteración de la salud pero no es de tanta entidad como para generar una invalidez permanente: su incidencia en la disminución de la capacidad laboral es mínima y no alcanza los porcentajes de reducción de esa capacidad fijados para la incapacidad permanente (mínimo 33 por 100 —que se corresponde con la

---

<sup>1109</sup> Ar./76. Ponente: O. MARZAL MARTÍNEZ.

<sup>1110</sup> Vid. op. cit., p. 420.

incapacidad permanente parcial- y máximo 100 por 100 –Gran invalidez)<sup>1111</sup>.

Esas diferencias entre las situaciones descritas supone la incompatibilidad de la prestación económica para incapacidad permanente en cualquiera de sus grados y la percepción de cantidades a tanto alzado por lesiones permanentes no invalidantes<sup>1112</sup>.

En el ámbito de las enfermedades profesionales esta distinción se pone de manifiesto en relación con una patología profesional muy conocida como es la sordera profesional o hipoacusia. Esta enfermedad profesional está recogida en el epígrafe 3 (*Hipoacusia o sordera provocada por el ruido*) dentro del grupo de las *Enfermedades profesionales producidas por agentes físicos*<sup>1113</sup>.

La sordera profesional, según la Orden de 15-12-1965 (normas reglamentarias para la calificación, reconocimiento y diagnóstico de las enfermedades profesionales) se define como “la sordera de percepción, irreversible, bilateral, de origen nervioso y especialmente coclear, que afecta a las frecuencias conversacionales y es el resultado de la evolución un hipoacusia progresiva y sordera de la zona supraconversacional del campo auditivo”. El diagnóstico de la enfermedad debe basarse en la historia laboral de exposición al riesgo, en la anamnesis de los síntomas,

---

<sup>1111</sup> Sobre las diferencias entre lesiones permanentes no invalidantes e incapacidad permanente parcial vid. STSJ Cataluña, 25-9-98, Ar./6951. Ponente: A. MATÍAS COLINO REY.

<sup>1112</sup> Art. 152 LGSS, art. 16.2 del Decreto 3158/1966, 23-12, art. 47 O. 15-4-1969. La única excepción a la incompatibilidad es que las lesiones que derivan del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sean totalmente independientes de las que se hayan tomado en consideración para declarar la invalidez permanente.

<sup>1113</sup> En este grupo se incluyen también las enfermedades provocadas por radiaciones ionizantes, catarata producida por la energía radiante, enfermedades provocadas por trabajos con aire comprimido, enfermedades de las bolsas serosas debidas a la presión, celulitis subcutáneas, enfermedades por fatiga de las vainas tendinosas, de los tejidos peritendinosos, de las inserciones musculares y tendinosas, lesiones del menisco en las minas y trabajos subterráneos, arrancamiento por fatiga de las apófisis espinosas, parálisis de los nervios debidas a la presión y nistagmus de los mineros.

en la exploración de los signos clínicos, así como en la exploración audiométrica<sup>1114</sup>.

La sordera profesional podrá ser constitutiva de una incapacidad permanente o de una lesión permanente no invalidante, según la importancia o gravedad de la alteración de la salud que provoca y su relación con la capacidad laboral.

El baremo anexo a la Orden de 15 de abril de 1969, que desarrolla las prestaciones por invalidez en el Régimen General) incluía en el primer apartado tres tipos de hipoacusia indemnizables por baremo<sup>1115</sup>, a saber: 1) *hipoacusia que no afecta la zona conversacional en un oído, siendo normal la del otro*, 2) *hipoacusia que afecta la zona conversacional en un oído, siendo normal la del otro*, 3) *hipoacusias que afectan la zona conversacional en ambos oídos*.

Si la hipoacusia profesional no afecta a la zona conversacional dará lugar al cambio de puesto de trabajo, según los criterios médicos fijados en la ORM-1965 para calificar la enfermedad. Sin embargo, cuando afectan a la zona conversacional dan lugar a incapacidad permanente parcial, como mínimo, según aquella norma. Esta regla es contraria a la prevista en el Baremo señalado, ya que la respuesta es la indemnización por una hipoacusia que afecta a la zona conversacional en ambos oídos<sup>1116</sup>. Hay aquí una incongruencia normativa que puede saldarse con

---

<sup>1114</sup> Los criterios de valoración de las exposiciones al ruido, que pueden perjudicar al trabajador, viene establecidos en el RD 1316/1989 sobre Protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de la exposición al ruido durante el trabajo, que determina los criterios de valoración (cómo se va a realizar, cuándo, y a cuántos trabajadores va a afectar esa medición)

<sup>1115</sup> Este baremo ha sido modificado en diversas ocasiones, la última modificación se realiza por la OM de 16-1-1991 que incrementa el importe de las indemnizaciones, ya desfasadas, pasando de 12.000, 24.000 y 36.000 ptas en su origen a 102.000, 204.000, 303.000 ptas respectivamente.

<sup>1116</sup> Según el INSHT la hipoacusia por ruido es bilateral y casi siempre simétrica, es decir, afecta a los dos oídos por igual y es irreversible. El ruido en el ambiente de trabajo produce efectos auditivos y no auditivos. La hipoacusia está en el primer grupo. El INSHT expone del siguiente modo los efectos auditivos: "La permanencia en ambientes ruidosos puede alterar las terminaciones nerviosas de la cóclea y perder éstas su capacidad de generar estímulos nerviosos. El trabajador expuesto al ruido intenso nota, los primeros días, que oye menos al salir del trabajo; este

la aplicación del principio de sucesión normativa de normas: la norma que establece el baremo es posterior y prima sobre la Orden de 1965. De manera que habrá que valorar qué tipo de sordera aqueja al trabajador y cuál es su incidencia en la capacidad laboral.

La jurisprudencia del TCT dejó muy claro cuál debía ser la respuesta, basándose en la distinción entre sordera profesional plena/no plena, si bien no define esos términos. Vid. Por todas la Sentencia de 2-6-1982 (3349) que recoge la citada doctrina<sup>1117</sup>:

“Las sorderas plenas con pérdida absoluta de la agudeza auditiva son constitutivas de una incapacidad permanente total para la profesión habitual, y más que por el déficit funcional que proporcionan al operario que las padece, por el peligro que representa para el mismo laborar y moverse en un ambiente laboral con peligro de máquinas y herramientas que su utilización puede originar daños personales de no tener la precaución proveniente no solamente de lo percibido por la vista sino a través del oído; mientras que las sorderas que no son plenas, no constituyen ninguna invalidez permanente sino que han de ser indemnizadas conforme al baremo anejo a la O. 15 de abril 1969, pudiendo, en su caso, dar lugar al cambio de puesto de trabajo si fuera preciso paliar la situación en que queda el trabajador a causa de su dolencia profesional; sosteniendo por último que cuando la sordera se deba a causas extrañas al trabajo, se trata de una enfermedad común que no puede ser indemnizada por la vía propia legalmente señalada para los accidentes de trabajo”

Así las cosas, parece evidente la distinción entre incapacidad permanente total y lesión permanente no invalidante. Todo lo contrario a la distinción entre esta última e incapacidad permanente parcial. La lista de enfermedades que debería aprobar el Gobierno para regular la calificación de la incapacidad permanente debería dejar claro los términos para valorar los efectos de una hipoacusia y fijar los límites entre una enfermedad profesional que genera una incapacidad

---

fenómeno, de mayor o menor duración se llama disminución temporal de la capacidad auditiva y se produce por fatiga de las fibras nerviosas, recuperándose poco a poco la audición al cesar la exposición al ruido”. Entre los efectos no auditivos se encuentran los efectos respiratorios, cardiovasculares, digestivos, visuales, endocrinos y efectos sobre el sistema nervioso. Vid. *Condiciones de trabajo y salud*, (MTAS), 1998, 3ª Edición, pp. 59 y ss.

<sup>1117</sup> Otras Sentencias del TCT sobre el particular son las siguientes: S. 7-12-1976 (5921), S. 3-12-1981 (7156), S. 11-7-1983 (6770), S. 2-12-1985 (6686).

permanente parcial o que constituye una lesión no invalidante indemnizable a tanto alzado<sup>1118</sup>.

Por otro lado existen otras lesiones catalogadas en el baremo que pueden derivar de una enfermedad profesional. Así la deformación o perforación del tabique nasal, indemnizable con 102.000 ptas., puede derivar del contacto con el cromo, una sustancia incluida en el cuadro legal de enfermedades profesionales (epígrafe 5, Grupo A) *Enfermedades Profesionales producidas por los agentes químicos*, que puede generar los siguientes cuadros clínicos: atrofia y ulceración de las mucosas nasales y perforación del tabique, úlceras cutáneas únicas o múltiples, dermatosis (erupciones vesiculosas o papulosas, eczemas seco o húmedo), úlcera gástrica (cuando a ella se suman otros cuadros de intoxicación por compuesto de cromo), cáncer de pulmón (cuando durante cinco años precedentes a su presentación clínica el trabajador hubiera presentado algún cuadro de intoxicación por compuestos de cromo), según la Orden de 15-12-1965.

En este caso para calificar la capacidad permanente derivada de la enfermedad profesional causada por el cromo será necesario tener en cuenta el conjunto de síntomas y secuelas y su repercusión sobre la capacidad laboral. Por tanto el criterio para delimitar los supuestos de incapacidad permanente o lesión indemnizable cuando se trata de una perforación del tabique nasal será la incidencia de la lesión en la capacidad profesional.

#### 4.2.4. Nacimiento del hecho causante y fecha inicial de devengo de la prestación.

Son dos cuestiones distintas la fecha del hecho causante y la fecha de los efectos económicos de la prestación, aunque son conceptos interdependientes. No es posible que la prestación despliegue sus efectos si no ha nacido previamente el hecho causante de la misma<sup>1119</sup>.

