



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) i a través del Dipòsit Digital de la UB (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) y a través del Repositorio Digital de la UB (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) service and by the UB Digital Repository (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.

4.2.8. Compatibilidad e incompatibilidad con otras prestaciones.

Antes de analizar la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con otras prestaciones es necesario abordar el tema de la compatibilidad con el trabajo que presenta ciertas singularidades.

a) Compatibilidad de la pensión con el trabajo:

El art. 141 del TRLGSS admite la compatibilidad del percibo de prestaciones económicas por invalidez permanente con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente. Es compatible la pensión de Invalidez Permanente Total, IPA, o Gran Invalidez con la realización de cualquier trabajo, ya sea por cuenta propia o ajena, aunque es necesario que se comuniquen esa situación a la Entidad Gestora competente (artículo 2.1 del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo)¹¹⁷⁵.

Sin embargo los pensionistas de cualquier incapacidad permanente (también los inválidos absolutos y los grandes inválidos) que derive de enfermedad profesional sólo pueden realizar trabajos por cuenta ajena si obtienen autorización previa por parte del INSS. Según el art. 24 del Decreto 3158/1966, de 23-12 –cuya redacción coincide con la del art. 43 de la O. 15-4-1969–, para conceder la preceptiva autorización se deberá tener en cuenta la naturaleza, condiciones del trabajo a realizar así como las circunstancias que concurran en la enfermedad profesional del trabajador¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁵ Vid. STSJ Aragón de 8-3-99 (Ar./1752) en la que se declara la incompatibilidad entre una pensión de IPA y el trabajo realizado como vendedor de cupones.

¹¹⁷⁶ En cuanto a la realización de trabajo por cuenta ajena sin obtener autorización exigida el TS ha declarado que no se pierde el derecho a la revisión del grado de la invalidez, aunque por el nuevo trabajo desempeñado se agrave la situación del trabajador. En ese caso el nuevo salario base a tener en cuenta para fijar la pensión será el que corresponda durante ese periodo de actividad, pese a la infracción cometida (STS 27-2-1990, 757). Como ya se dijo la revisión del grado de la invalidez no supone una revisión de la base reguladora reconocida para calcular la pensión originaria, salvo que se trate de beneficiarios de incapacidad permanente que compatibilizan la percepción de la pensión con el trabajo, mejorando la base reguladora inicial. Lógicamente si el beneficiario sigue trabajando seguirá cotizando por ese trabajo a la Seguridad Social y por ello se tendrán en cuenta esas

El art. 64 del REP (O. 9-5-1962) establecía que era necesario solicitar autorización del Fondo para realizar *cualquier clase de trabajo por cuenta ajena, que concederá o no teniendo en cuenta la peligrosidad del trabajo a que quiera dedicarse*. El incumplimiento de esta norma ("la desobediencia del pensionista a lo resuelto por el Fondo) originaría la suspensión temporal o definitiva de la pensión concedida, previo acuerdo de la Junta Administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad de la Empresa que le hubiera admitido, si a ello hubiera lugar.

Esa obligación impuesta a los pensionistas por enfermedad profesional se extiende a los empresarios que emplean a dichos pensionistas, quienes deben comprobar antes de admitirles al trabajo, que hayan obtenido esa autorización. Esa comprobación recuerda un poco a la exigencia de conocer el certificado de reconocimiento médico previo a la admisión del trabajador en puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional impuesta a la Entidad gestora y a la MATEPSS, cuya inobservancia empresarial también lleva aparejadas determinadas sanciones administrativas¹¹⁷⁷. La medida de fiscalización y control en ambos casos persigue el objetivo de prevención de riesgos, clarísimo en caso de reconocimientos médicos y que en el ámbito de la autorización para compatibilizar trabajo y pensión se deduce por el criterio delimitador de la concesión, esto es, la peligrosidad del trabajo al que quiera dedicarse. En el fondo subyace la misma idea de evitar que el pensionista puede verse perjudicado en su estado patológico invalidante por la naturaleza del trabajo al que se dedica.

Asimismo en caso de incumplimiento de esta norma por parte de empresario y trabajador da lugar a las sanciones previstas en el antiguo art. 193 de la Ley General de Seguridad Social, que integraba la sección Tercera del Capítulo XII y estaba dedicado a las faltas y sanciones¹¹⁷⁸. No

cotizaciones al revisar el grado de invalidez (SSTS 24-4-84, 2122, 23-3-1988, 2366...)

¹¹⁷⁷ Con arreglo al art. 197 del TRLGSS (*Responsabilidades por falta de reconocimientos médicos*) tal incumplimiento por parte de los sujetos responsables implica determinadas obligaciones con la Seguridad Social, a saber: ingresar determinadas cantidades en las arcas de la Seguridad Social o incluso la anulación en caso de reincidencia de la autorización para colaborar en la gestión.

¹¹⁷⁸ Según ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA "la falta de permiso no anula el contrato aunque el empresario puede ser sancionado administrativamente". Véase

obstante este precepto fue derogado por la disposición final primera de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones del Orden Social. Sin embargo del Texto de la Ley¹¹⁷⁹ podemos deducir que esa transgresión del empresario es subsumible en el art. 23, que considera falta muy grave "dar ocupación como trabajadores a beneficiarios de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social". Por otro lado, la infracción del trabajador puede incluirse en el supuesto descrito por la norma en art. 25, calificado como infracción grave, a saber: "efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo siguiente.