---

<sup>1118</sup> En ambos casos la prestación consiste en una cantidad a tanto alzado (cfr. art. 139.1, art. 150 TRLGSS)

<sup>1119</sup> Como expone muy bien el TCT en Sentencia de 22-2-1987 (29113): “[..] pues el hecho causante sirve, entre otros efectos, para determinar el momento de inicio de la responsabilidad económica de la Aseguradora de la incapacidad permanente[...].”

Como expone VILCHEZ PORRAS es importante precisar la fecha del hecho causante de la prestación “ya que puede condicionar la normativa aplicable, los efectos económicos, o el responsable de la prestación”<sup>1120</sup>.

Con carácter general la determinación del hecho causante dependerá de que haya habido un proceso previo de incapacidad temporal. Así en ese caso el hecho causante se entiende producido en la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal (ya sea por alta con propuesta<sup>1121</sup> ya sea por agotamiento<sup>1122</sup>) de la que deriva la incapacidad permanente.

---

<sup>1120</sup> Vid. “La protección por incapacidad permanente”, en AA.VV. : *Sistema de Seguridad social...cit.*, p. 313.

<sup>1121</sup> Un supuesto jurisprudencial es el que resuelve la STCT de 22-2-1987 (29113), citada con anterioridad, en la que se plantea el derecho de la empresa como entidad colaboradora a recuperar del Fondo Compensador las cantidades abonadas en el momento del hecho causante y que correspondía abonar a la Entidad Aseguradora responsable de la invalidez permanente: “[...]pues como ya expresaron las Sentencias de esta Sala de 17-1-83 (398), 30-4-1987 (9027), y la más reciente de 20-11-87 (25770) abordando una cuestión análoga a la ahora planteada, la prórroga de las prestaciones de Incapacidad Laboral Transitoria en beneficio del trabajador, que viene regulada en el art. 10 de la Orden de 13-10-1967 modificado por la de 21-4-1972, normativa aplicable a las contingencias de enfermedad profesional, tiene como razón de ser el que tales prestaciones hasta dictar la resolución definitiva son más favorables económicamente que las propias de la pensión de incapacidad total, sin que por ello varíe el hecho causante que sigue siendo el alta médica con propuesta, y por ello no se modifica la responsabilidad de la Entidad Aseguradora de la invalidez permanente, pues el hecho causante sirve, entre otros efectos, para determinar el momento de inicio de la responsabilidad económica de la Aseguradora de la incapacidad permanente, sin que el hecho de que el inválido no comience a percibir las prestaciones por incapacidad permanente hasta la resolución definitiva de la Comisión Técnica Calificador, suponga que las responsabilidades del fondo compensador no comiencen al respecto el día siguiente del alta médica y si cuando se reconoce una incapacidad absoluta se tiene en cuenta lo abonado por Incapacidad laboral Transitoria al objeto de reintegrar su cuantía a la parte interesada que lo abonó, semejante criterio debe seguirse cuando se declara una incapacidad total, y la responsabilidad de la Aseguradora –55% de la base – comienza en la fecha del hecho causante, al margen de la prórroga de Incapacidad Laboral Transitoria[...]”

<sup>1122</sup> Según el RD 575/1997, de 18 de abril, en caso de agotamiento de la situación de incapacidad temporal por terminación del plazo máximo, la Inspección Médica de la Seguridad Social (u órgano equivalente del correspondiente Servicio de Salud) deberá expedir bien alta por curación, bien alta por agotamiento.

En otro caso, es decir, si no ha habido un proceso previo o existiendo éste no se hubiera extinguido, el hecho causante se produce en la fecha de emisión del Dictamen propuesta del Equipo de Evaluación de Incapacidades<sup>1123</sup>.

El requisito general establecido por el art. 138.1 es que el beneficiario esté en alta o situación asimilada al alta. Estas situaciones asimiladas al alta vienen descritas en el art. 125 del TRLGSS<sup>1124</sup>. Sin embargo existe una norma especial aplicable a la enfermedad profesional prevista en el art. 20 g) de la OM de 16-4-1969, que el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero por el que se aprueba el Régimen General de inscripción de empresas, y afiliación, altas bajas y variaciones de los trabajadores de la Seguridad Social recoge en el art. 36.9<sup>1125</sup>:

"g) La de aquellos trabajadores que no se encuentren en situación de alta, ni en ninguna otra de las asimiladas a ésta, después de haber trabajado en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una invalidez permanente debida a dicha contingencia"

Se trata de una norma que permite a los trabajadores que se hallan inactivos (sin percibir prestaciones de desempleo ya que el desempleo involuntario total y subsidiado es situación asimilada al alta y no estén en situación de paro involuntario después de agotar las prestaciones sea cual sea la edad del trabajador<sup>1126</sup>) y resultan aquejados de una enfermedad profesional manifestada tras años de cese en la

---

<sup>1123</sup> Vid el art. 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 (que se dicta en aplicación del RD 1300/1995): "El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente. En los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades".

<sup>1124</sup> Desempleo total y subsidiado, 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.

<sup>1125</sup> Este precepto regula las situaciones asimiladas a la de alta.

<sup>1126</sup> El art. 20 de la Orden define las situaciones asimiladas al alta. Los apartados d), e) se refieren a esas dos situaciones.

empresa o actividad con riesgo. Este será el supuesto habitual de acceso a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, precisamente, por las características que acompañan a este riesgo profesional.

En este caso la fecha del hecho causante será la fecha de emisión del Dictamen propuesta del Equipo de Evaluación de Incapacidades, con arreglo a lo estado en el art. 13.2 de la O. 18-1-1996.

Si el solicitante de la prestación se encuentra en situación de no alta (puede ser que el trabajador no tenga derecho a la prestación económica de incapacidad temporal o se accede a las prestaciones de IPA o Gran Invalidez por contingencias comunes<sup>1127</sup>) se fija el hecho causante en la fecha de presentación de la solicitud de la prestación. Pero esta no será el supuesto de los trabajadores víctimas de una enfermedad profesional que solicitan una prestación de incapacidad permanente, porque, como se ha dicho, su situación será de alta (si están en activo) o bien de asimilada al alta (por disposición expresa, aunque estén inactivos).

La línea jurisprudencial consolidada entiende que la fecha del hecho causante coincide con el momento del informe propuesta o fecha del dictamen de la UVAMI<sup>1128</sup>, salvo que el carácter definitivo e

---

<sup>1127</sup> Si se trata de una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes el requisito de alta o situación asimilada a la de alta desaparece, según el art. 138.3 TRLGSS.

<sup>1128</sup> El TC ha manifestado en algunos pronunciamientos judiciales que con carácter general la determinación de la fecha del hecho causante es una cuestión de legalidad ordinaria, que compete a los Tribunales ordinarios decidir. No obstante ha recogido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, entendiendo que "el hecho causante de la situación de invalidez depende [...] del reconocimiento oficial de dicha situación o, en su caso, de cuando pueda considerarse que la misma está objetivamente definida", o dicho de otro modo, "el hecho causante de la invalidez no se produce necesariamente en el momento de su calificación por la Entidad Gestora, sino que puede también entenderse producido cuando las secuelas invalidantes hayan quedado definitivamente fijadas" (STC 116/1991 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 23 de mayo, BOE de 19 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. FERNANDO GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL; STC 121/1991, 3 de junio de la Sala Segunda, BOE 8-7, Ponente: Excmo. Sr. D. FRANCISCO RUBIO LLORENTE). Vid. Sobre el particular la excelente recopilación sistematizada de la jurisprudencia del alto Tribunal en materia de Seguridad Social del profesor Dr. J.I.

irreversible de las lesiones sea constatado en un momento anterior al informe<sup>1129</sup>.

Sin embargo, debemos distinguir la fecha del hecho causante de la fecha de efectos económicos de la prestación o fecha inicial de devengo. La STSJ Asturias de 13-12-1996<sup>1130</sup> expone claramente la cuestión. Para determinar la fecha del hecho causante y la fecha inicial del devengo en un supuesto de incapacidad permanente total por enfermedad profesional parte de la idea de distinguir entre la *fecha de efectos de la declaración de invalidez permanente o fecha inicial del devengo*, y aquella en la que se entiende producido el *hecho causante de la invalidez, o fecha en la que se causa el derecho a la prestación*:

"La invalidez permanente se entiende producida en el momento en que se emite por la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades el informe sobre el estado patológico que presenta el trabajador, al constatarse, en ese momento, de manera categórica, la existencia de unas dolencias que inciden en su capacidad laboral, impidiéndole la realización de su profesión habitual. *El hecho causante debe referirse, por tanto, a la fecha de reconocimiento por la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades.*

Por el contrario, la fecha inicial del devengo de la prestación que se cause vendrá determinada en función de las circunstancias que concurran en el supuesto concreto, tales como situación o cese anterior o posterior al trabajo. En el supuesto debatido [...] aquella fecha inicial del devengo, o

---

GARCÍA NINET: *La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social (1981-1995)*, Valencia, Editorial CISS, 1996, 1ª Edición.

<sup>1129</sup> Conviene tener en cuenta que, a partir del RD 1300/1995, al INSS le corresponde a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades declarar la incapacidad permanente de acuerdo con el procedimiento establecido. Hasta ese año la declaración era compartida por el INSS (a través de las Comisiones de Evaluación de la Incapacidad) y los órganos de las Comunidades Autónomas con competencias del INSALUD o el propio INSALUD, entidad gestora a la que pertenecían las Unidades Médicas de Valoración de la Incapacidad. Esa distribución de competencias entre Entidades Gestoras fue criticada por la doctrina y dio lugar a la modificación del art. 143 del TRLGSS (por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social), que establece la competencia del INSS para declarar la incapacidad permanente actuando en todas las fases del procedimiento, tal y como ponen de manifiesto algunos autores. Vid. AA.VV.: *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente...cit.*, p. 80.

<sup>1130</sup> Ar./4641. Ponente: M.E. FELGUEROSO FERNÁNDEZ.

efectos económicos de la declaración del IPT, viene determinada por el cese en el trabajo, pero la fecha del hecho causante, conforme se declara en la sentencia de instancia, debe fijarse a la fecha del reconocimiento por la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades."(FJ; 3º)

En ocasiones coinciden ambas fechas (incapacidad permanente que no viene precedida de un proceso de incapacidad temporal; en caso de IPA o Gran invalidez que se solicita desde una situación de no alta, por enfermedad común o accidente no laboral), pero en otras no (incapacidad permanente que deriva de un proceso de incapacidad temporal que se extingue por agotamiento del plazo o por alta médica con propuesta de invalidez).

La Orden de 9 de mayo de 1962 (REP) considera en el art. 60 como *fecha determinante de la iniciación del derecho a percibo de renta por incapacidad permanente la del dictamen definitivo del diagnóstico emitido por el Fondo Compensador*<sup>1131</sup> (...) o la del término de las situaciones temporales reglamentarias en que el trabajador hubiera estado incurso –se refiere a la situación de período de observación e incapacidad temporal–, y, en todo caso, la fecha de la última percepción del salario<sup>1132</sup>.

---

<sup>1131</sup> El Fondo Compensador del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales existente en la normativa anterior a la Ley de Seguridad Social de 1966 (el Decreto de 1961 establece este Fondo) se suprime en 1978 y se integra en el INSS, quien asume las prestaciones económicas. La TGSS igualmente asume parte de los derechos y obligaciones del antiguo Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. De manera que la MATEPSS sólo asume respecto a la enfermedad profesional la cobertura de IT y de los períodos de observación (STS 11-11-1991, Ar. 8212; 12-3-1994, Ar. 2344. Ponente: P.M. CACHÓN VILLAR). Vid. Entre otras sentencias del TCT las siguientes: S. 30-11-1988 (7744), 22-11-1988 (7682). Esta última señala que "en efecto el Fondo Compensador y no la Mutua, es el organismo al que corresponde el abono de la referida prestación y como quiera que el referido Fondo fue suprimido por el Decreto ley 36/78 en la Disposición final apartado 3.5, su sucesor legal es el que debe pagar la prestación...". El INSALUD asume las prestaciones sanitarias. ¿Señalan ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA que el citado Fondo era el asegurador real y efectivo de la enfermedad profesional por lo que debía ser parte en el procedimiento ante las Comisiones técnicas calificadoras y en los procesos ante la jurisdicción de trabajo en esta materia y estaba legitimado para pedir la revisión de las incapacidades. Vid. *Instituciones de la Seguridad Social...cit.*, p. 149 (edición de 1985)?.

<sup>1132</sup> Otra cuestión sería la revisión de la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, en cuyo caso, los efectos económicos del nuevo grado de

Este precepto -del mismo modo que el art. 23 del Reglamento General de Prestaciones Económicas aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre y del art. 42 de la Orden de 15-4-1969- distingue dos situaciones para determinar la fecha de percibo de renta, a saber: que el trabajador permanezca activo o inactivo:

- El art. 60.3 del REP considera que en el caso de permanecer al servicio de la Empresa en el momento del reconocimiento médico oficial y cese en el trabajo como consecuencia del acuerdo del Fondo Compensador, la fecha del percibo será la del día siguiente a dicho cese<sup>1133</sup>. En este sentido la Sentencia del TSJ Asturias citada 13-12-1996 considera como fecha inicial de devengo el cese. Si el trabajador hubiera estado en período de observación o incapacidad temporal -situaciones temporales reglamentarias a las que se refiere con anterioridad el precepto- por silicosis la fecha de iniciación del derecho será la del día siguiente al cese de estos periodos. Sea cual sea la enfermedad profesional si al declararse la incapacidad permanente se encontraba el trabajador en incapacidad temporal la fecha de inicio será la del día siguiente a la terminación de la situación (art. 23 a) del Reglamento General de 1966 y 42 a) de la O.M. de

incapacidad se inician a partir del día primero del mes siguiente al de la solicitud. Vid. Por todas la Sentencia del TS de 26-9-1973 (Ar./3448) en la que se reconoce la aplicación de las normas reglamentarias especiales sobre enfermedades profesionales, de modo que "tales normas reglamentarias especiales anteriores, son las contenidas en el art. 113 del Reglamento de Enfermedades Profesionales, según el cual las fechas en que surtirán efecto las revisiones serán, para las incapacidades permanentes, la del día 1 del mes siguiente al en que se haya solicitado la revisión [...]". En el mismo sentido STS] de 20-1-1992 [Ar./5 Ponente: F. J. GARCÍA GONZÁLEZ. FD 2º], que considera vigente la regla del art. 113. Sobre la fecha inicial de devengo derivada de la revisión de la prestación, véanse igualmente: STCT 22-12-1998 (Ar./8393), STS] Castilla y León, de 23-11-1993 (Ar./5093. Ponente: J.A ALVAREZ ANLLO), STS] Castilla y León/Valladolid 18-10-1994 (Ar./3791. Ponente: J.M. RAMOS AGUADO).

<sup>1133</sup> Vid. STCT 6-6-80 (3335): "pues al no estar en situación de incapacidad laboral transitoria el actor al serle reconocida por la Resolución de la CTC Provincial de 27 de enero de 1977 la incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad profesional de silicosis, los efectos económicos de la misma según se especifica en el último considerando de la resolución citada misma deben tener efectos en el momento del cese en el trabajo". Asimismo STCT 6-6-1980 (Ar./3335), 22-12-1987 (Ar./29113)

1969). Esta matización es importante ya que deja fuera de toda duda la aplicación de esta regla a cualquier situación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional<sup>1134</sup>.

- De no estar al servicio de la empresa al producirse el reconocimiento médico oficial, la fecha determinante será la del primer reconocimiento médico oficial que se realice *con motivo de la reclamación administrativa presentada por el trabajador* (art. 60.4).

Por tanto, en realidad podemos hablar de cuatro situaciones, que giran en torno al cese en el trabajo:

- 1) Si el trabajador se encuentra al servicio de la empresa y a través del reconocimiento médico se declara la incapacidad permanente el devengo de la pensión se inicia al día siguiente del cese.<sup>1135</sup>
- 2) Si el trabajador se encuentra al servicio de la empresa, pero en situación de IT, el derecho a la prestación nace al día siguiente a la terminación de esa situación<sup>1136</sup>.
- 3) Si el beneficiario al someterse al reconocimiento médico no se encuentra en activo en ninguna empresa, la pensión se devenga a partir de la fecha del reconocimiento médico determinante de la declaración de incapacidad<sup>1137</sup>.

---

<sup>1134</sup> La filosofía que subyace al REP es la de protección del colectivo aquejado de silicosis y eso se nota, especialmente, en la regulación de las medidas de traslado y baja en la empresa (art. 48)

<sup>1135</sup> Vid. Sobre el particular: STSJ Asturias 24-2-1995 (Ar./545). Ponente: E. MARTÍNEZ BARBÓN.

<sup>1136</sup> Sobre este supuesto véanse las siguientes sentencias: STSJ Cataluña de 11-10-1993 (Ar.4528. Ponente: C. SOBRINO LAFUENTE), STSJ Castilla y León/Burgos, 31-5-1994 (Ar./2171. Ponente: T. MONASTERIO PÉREZ), STSJ Madrid de 12-7-1994 (Ar./3152. Ponente: A. CRUZ REQUEJO) y de 23-9-1994 (Ar./3632. Ponente: A. CRUZ REQUEJO), STSJ Cataluña de 16-4-1997 (Ar./2195. Ponente: L.J. ESCUDERO ALONSO).

<sup>1137</sup> Vid. Entre otras: STSJ de Castilla y León/Valladolid de 22 de junio de 1993 [Ar./2809. Ponente: J. MENDEZ HOLGADO]: se cuestiona la fecha inicial del devengo de la prestación de invalidez derivada de silicosis. La Sala que parte del principio de la fecha del devengo es la fecha del dictamen de la UVAMI, aplica el art. 42 de la O. 15-4-1969, párrafo b) relativo al supuesto de trabajador inactivo que insta el procedimiento de reconocimiento de la invalidez. En ese caso la fecha del devengo es la fecha del reconocimiento médico oficial que la Sala identifica con el reconocimiento efectuado por la UVAMI. Conviene indicar que la Sala tiene en

Estas normas especiales en materia de enfermedad profesional previstas en disposiciones de la década de los sesenta son aplicables y están plenamente vigentes tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia en numerosas ocasiones<sup>1138</sup>. Así según la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León/Valladolid, en Sentencia de 24-5-99<sup>1139</sup>, las reglas generales sobre la fecha inicial de devengo de las prestaciones establecidas en la Orden de 18 de enero de 1996 (Orden que desarrolla el RD 1300/1995 de 21 de julio, que sitúa el hecho causante de la prestación de incapacidad permanente cuando no va precedida de una incapacidad temporal en la fecha de emisión del dictamen propuesta del EVI) no derogan las normas particulares a las que remite el art. 142

---

cuenta la fecha del dictamen de la UVMI que corresponde al procedimiento iniciado de forma *procedente*, rechazando de ese modo la propuesta de considerar la fecha de un reconocimiento médico efectuado por la UVMI porque el procedimiento iniciado no podía considerarse como procedente: "al haber dejado de tener eficacia para agotar la vía administrativa previa en virtud del desistimiento de la pretensión procesal". En el mismo sentido, STS] del mismo Tribunal de fecha de 9 de octubre de 1995 [Ar./3751. Ponente: J. MENDEZ HOLGADO]. Según el FJ Único: [...] los efectos económicos iniciales [...] surgen con la fecha del dictamen de la UVMI y este criterio no hay razón para no aplicarlo en el supuesto de enfermedad profesional cuando como en el presente caso el trabajador se halla inactivo y no en alta, dada la especificidad del supuesto contemplado en el art. 42 b) de la Orden invocada, ya que el reconocimiento médico oficial al que alude no es otro que el practicado con posterioridad al inicio de la vía administrativa, coincidente con el preceptivo establecido en el art. 7º en relación con el 3º. l c) del RD 2609/1982, emitido por la UVMI con lo cual coinciden los criterios establecidos para enfermedad común y enfermedad profesional, criterio este último que ya fue recogido en el art. 60.4 del Reglamento de Enfermedades Profesionales de 9 de mayo de 1962, en relación con el 42, sin que pueda aceptarse la fecha de solicitud de la prestación por cuanto Esta sólo tiene operatividad a tenor del art. 3 del RD 1799/1985 cuando se trate de prestaciones causadas al amparo de la Ley 26/1985, que no es el caso (...)". Asimismo STS] Cataluña de 24-3-1993 [Ar./1548. Ponente: S. VAZQUEZ DE PARGA Y CHUECA], STS] Castilla y León/Valladolid, de 22-6-1993 [Ar./2809. Ponente: J. MENDEZ HOLGADO], STS] Castilla y León/Valladolid 9-10-1995 [Ar./3751. Ponente: J. MENDEZ HOLGADO].

<sup>1138</sup> ALMANSA PASTOR recuerda que la doctrina del TS es favorable a aplicar la Orden de 9 de mayo de 1962, en virtud de la cual, el inválido por enfermedad profesional empieza a percibir la pensión desde el día primero del mes siguiente a la fecha del reconocimiento médico por los servicios de la Seguridad Social (STS 26-9-1973, Ar/3448).

<sup>1139</sup> Ar./2289. Ponente: M. M. BENITO LÓPEZ.

del TRLGSS contenidas en el REP (Orden Ministerial de 9 de mayo de 1962, art. 60.4), Decreto 3158/1966, de 23-12 sobre prestaciones económicas de la Seguridad Social (art. 23), Orden de 15 de abril de 1969 (art. 42 b) sobre prestaciones por invalidez, las cuales fijan la fecha de los efectos de la prestación en el primer reconocimiento médico oficial que detecta la enfermedad profesional:

“Ni el RD 1300/1995, de 21 de julio, que desarrolla la Ley 42/1994 de 30 de diciembre en la redacción que dio al artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social, ni la Orden de 18 de enero de 1996, prevén expresamente la derogación de tales normas particulares, ni tal derogación puede inferirse tácitamente de una posible oposición de éstas, que no la hay, a las disposiciones de aquéllas, constituyendo pues una excepción, en función de las peculiaridades y características especiales de dicha contingencia, al Régimen General que en orden a la fecha de iniciación de efectos de las prestaciones económicas por invalidez permanente en las mismas se establecen”.

4) A esas tres situaciones hay que añadir una cuarta que deriva de la situación de no hallarse el trabajador al servicio de ninguna empresa al producirse el reconocimiento médico oficial, estando en situación de invalidez provisional o de desempleo total y subsidiado en el momento de declararse su invalidez permanente por enfermedad profesional. En ese caso la fecha de devengo será la del día siguiente al cese en esas situaciones.

#### 4.2.6. Base reguladora de la pensión de incapacidad permanente

Teniendo en cuenta que la fecha de inicio de la prestación presenta peculiaridades en cuanto a la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional es lógico pensar que la base reguladora de la prestación -cuando la enfermedad se manifiesta con posterioridad al cese en los trabajos en los que adquirió o incluso estando el trabajador en activo, pero en actividad distinta a la que le generó la enfermedad profesional- presenta igualmente sus características propias<sup>1140</sup>.

---

<sup>1140</sup> Como puso de manifiesto L.E. DE LA VILLA Y A. DESDENTADO BONETE “la determinación de la base reguladora de las pensiones por enfermedad profesional ha planteado problemas dada la incertidumbre sobre el momento de la aparición de la enfermedad.” Vid. *Manual de Seguridad Social...cit.*, p. 531.

En esas situaciones se aplican unos criterios para determinar la base reguladora, que la doctrina del Tribunal Supremo elaboró en su momento (década de los setenta) con respecto a una enfermedad profesional, la silicosis, y que se han ido aplicando por los tribunales del orden social a cualquier enfermedad profesional<sup>1141</sup>,

DE LA VILLA Y DESDENTADO BONETE resumen esa doctrina jurisprudencial del siguiente modo: "El TS ha establecido, no obstante, una doctrina constante y reiterada al respecto. Se toma como salario regulador el que perciba el trabajador en el momento de la declaración de invalidez permanente, salvo en supuestos de inactividad laboral o cuando ese salario fuese inferior al que, por Reglamentación o Convenio le hubiese podido corresponder, de acuerdo con su categoría, caso de continuar en la empresa con riesgo de enfermedad profesional; supuestos en que se aplica siempre este último salario, aunque sin computar los incentivos (si no son del tipo correspondiente a los trabajos habituales prestados), ni los incrementos por antigüedad posteriores al cese<sup>1142</sup>.

¿Cuál es el salario regulador de la pensión si se le diagnostica la enfermedad cuando el trabajador ha dejado de serlo y es pensionista de

---

<sup>1141</sup> DE LA VILLA Y DESDENTADO BONETE resume esa doctrina del siguiente modo: "El TS ha establecido, no obstante, una doctrina constante y reiterada al respecto. Se toma como salario regulador el que perciba el trabajador en el momento de la declaración de invalidez permanente, salvo en supuestos de inactividad laboral o cuando ese salario fuese inferior al que, por Reglamentación o Convenio le hubiese podido corresponder, de acuerdo con su categoría, caso de continuar en la empresa con riesgo de enfermedad profesional; supuestos en que se aplica siempre este último salario, aunque sin computar los incentivos (si no son del tipo correspondiente a los trabajos habituales prestados), ni los incrementos por antigüedad posteriores al cese —entre muchas, STS 19-6-1970, Ar./3606, 26-10-1970, Ar./3986, 6-5-1971, Ar./2013, 18-2-1975, Ar./744-.

<sup>1142</sup> Entre muchas, STS 19-6-1970, Ar./3606, 26-10-1970, Ar./3986, 6-5-1971, Ar./2013, 18-2-1975, Ar./744. Algunas resoluciones de los TSJ, aplicando la doctrina jurisprudencial señalada son las siguientes: STS] Andalucía/Sevilla, 9-2-1994 [Ar./670. Ponente: J.M. LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA], STS] Madrid 17-3-1994 [Ar./1166. Ponente: J. A. CRUZ REQUEJO], STS] Andalucía/Málaga, 26-9-1994 [Ar./3348. Ponente: J.M. TREVIÑO MUNOZ], STS] Asturias de 13-12-1996 [Ar./4641. Ponente: M. E. FELGUEROSO FERNÁNDEZ].

jubilación? ¿qué pasa si se halla trabajando en la misma empresa pero en otro puesto distinto, al cuál había sido trasladado con motivo de su enfermedad?

Todos estos interrogantes son analizados a continuación. Para ello partimos de cuáles son los supuestos que deben someterse a examen, por las connotaciones que presentan a efectos de la base reguladora de la prestación:

- 1) Trabajador en activo pero que desarrolla una actividad distinta a la que le causó la enfermedad.
  - 2) Trabajador en activo que desarrolla su trabajo en la misma empresa pero en un puesto de trabajo distinto, exento de riesgo de enfermedad profesional.
  - 3) Trabajador inactivo cuando se le detecta la enfermedad profesional habiendo desaparecido la empresa donde adquirió aquella patología.
  - 4) Trabajador inactivo aunque la empresa donde adquiere la enfermedad existe.
- 1) Esta situación se ha planteado en numerosas ocasiones ya que la movilidad funcional del trabajador es muy habitual, teniendo en cuenta factores sociales y de salud. Es decir, el trabajador que ha laborado durante un tiempo en una empresa con riesgo de enfermedad profesional, consciente de ello normalmente, puede decidir en un momento determinado de su carrera profesional cambiar de oficio y de actividad en aras a favorecer su salud o su economía. En ese iter temporal puede contraer la enfermedad profesional, pero suele ocurrir que se manifiesta con posterioridad por el carácter lento e insidioso de la misma. En ese caso la base reguladora de la prestación se debe determinar, según la doctrina jurisprudencial, con el salario regulador de la actividad que desarrollaba cuando adquirió la enfermedad<sup>1143</sup>.
- 2) Si el trabajador está en activo y trabaja en la misma empresa, pero con categoría o puesto de trabajo distinto, la solución es la misma

---

<sup>1143</sup> Véase la siguiente jurisprudencia: SSTCT 8-10-1981, (Ar./5728), 19-10-1988 (Ar./6607).

que en el supuesto anterior, es decir, se toma la base reguladora de la categoría profesional que ostentaba en el momento de contraer la enfermedad<sup>1144</sup>. La jurisprudencia del TCT<sup>1145</sup> y de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>1146</sup> han aplicado esta doctrina.

---

<sup>1144</sup> Según M. ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA, en cuanto a la fijación del salario regulador de la pensión pos silicosis, si la incapacidad se declara cuando el trabajador está en activo, ya sea en trabajo con o sin riesgo pulvígeno se toma como salario regulador el salario que en el momento de la declaración estuviera percibiendo, teniendo en cuenta el tope máximo salarial correspondiente al tiempo de la actualización, salvo que sea inferior ese salario así fijado con el que resulte de la actualización. No obstante, el salario posterior recibido en trabajo no pulvígeno no se toma en consideración si ha sido percibido durante muy breve período de tiempo y en servicios accidentales según la jurisprudencia que cita (STS 18-5-1970). En *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, (Civitas), ésima edición, 2000, pgs. 193-194.

<sup>1145</sup> Así en la STCT 8-10-1981 (5728), se plantea el caso de un trabajador que a consecuencia de la actividad de barrenista o picador en minas de carbón padece silicosis de 2º grado, pero que se le manifiesta cuando deja de trabajar como tal y ostenta la categoría de vigilante. La Sala entiende que debe declararse la IP Total en relación a aquella actividad y rechaza la tesis de la CTC que sostiene que si bien es cierto que padece aquella patología, al ser su actividad actual la de vigilante-guardián no se encuentra en invalidez permanente, por cuanto que dicha enfermedad no le inhabilita para el desempeño de esta última actividad: "pues se olvida de que cuando de la enfermedad silicosis se trata, la invalidez se pone en relación con aquella actividad que se desempeñaba en el momento de contraer la enfermedad, así como con la categoría profesional que se ostentaba en el trabajo con riesgo pulvígeno, indemnizándose consecuentemente la aptitud para desempeñar este mismo trabajo del que se encuentra inhabilitado en el momento actual, pues lo contrario conllevaría a denegar pensión de invalidez a todos aquellos trabajadores que habiendo cambiado de actividad o encontrándose inactivos contrajeron la enfermedad de silicosis en grado indemnizable por haber trabajado en ambiente, con riesgo pulvígeno".

<sup>1146</sup> Igualmente la STSJ de Andalucía/Málaga de 26-9-1994, Ar./3348, en la que el trabajador tiene una categoría distinta a aquella de picador, generadora de la enfermedad profesional: [...] la base reguladora de dicha pensión se calculará tomando para cada uno de los meses que lo integran las bases de cotización normalizadas que hayan correspondido en los mismos a la categoría profesional que tuviera el interesado al producirse su invalidez permanente total, siendo pues, el elemento determinante y decisor no el de la declaración de situación de invalidez, como ha interpretado el juzgador a quo, sino el de producirse, como literalmente emplea el precepto que se analiza, en el sentido de generación, causación, originación, de forma, que quien fue picador durante once años y de ahí pasó a

- 3) Este tercer supuesto es el que ha suscitado más resoluciones jurisprudenciales, por encima de los anteriores. La doctrina del TS aplicable en estos casos se establece en la década de los setenta (especialmente significativa es la Sentencia de 20-12-1972, Ar.1973/193) y se mantiene en vigor en la actualidad<sup>1147</sup>. La doctrina del TS establece que la base reguladora para calcular la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional de silicosis, una vez esta enfermedad se diagnostica cuando ha cesado el trabajador en el puesto de trabajo con riesgo de contraer dicha enfermedad se tiene en cuenta en primer lugar el salario real que percibiría el actor de continuar en activo en su propia empresa (salario que percibe un trabajador en activo de la misma categoría profesional), en su defecto (si no es posible determinar la base reguladora con este criterio porque la empresa ha desaparecido por ejemplo) se aplica el salario fijado el Convenio colectivo para su categoría profesional.

La jurisprudencia de los TSJ ha aplicado en numerosas ocasiones esta doctrina. Vid. STSJ Cataluña de 10-2-1999, Ar./5527 ("la enfermedad de silicosis puede diagnosticarse en cualquier momento, aunque el trabajador se encuentre ya en situación de inactividad laboral por jubilación, o por otra causa cualquiera de cese en el trabajo, siendo el momento en que se diagnostica el que ha de tomarse como el del hecho causante y el que sirve para determinar el cálculo de la cuantía de la pensión, y ello, dado el carácter insidioso, latente y de larga evolución de la silicosis [...] la doctrina jurisprudencial referenciada admitía la posibilidad de ser declarado afecto de cualquier tipo de Invalidez Permanente derivada de la enfermedad profesional de silicosis, estando

---

cantonero [sic], en que estuvo solamente nueve meses y en el desempeño de esta especialidad fue declarado en la situación de invalidez mencionada por silicosis, se ha de entender a los efectos debatidos que adquirió y contrajo tal incapacitación en el ejercicio de la primera categoría referenciada -como asimismo lo consideró el Fondo Compensador a la hora de tomar el salario a efectos de la pensión de invalidez-y que deben ser las bases de cotización normalizadas correspondientes a ella las que deben aplicarse, conforme postula, y no las de camionero[sic], como ha declarado el juzgador de instancia».

<sup>1147</sup> SSTs 31-1-1992 [Ar./139], 12-3-1993 [Ar./1854. Ponente: J.A. LINARES LORENTE], entre otras muchas.

jubilado el trabajador, situación en la que evidentemente no se halla en alta en la Seguridad Social”<sup>1148</sup>).

Por tanto, la regla general consiste en tomar como referencia el salario que en la fecha del diagnóstico de la enfermedad perciban los trabajadores de la misma categoría en la empresa en la que trabajó el solicitante de la prestación: SSTS, 20-12-1973, 12-1-1980, 28-2-1985: según esta jurisprudencia la base reguladora se constituye por el salario profesional de la fecha del diagnóstico<sup>1149</sup>. Conforme a la primera

“la cuantía de la prestación en los casos de incapacitados permanentes silicóticos ha de ser la fecha del diagnóstico de la enfermedad profesional, aunque se encuentren cesantes o jubilados con anterioridad, y el salario regulador a cargo del Fondo Compensador ha de ser aquel que le hubiera correspondido si hubiera podido esta en activo, con independencia de la correspondiente a la Mutualidad gestora en razón de los años de vida laboral, razón que justificó que el art. 63 del Reglamento de Enfermedades Profesionales de 9 de mayo de 1962 se agregara un segundo párrafo por O. De 8 de abril de 1964, paliando la rígida alusión al momento del cese contenido el párrafo 1º. Como fecha para la determinación del salario, evitando así una interpretación injusta por excluir otras causas posteriores como la agravación de esta enfermedad insidiosa, latente y de la larga evolución; y, la doctrina de la Sala –como se dijo- reconoció al pensionista por invalidez el derecho a la actualización del salario a la fecha del diagnóstico, fijándolo en el que corresponda a un trabajador de la misma profesión, categoría, y modalidad de trabajo cuando es declarada la invalidez incluso estando ya en inactividad laboral cualquiera que sea la razón de ella, incluida la jubilación, porque la enfermedad fue adquirida trabajando en el ambiente pulvígeno por lo que resulta, en el caso debatido, violado el

---

<sup>1148</sup> La Sala rechaza el argumento del INSS de denegar la prestación de invalidez permanente total por no reunir el requisito de alta que sólo se exceptiona en caso de Invalidez Permanente absoluta y Gran Invalidez. La cuestión que se debatía era por tanto la posibilidad de acceder a la situación de Invalidez Permanente en grado de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual, sin estar dado de alta en la Seguridad Social en el momento del hecho causante, cuando la contingencia desencadenante de tal Invalidez es la enfermedad profesional.

<sup>1149</sup> Este es el criterio válido para el TS y no lo es el salario profesional de la fecha de jubilación.

referido art. 63 del Reglamento de Enfermedades Profesionales según quedó redactado por la O. De 8 de abril 1964<sup>1150</sup> e, indebidamente aplicado por analogía el 145 de la Ley de Seguridad Social"

En este sentido véanse también STS 21-6-1972: la base reguladora se determina por el salario que cobren los trabajadores de su misma categoría.

La jurisprudencia del TCT fue también muy prolífica. Véanse las siguientes:

- STCT 7-12-1987 (27412):
- STCT 16-12-87 (Ar./28465): base reguladora fijada teniendo en cuenta los salarios que fije el Convenio colectivo aplicable a la empresa en que contrajo la enfermedad como salarios mínimos, según las STS 20-12-1972, 18-2-75 (Ar./193 (1973), 744). El trabajador se encuentra inactivo y no en puesto compatible cuando se manifiesta la enfermedad profesional de silicosis, de ahí que no sirva para tomar como referencia el salario que venía percibiendo.
- STCT 16-12-1986 (Ar./14033): silicosis de segundo grado declarado cuando el trabajador se encuentra inactivo: "el salario que se toma para calcular la base reguladora de la pensión que le corresponde no es el último que cobró sino aquel otro que le hubiera correspondido de continuar en activo [...]".
- STCT 17-12-1986 (14140): "el salario que se toma para calcular la base reguladora es el correspondiente al que hubiera percibido de continuar en activo [...]"
- STCT 27-10-1981 (6170): silicosis de segundo grado: la base reguladora se configura por el salario que percibiría en el momento del diagnóstico de dicha enfermedad un trabajador de la misma

---

<sup>1150</sup> La Orden citada introduce un segundo párrafo al art. 63 del siguiente tenor: "Cuando el silicótico de primer grado pase a ser pensionista por ser calificado de segundo o tercer grado, o fallezca dejando pensión a sus derechohabientes, podrán optar los pensionistas para fijar la indemnización entre los salarios percibidos en los doce meses anteriores a la declaración del primer grado o los doce últimamente trabajados en el nuevo puesto a que haya sido trasladado; en el primer supuesto, actualizando el salario por el promedio de lo que perciban en el momento del cese en el nuevo puesto de trabajo los trabajadores de su categoría de procedencia."

categoría que ostentaba el trabajador originante de la enfermedad y no lo percibido en la última actividad que desempeñó (peón de una empresa de construcción inmobiliaria).

- STCT 13-6-1980 (3510): "...siendo un trabajador inactivo en la fecha del diagnóstico de la silicosis en segundo grado, su pensión ha de basarse en el salario real percibido en el último año trabajado [...] todo ello por aplicación de la doctrina jurisprudencial que para la enfermedad profesional de silicosis creó la ficción legal de considerar al trabajador como si estuviera en activo con fundamento en que se tiene en cuenta a los efectos de indemnización la profesión habitual".<sup>1151</sup>
- STCT 19-10-1988 (Ar./6607): aplica la regla de que la base reguladora de la pensión de invalidez declarada cuando el trabajador cesa en la actividad productora de la enfermedad y se dedica a otra distinta se fija sobre "el salario que percibía en la fecha del diagnóstico de la silicosis, pero actualizado en relación con la categoría profesional que en aquella época tenía, pues la pensión declarada afecta a la pérdida de aptitud para la profesión de minero y no de trabajos ajenos al riesgo pulvígeno y por lo tanto la prestación versará sobre la base reguladora que corresponde en ese pretérito oficio o trabajo (FD único).
- STCT 1-12-1988 (8241): Base reguladora de la invalidez derivada de silicosis cuando el trabajador afectado no se halla trabajando en el momento de detectarse la enfermedad: "salarios mínimos legales que habría percibido el productor concreto, caso de haber continuado en activo en la fecha en que fue diagnosticada su dolencia" (S. 24-1-83, Ar. 580)

4) Ahora bien, si no es posible determinar el salario basándose en los parámetros anteriores parámetros porque la empresa en la que se presume que el trabajador adquiere la enfermedad profesional ha desaparecido es doctrina jurisprudencial reiterada calcular la base

---

<sup>1151</sup> La Sala reconoce que no es aplicable al supuesto de autos el art. 63 del Reglamento de Enfermedades Profesionales pese a tratarse de un silicótico de primer grado que pasa a la situación de silicótico de segundo grado con derecho a pensión por invalidez, pues no ha existido la circunstancia de cambio de puesto de trabajo.

reguladora de la prestación basándose en los salarios normalizados fijados para la categoría profesional correspondiente en la fecha del hecho causante de la prestación. El salario normalizado se aproxima al salario real, por cuanto equivale a las bases de cotización por contingencias profesionales del año vigente.

Por tanto, si la empresa ha desaparecido se toma el salario normalizado que a la fecha del diagnóstico de la enfermedad estuviese fijado para la categoría profesional que ostentara en su día el inválido<sup>1152</sup>. V. STSJ Castilla y León de 11-5-1999 (Ar./6019), "la base reguladora por enfermedad profesional, en supuestos de empresas desaparecidas ha de calcularse conforme al salario normalizado de la categoría en el momento en que se diagnosticó la enfermedad profesional"

Ese salario normalizado se obtiene tras multiplicar por 365 el salario normalizado diario para el año correspondiente en la categoría profesional determinada, que incluye las pagas extraordinarias y conceptos de vencimiento superior al mensual. La idea es que el salario normalizado que se determina con arreglo a las bases de cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional del año precedente, se aproxime al salario real. Según STCT 8-10-1981 (5728): hay que añadir al SMI vigente en la fecha del hecho causante que es la del primer reconocimiento médico oficial, el 25 por 100 que como destajista le corresponda (art. 61.1 pfo. 2); no es correcto aplicar ni el SMI sin más, ni el salario real percibido en su último trabajo al no indemnizarse éste, sino aquel que ejercía en la actividad de riesgo pulvígeno donde contrajo la enfermedad y que ya no podría desempeñar.

Parece que el TS admite otros criterios, como es aplicar, en esos casos, el salario normalizado previsto en el convenio aplicable si es

---

<sup>1152</sup> MARTÍNEZ BARROSO constata que existe una abundante jurisprudencia y casuística al respecto que sostiene al respecto "que el salario acogible como base reguladora de la silicosis tardíamente descubierta, cuando el trabajador se halla fuera del ambiente silicógeno, no puede ser aquel que disfrutó en el pretérito, impreciso e inapreciable momento en que la afección fue contraída y en gestación paulatina desarrollada por la continua permanencia en un ambiente pulvígeno, sino aquel otro que disfrutaría como mínimo en el momento de diagnosticársele la enfermedad en grado invalidante, pues se trata de una dolencia de incubación lenta e inapreciable, incurable y progresiva y de más o menos tardía exteriorización". Vid. *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón...* op. cit., pp. 252-253.

superior al salario normalizado, por acercarse más al salario real (STS 31-1-1992, 139; en el mismo sentido vid. Resolución de la Dirección General del INSS el salario previsto en el Convenio tiene un valor de mínimo, según la STS de 3-7-1993, 5542).

#### 4.2.7. Revisión de la prestación.

Como se ha visto en epígrafes anteriores la incapacidad permanente derivada de la enfermedad profesional presenta unas peculiaridades propias con motivo de las características de este tipo de dolencias que pueden manifestarse tardíamente. Lo dicho se extiende igualmente a la revisión de la incapacidad permanente por enfermedad profesional.

##### *Regla general y sus excepciones:*

Con carácter general la revisión de la incapacidad podrá instarse por tres motivos por agravación, mejoría y por error diagnóstico<sup>1153</sup>. El

---

<sup>1153</sup> STC 15/1991 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 28 de enero (BOE 25-2. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer): "El art. 145 de la Ley General de la Seguridad Social establece la posibilidad de revisión tanto de las declaraciones de invalidez permanente como de las relativas a los distintos grados de incapacidad en los casos de agravación o mejoría de la situación patológica determinante de la contingencia, o en caso de error de diagnóstico de la misma. Se trata de un supuesto excepcional de modificación o incluso supresión de derechos consolidados a prestaciones de Seguridad Social que tiene su origen [...], en una sensible y permanente modificación del *factum* de la situación patológica que, en unos casos, da derecho al beneficiario a obtener una mejora de la correspondiente prestación, y, en otros, a la entidad gestora a reducir o incluso suprimir la prestación inicialmente concedida. En este último supuesto se trata de la reducción o supresión de un derecho firme y consolidado a una prestación de Seguridad Social, que cumple una exigencia constitucional (art. 41 C.E.) y del que nadie puede ser privado sino en los casos y en las formas prevista por la Ley (art. 33 C.E.). Las entidades gestoras tenían concedido el privilegio de la facultad de revisar de oficio y por sí mismas sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios (privilegio que han suprimido el art. 144.1 de la Ley de Procedimiento laboral de 1990), obligando al beneficiario a impugnar esa revisión ante el Juez de lo Social correspondiente, siendo esa impugnación judicial el instrumento imprescindible para garantizar que esa privación de derechos, por cambio sobrevenido de las circunstancias fácticas se produzca sin los debidos fundamentos y razones".

art. 143 TRLGSS establece que dicha revisión procederá en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima prevista para acceder al derecho a la pensión de jubilación<sup>1154</sup>.

Efectivamente no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente si en la fecha del hecho causante el beneficiario tiene cumplidos los 65 años de edad y reúne todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, a tenor del art. 6 del RD 1647/1997, 31-10, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación del sistema de Seguridad Social<sup>1155</sup>.

A sensu contrario tendrán derecho a las prestaciones aquellas personas que en la fecha del hecho causante tengan 65 o más años de edad y no reúnen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social<sup>1156</sup>. La doctrina entiende justificada la norma de no revisar la incapacidad declarada tras alcanzar la edad de 65 años, ya que la posible agravación del inválido puede ser consecuencia de la edad, y además si se produce un resultado positivo o una mejoría al cumplir esa edad no resulta adecuado reducir o rebajar la prestación de la Seguridad Social (ALARCÓN CARACUEL).

La jurisprudencia por su parte considera que el legislador prohíbe la revisión de grado tras cumplir la edad de jubilación ya que el posible agravamiento, en su caso, podría deberse mas bien al envejecimiento y se otorgaría así un tratamiento privilegiado a los inválidos en relación a

---

<sup>1154</sup> La revisión por agravación o mejoría del estado invalidante se podrá instar a partir del plazo fijado en la resolución administrativa previsto para revisar la situación de invalidez mientras que las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán instarse en cualquier momento, teniendo en cuenta, en ambos casos, que el interesado no haya cumplido la edad de 65 años.

<sup>1155</sup> No existe una contradicción entre el art. 143.2 del TRLGSS y el art. 6 del RD citado, que concreta las condiciones en las que se niega el derecho a la revisión. El propio precepto de la Ley en otro apartado remite al desarrollo reglamentario la materia del procedimiento de revisión entre otras cuestiones (art. 143.3)

<sup>1156</sup> Como afirma BLASCO LAHOZ *los mayores de 65 años sólo pueden ser sujetos protegidos de la prestación de incapacidad permanente cuando no puedan ser beneficiarios de la de jubilación. Vid. Curso de Seguridad Social...p. 386.*

los Jubilados ante idénticas necesidades (SSTS 15-12-1993, 30-7-93, 15-12-1993, 15-4-1994, 9-5-1995, que cita BLASCO LAHOZ<sup>1157</sup>).

Al respecto VILCHEZ PORRAS considera que esa edad de jubilación se cumple en la fecha de la petición y no en la fecha de emisión del dictamen del EVI.<sup>1158</sup> Sin embargo se considera que si se solicita el reconocimiento de la prestación y el interesado cumple los 65 años antes de que se hubiese emitido dictamen propuesta por el Evi o dictamen por la UVAMI "se resolverá negativamente el expediente, sin calificación, informando al interesado que puede solicitar la pensión de jubilación y que Éste tendrá efectos económicos desde el día siguiente al del cumplimiento de los 65 años, si aquella se presenta dentro de los tres meses siguientes a la referida fecha)<sup>1159</sup>.

No obstante, esta regla no es aplicable a las enfermedades profesionales, ya que resulta de aplicación el art. 103 del REP, en virtud del cual no existe límite de plazo alguno para que los pensionistas por enfermedades profesionales soliciten revisión de su incapacidad, que deberá formularse por escrito ante el Fondo Compensador.

La doctrina del TS ya había reconocido esa norma especial. Así en Sentencia de 23-6-1979, 3032 señala que: "si bien es cierto que el citado art. 36 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 15 de abril de 1969 (por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social) de manera taxativa establece que las declaraciones de incapacidad serán revisables en todo tiempo en tanto no se haya cumplido la edad de jubilación, es claro que este precepto no es aplicable a supuestos derivados de enfermedades profesionales, para los cuales el Decreto de Prestaciones previene la promulgación de la correspondiente disposición reguladora de la revisión en estos casos, aunque la circunstancia de no haberse publicado la misma hace que, a este respecto, haya de estarse a lo dispuesto en el art. 103 del Reglamento de Enfermedades Profesionales de 9 de mayo de 1962, en el que, concretamente, no se establece límite de edad para los pensionistas por enfermedad".

---

<sup>1157</sup> Vid. *Curso de Seguridad Social...cit.*, p. 402.

<sup>1158</sup> Vid. "La protección por incapacidad permanente"...op. cit., p. 335.

<sup>1159</sup> ALVAREEZ DE LA ROSA en los Comentarios de la Enciclopedia CISS X-Invalidez.

Vid. También STSJ Castilla y León de 11-5-1999 (Ar./6019), que reconoce a un pensionista de jubilación el derecho a una pensión de invalidez permanente total para la profesión habitual derivada de enfermedad profesional (no le reconoce el grado de total cualificada pese a tener cumplido el requisito de la edad ya que "le está vedado, por definición legal, a quien posteriormente a haber sido declarado en situación de invalidez absoluta, le es reconocida una incapacidad permanente total para el trabajo derivada de enfermedad profesional de silicosis"). Sin embargo la Sentencia del mismo TSJ de 31-5-1999<sup>1160</sup> considera que la regla de especial de revisar la incapacidad permanente por enfermedad profesional incluso después de haber cumplido la edad de 65 años debe ser revisada a la luz de la LCR:

*TERCERO.*-Es cierto que esta Sala, siguiendo la doctrina jurisprudencial tradicional, ha venido declarando que en caso de revisión del grado de incapacidad permanente derivada de una enfermedad profesional, no se aplicaba el límite de edad de los 65 años, y que ello podía hacerse en cualquier tiempo, pero esta doctrina forzosamente ha de ser revisada y puesta al día, a partir de las modificaciones introducidas en la Ley General de la Seguridad Social por la Ley 24/1997, de 15 de julio. Y así en el actual artículo 138.1º párrafo segundo, de la mencionada Ley se dispone, que «no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, *cualquiera que sea la contingencia que las origine*, cuando el beneficiario a la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1 a) del artículo 161 de esta Ley y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el Sistema de la Seguridad Social»; y en el mismo sentido se expresa el artículo 6.1º del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, que desarrolla determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social. Sin embargo, en el presente proceso, pese a que el Magistrado de instancia reconoció al actor una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, pese a aquél tenía una edad que excedía con creces a los 65 años, el Instituto Nacional de la Seguridad Social se aquietó a dicho pronunciamiento y sólo impugna la cuantía de la base reguladora, por lo que lógicamente la Sala no puede entrar en el tema.

Otra norma especial se refiere a los *plazos* para proceder a realizar reconocimientos médicos a los incapacitados por enfermedad profesional de los que puede derivar la revisión de su incapacidad. Según el art. 25 del Decreto 3158/1966, de 23-12, las entidades gestoras o

---

<sup>1160</sup> Ar./2294. Ponente: E. MÍNGUEZ ALVARELLOS.

Servicios comunes podrán disponer que se realicen reconocimientos médicos y efectuar las correspondientes declaraciones de revisión sin ajustarse a los plazos generales<sup>1161</sup>, aunque respetando un intervalo mínimo de seis meses, entre los reconocimientos sucesivos. Asimismo el art. 44 de la Orden de 15-4-1969 dispone que en los casos de incapacitados permanentes por enfermedad profesional<sup>1162</sup> no regirán los plazos señalados con carácter general para las revisiones, si bien entre los reconocimientos sucesivos debe respetarse un período mínimo de seis meses.

- *Contenido de la revisión. Particularidades.*

Señala ALVAREZ DE LA ROSA que la revisión puede afectar a todos los grados de la incapacidad permanente, y “que se excluye, por definición, la incapacidad temporal (o, transitoriamente, la invalidez provisional) y, sin embargo, se admite la revisión de las lesiones permanentes no invalidantes”<sup>1163</sup> (Vid. en contra de la revisión de las lesiones permanentes la STS 10-2-1984, que cita ALMANSA PASTOR<sup>1164</sup>).

---

<sup>1161</sup> El INSS fijará el plazo a partir del cual podrá instarse la revisión por agravación o mejoría, si bien la revisión fundada en error de diagnóstico puede realizarse en cualquier momento, siendo ese plazo vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión. Al respecto algún autor ha considerado positiva la solución de no establecer por la norma un plazo fijo y único, “pues no toda situación de invalidez es igual, y en muchas ocasiones será perfectamente previsible discernir la posibilidad de mejoría o empeoramiento antes de que se cumplan dichos plazos, supone a su vez una ventaja tanto para la Entidad Gestora, que alcanzará un mejor control (y un ahorro económico) en los casos de previsible mejoría y para el beneficiario, que no tendrá que esperar el transcurso de un plazo prefijado legalmente en caso de empeoramiento”. Vid. M.R. MARTÍNEZ BARROSO *Sistema jurídico de la Seguridad Social...cit.*, p. 245. Sin embargo, la autora no hace la misma valoración respecto a la imposición del plazo de revisión, a criterio del INSS, siendo la Administración quien decide el plazo, que podrán ser plazos amplios, superiores a los dos años, previstos en la normativa anterior.

<sup>1162</sup> Según el precepto, la Entidad Gestora o Servicio común tiene la facultad de disponer los reconocimientos médicos oportunos a los que se deben someter los trabajadores que hayan sido declarados inválidos por enfermedad profesional y además pueden instar, como resultado de esos reconocimientos las consiguientes revisiones de su incapacidad.

<sup>1163</sup> Asimismo otros elementos de carácter genérico a tener en cuenta respecto a la revisión se refiere a que pueda ser solicitada por el beneficiario, la Entidad Gestora o la Inspección de Trabajo y a la concurrencia de dos requisitos previos, a saber, la

La revisión del grado de invalidez no implica la revisión de la base reguladora de la pensión reconocida, salvo que el beneficiario hubiera prestado trabajo por cuenta ajena al mismo tiempo que percibe la pensión, ya que se tienen en cuenta las cotizaciones efectuadas para mejorar la base reguladora correspondiente al nuevo grado de la pensión<sup>1165</sup>. Ahora bien, esta excepción presenta alguna particularidad en el ámbito del Régimen Especial de la Minería del Carbón (REMC, a partir de ahora), tal y como refleja MARTINEZ BARROSO<sup>1166</sup>, si realiza trabajos determinantes de su inclusión en ese Régimen: en ese caso, se suman las cotizaciones correspondientes a los trabajos realizados y las cantidades que el interesado haya percibido en concepto de invalidez permanente total durante los meses comprendidos en el periodo de referencia, con aplicación al resultado de dicho cómputo del tope máximo de cotización (art. 18.3 b) OM). Ver STS 19-4-1991, 3377, STSJ Asturias 17-2-1995 (540). Esta regla no es aplicable al Régimen General, STS 17-4-1991, 3274: "las mayores cotizaciones superiores sirven de base al mayor grado de invalidez que se revisa; pero sólo esas cotizaciones superiores actuales, que no la suma de cotizaciones actualizadas y de pensiones pasadas". La extensión de esa norma sólo

---

existencia de una evolución desfavorable y su inclusión en otro de grado de incapacidad. En cuanto a este último aspecto, el autor constata que la revisión de la incapacidad no está inmersa en el art. 144.1 del TRLPL, que se refiere al procedimiento para declarar lesivo un acto declarativo de derecho de las Entidades Gestoras. Por otro lado señala que la agravación de la enfermedad puede derivar de una dolencia o patología distinta a la de origen, debiendo valorarse conjuntamente todas las enfermedades que el trabajador padece, sea cual sea el origen de las mismas. Vid. "La incapacidad permanente", en AA.VV. *Derecho de la Seguridad Social*, (Dir.: L.E. DE LA VILLA GIL), Valencia, 2ª Edición, 1999, p. 440-441.

<sup>1164</sup> Op. cit., p. 430.

<sup>1165</sup> Vid la STSJ Castilla y León/Valladolid de 31-5-99 (2294) en la que, en aplicación de la Orden Ministerial de 3 de abril de 1973 (norma que aplica y desarrolla el Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón), reconoce que "en caso de revisión del grado de incapacidad de un inválido que no trabajó después del reconocimiento inicial, la base reguladora de la nueva pensión, es la misma que sirvió de base para el cálculo de la pensión anteriormente percibida, que será incrementada con las revalorizaciones o mejoras periódicas, que atendiendo al nuevo grado reconocido, hubieren sido aplicables desde la fecha de la declaración inicial de la invalidez permanente cuyo grado se revisa" (FJ 5)

<sup>1166</sup> Op. Cit., p. 247.

sería admisible si el Régimen General careciera de una regulación propia que proporcionara tratamiento específico a la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente e hiciera aconsejable por ello la aplicación analógica de la misma.

Otra consideración a tener en cuenta es que la revisión de la incapacidad declarada a un trabajador en el Régimen Especial de la Minería del Carbón puede basarse en la concurrencia de una nueva dolencia sea cual sea el origen profesional o común, que agrave el estado del incapacitado, en virtud del principio de valoración conjunta de las secuelas invalidantes. Y es que siguiendo la doctrina del TS en sentencia de 18-10-1980 (4014) que admite esa valoración en el caso de una silicosis agravada por enfermedad común argumenta que " tanto si se trata de la misma enfermedad determinante de la inicial declaración como de otra a virtud de la cual se agrave el estado clínico del trabajador, pues como...dice la sentencia de 23 de junio de 1979 (3032) el art. 145.1 LGSS (74) no habla de revisión de lesiones sino de declaraciones de incapacidades".

Sin embargo esa regla tan clara en ese ámbito no lo ha sido en el Régimen General, como pone de manifiesto MARTÍNEZ BARROSO<sup>1167</sup>. En un principio, la jurisprudencia consideró que la agravación debía ir referida a la misma contingencia para acumular las secuelas (STS 14-4-1991, 3274), de manera que se admite la solicitud de la incapacidad generada por una nueva contingencia pero no una revisión de la inicial u originaria ocasionada por una contingencia diferente. Sin embargo otras Resoluciones del Supremo admiten que se valoren la totalidad de los padecimientos (STS 15-3-89, 1862, 20-12-85, 5820, 22-1-1990, 186...).

STCT 30-11-1978 (6676): pensionista de invalidez permanente total por silicosis que es declarado afecto de incapacidad absoluta por valoración conjunta de su enfermedad profesional con la común de miopía<sup>1168</sup>.

---

<sup>1167</sup> Op. Cit., pp. 241-242.

<sup>1168</sup> La revisión de la invalidez por agravación originada por una contingencia distinta provoca que exista una distribución de responsabilidades entre las entidades que hayan cubierto cada una de ellas.

Un supuesto similar se plantea en la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 31-5-99 (2294) en la que el pensionista de una invalidez permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, silicosis de tercer grado, solicita una revisión del grado tras alcanzar la edad de 65 años por concurrir con una enfermedad común (Alzheimer). La Sala establece que a raíz de la Ley 24/1997 de Consolidación y Racionalización no puede revisarse la incapacidad permanente a partir de los 65 años aunque la contingencia sea una enfermedad profesional (tesis que avala según la Sala el art. 6.1 del Real Decreto 1647/1997, de 31-10) y 2), máxime cuando la revisión que se solicita por agravación procede del principio de "apreciación conjunta de contingencias", por la presencia de una enfermedad común que se añade a la existente enfermedad profesional.

Esta sentencia es importante por la declaración de que no cabe con la nueva legislación revisar la incapacidad permanente si el beneficiario tiene la edad exigida para acceder a la pensión de jubilación. En ella se pone de manifiesto que existen dudas sobre la vigencia de la regla consistente en permitir la revisión tras alcanzar la edad de jubilación. Al respecto una Resolución de la Seguridad Social plantea si con la nueva redacción del precepto es posible reconocer la prestación por incapacidad permanente por enfermedad profesional cuando el beneficiario tiene 65 años o más. La Resolución de la Dirección General del INSS de 18-3-1998 parte para solucionar este dilema de la literalidad del precepto así como de la protección histórica de la enfermedad profesional, ahondando en el espíritu de la reforma de 1997. El problema es que estas Resoluciones tienen carácter interpretativo pero nunca normativo por lo que hay que considerarlas con reservas, aunque las argumentaciones que emplea son adecuadas (legales y jurisprudenciales) y la valoración final es lógica y razonable.

Tres son los criterios sobre los que argumenta la inaplicabilidad de aquella regla cuando se trata de una incapacidad por enfermedad profesional: 1) las características propias de la enfermedad profesional, a saber: "tratándose el proceso patológico de una enfermedad profesional no puede descuidarse que, en atención a las características que entraña este tipo de padecimientos, de acción lenta y progresiva, y sobre todo, con imposibilidad de precisar en qué momento concreto se ha generado, el legislador y la jurisprudencia le han concedido un tratamiento jurídico distinto, cuya valoración reviste una capital

importancia”, 2) por razones de legalidad vigente: la redacción inalterable del art. 142 TRLGSS dedicado a las peculiaridades y características de la contingencia y permanencia del art. 20 g) de la orden 15-4-1969 en el RD 84/1996, de 26-1, de la norma especial de situación asimilada al alta para los enfermos profesionales aunque no estén en alta real y 3) por razones jurisprudenciales: la doctrina del TS ha considerado vigente el art. 103 del REP sobre la posibilidad de revisar el grado de incapacidad más allá de la edad ordinaria de jubilación<sup>1169</sup>.

Por eso reconoce que la reforma introducida por la LCR debe reconducirse a “supuestos distintos de las enfermedades profesionales y, en consecuencia, debe reconocerse el derecho a las prestaciones por incapacidad permanente, cuando ésta tenga su origen en una enfermedad profesional diagnosticada antes del cumplimiento de los 65 años, a favor de quien ya los ha alcanzado y acredite los demás requisitos necesarios para jubilarse, o de quien ya es pensionista de jubilación”.

STS 2-2-1987 (757): el artículo 20 de la OM que desarrolla el RD sobre actualización del REMC autoriza a revisar la invalidez por agravación, después de cumplir la edad de jubilación, en contra de la regla general que lo prohíbe establecida en el art. 143 TRLGSS (antiguo art. 145 LGSS), “pero esa situación excepcional, no puede amparar al que ya es pensionista de jubilación... porque es regla fundamental en el sistema de Seguridad Social que la pensión de invalidez se extingue por

---

<sup>1169</sup> De todo lo dicho deduce que “el legislador ha tratado de corregir una desviación frecuente en el sistema español, que era el pretender una incapacidad en lugar de la jubilación; más no modificar el régimen de protección que, en términos especiales, tiene desde los orígenes de la previsión social, la enfermedad profesional. Si, en cambio, hubiera sido esa la vocación de la reforma, tendría que haberse derogado o modificado el repetido artículo 142” [...] Por eso reconoce que la reforma introducida por la LCR debe reconducirse a “supuestos distintos de las enfermedades profesionales y, en consecuencia, debe reconocerse el derecho a las prestaciones por incapacidad permanente, cuando ésta tenga su origen en una enfermedad profesional diagnosticada antes del cumplimiento de los 65 años, a favor de quien ya los ha alcanzado y acredite los demás requisitos necesarios para jubilarse, o de quien ya es pensionista de jubilación”.

causar el beneficiario derecho a la pensión de jubilación, si el inválido opta por dicha jubilación”<sup>1170</sup>.

- *Nueva denominación*

En cualquier caso, conviene recordar que según lo dispuesto en el art. 143.4 TRLGSS, en su redacción dada por la Ley de Consolidación y Racionalización<sup>1171</sup>, las pensiones de incapacidad permanente de los beneficiarios que cumplan 65 años pasarán a denominarse pensiones de jubilación<sup>1172</sup>.

---

<sup>1170</sup> Según la Resolución de la Dirección General de Prestaciones del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 6 de abril de 1978, en el caso de que un pensionista de invalidez permanente total del REMC que pasa a percibir la pensión de jubilación del REMC pueda solicitar la revisión del grado de la incapacidad originaria, aunque para ello debe optar entre la correspondiente pensión de incapacidad revisada que se le reconozca o bien la pensión de jubilación.

<sup>1171</sup> Art. 8.4 de la citada Ley, dedicado en su integridad (dicho precepto) a las pensiones de incapacidad permanente. La estructura del mismo es la siguiente: el primer apartado da nueva redacción al art. 137 del TRLGSS relativo a los *Grados de incapacidad*. El segundo apartado añade al texto de la Ley una nueva disposición transitoria (la quinta bis) con la denominación *Calificación de la Incapacidad Permanente*, de gran importancia en cuanto a que advierte que las modificaciones operadas en el TRLGSS sobre la incapacidad permanente sólo serán efectivas o aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias necesarias a las que se refiere la Ley 24/1997. El tercer apartado añade un segundo párrafo en el art. 138.1, relativo al reconocimiento del derecho a la prestación cuando se alcance la edad y requisitos para acceder a la pensión de jubilación. El apartado Cuatro del artículo 8 añade un nuevo apartado en el art. 143 del TRLGSS (el 4, sobre denominación de las pensiones de incapacidad permanente cuando los beneficiarios alcancen la edad de jubilación). Finalmente el último apartado (Cinco) del art. 8 de la Ley contiene una precisión terminológica sobre la contingencia de invalidez permanente que pasa a denominarse incapacidad permanente y la expresión “profesión habitual” que ahora se sustituye por “profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada.” (entendiendo por grupo profesional el concepto que establece el art. 22. del TRET, es decir, el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, incluyendo tanto categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales que sean equivalentes).

<sup>1172</sup> Señala VÍLCHEZ PORRAS que si la declaración de incapacidad permanente se inicia a instancia de parte y el interesado reúne los requisitos exigidos para dicha declaración y no alcanza la edad de 65 años en la fecha de solicitud de la prestación procederá a su declaración, aunque en la fecha del hecho causante tuviera aquella edad. Ello quiere decir que cumplida esa edad la pensión reconocida pasará a denominarse

La nueva denominación de las pensiones de incapacidad permanente (art. 7 del RD 1647/1997) no implicará, de conformidad con el precepto, modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo. Al respecto el CES en el Dictamen sobre el Anteproyecto de la LCR establecía que la ley debería haber especificado si ese cambio de denominación que no altera el régimen jurídico de la prestación alcanza a las condiciones de carácter fiscal (teniendo en cuenta que el tratamiento fiscal de las prestaciones por incapacidad permanente es mas favorable que la jubilación)<sup>1173</sup>. Sin embargo pese a no especificar nada más la norma se entiende que "no procederá aplicar retención alguna, por el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, respecto de las pensiones de incapacidad permanente, en los grados de incapacidad absoluta o gran invalidez, que pasen a denominarse pensión de jubilación"<sup>1174</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, interesa saber si ese cambio de denominación también es aplicable a las pensiones de incapacidad permanente por enfermedad profesional (sobre su incidencia en el ámbito del Régimen Especial de la Minería del Carbón, véase infra epígrafe 4.3.3.3.).

---

pensión de jubilación (art. 8.4 de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema).

<sup>1173</sup> Apreciación que pone de manifiesto BLASCO LAHOZ en *Comentarios a la Ley de Consolidación...* op. cit., p. 68. Igualmente otros autores se han planteado la interpretación de esta disposición, de modo que los términos "ninguna modificación" se circunscribe al ámbito estricto de la Seguridad Social o también al ámbito fiscal. Vid. AA.VV.: *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente...* cit., p. 58. Conviene tener en cuenta que la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (Ley 40/1998 de 9 de diciembre) declara rentas exentas (art. 7) "las prestaciones reconocidas al contribuyente por la Seguridad Social o por las entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez", añadiendo que la cuantía exenta tendrá como limite el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda.

<sup>1174</sup> Vid. Enciclopedia CISS X-Invalidez, X-157. Comentarios a cargo de ALVAREZ DE LA ROSA.