Lógicamente al existir esa posibilidad de compatibilizar pensión y trabajo es igualmente posible que concurra una prestación de IT causada por el trabajo que desarrolle el pensionista de incapacidad permanente, v.gr.: STS de 10-6-1997, Ar./4968: "el trabajador tiene derecho a la prestación económica del art. 127 -129 del Texto actual - con independencia de qué etiología de las dolencias que producen esta incapacidad laboral coincida con la que en su día dio lugar a la invalidez total (...)". Solamente si existe un fraude por parte del beneficiario se podría admitir la incompatibilidad¹¹⁸⁰.

b) de pensiones

El art. 122.1 del TRLGSS fija el principio de incompatibilidad entre pensiones a no ser que una disposición legal o reglamentaria establezca lo contrario.

Instituciones de Seguridad...cit., p. 194 y la jurisprudencia que citan al respecto: STS 16-5-1978, 20-1-1984.

¹¹⁷⁹ Nuevo texto refundido aprobado recientemente por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Publicado en el BOE de 8-8.

¹¹⁸⁰ Vid igualmente SSTS 29-9-1995 (6924) y 10-2-1998 (Ar./1797), 10-6-98 (Ar./4698), que han admitido la compatibilidad de la pensión de incapacidad total y el subsidio de incapacidad temporal, basándose en lo dispuesto en el art. 141.1 de la vigente LGSS. Igualmente la jurisprudencia de los TSJ sigue esta doctrina: SSTSJ Cataluña de 21-1-2000 (Ar./857), 15-7-99 (Ar./6485), 13-10-99 (Ar./6444), STSJ Canarias 14-5-99 (Ar./2815), STSJ Comunidad Valenciana 13-4-99 (Ar./2256), STSJ Aragón 15-3-99 (Ar./1861), entre otras muchas.

Con carácter general la pensión de incapacidad es incompatible con la de jubilación¹¹⁸¹. Sin embargo, es compatible con las pensiones de orfandad y viudedad aunque con algunas limitaciones.

Por otro lado, se ha planteado en numerosas ocasiones la compatibilidad entre una pensión de incapacidad por enfermedad profesional con otra pensión de invalidez derivada de enfermedad común. Como consecuencia del carácter lento y larvado de la enfermedad profesional que aparece normalmente en el organismo al cabo de muchos años después de realizado el trabajo causante de la contingencia puede darse la situación de que el trabajador sea posible beneficiario de varias pensiones derivadas de contingencias distintas es decir de una contingencia común y otra profesional (enfermedad profesional) o de un accidente de trabajo y una enfermedad profesional en el supuesto de que las profesiones habituales del beneficiario sean distintas en uno y otro caso. Así por ejemplo, no resultaría nada extraño que un trabajador que abandona la ocupación capaz de provocar una enfermedad profesional y se dedica a una actividad o profesión distinta pueda sufrir lesiones como consecuencia de esa nueva actividad o profesión de carácter permanente y que a su vez concurren con otras lesiones constitutivas de incapacidad permanente pero derivadas éstas de la profesión anterior causantes de una enfermedad profesional

Al respecto el TS ha considerado que existe compatibilidad de pensiones por invalidez, derivada cada una de distintas contingencias si las profesiones habituales a partir de las cuales se valora la incapacidad son distintas. V. STS 21-6-1999 (5225), en la que el beneficiario de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional como consecuencia de la profesión de vigilante segunda en el interior de minas es a su vez beneficiario de la indemnización a tanto alzado por incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo sufrido como consecuencia de su profesión de maquinista-conductor¹¹⁸²

¹¹⁸¹ SSTs 23-6-1997, (Ar./4942), 26-6-1996(Ar./5308), 14-10-92 (Ar./7634).

¹¹⁸² Hay que tener en cuenta que el Tribunal aplica el art. 137 del TRLGSS en la redacción anterior a la Ley 24/1997 de Consolidación y Racionalización, al no existir todavía regulación reglamentaria que desarrolle ese precepto. De modo que aplica los criterios de valoración contenidos en el Texto de 1994 y en el art. 11.2 de la

“La objeción de posible incompatibilidad ex art. 122.1 LGSS/1994 [...] que podría derivar del reconocimiento simultáneo del derecho a las prestaciones económicas derivadas de una incapacidad parcial y de una incapacidad total para la misma profesional habitual, aunque derivaran de distintas contingencias, no puede ser ahora opuesta, no sólo porque las pensiones responden a situaciones distintas y tienden a subvenir distintas situaciones de necesidad originadas por merma en la capacidad laboral, sino fundamentalmente porque es dable entender que las profesiones habituales para las que se ha producido, en un caso imposibilidad de desempeño y en otro merma trascendente en el rendimiento, son distintas (FJ2)”.

5. OTRAS PRESTACIONES

5.1. Los regímenes complementarios de Seguridad Social: las mejoras voluntarias derivadas de la enfermedad profesional.

5.1.1. Introducción.

Dos son las cuestiones que se plantean en relación con la enfermedad profesional. Dicho de otro modo las mejoras voluntarias admitidas por la LGSS (arts. 191 y ss.¹¹⁸³) presentan dos peculiaridades

OM de 15-4-1969 en virtud del cual la profesión habitual en caso de accidente es la que desempeña normalmente el trabajador al tiempo de sufrirlo, mientras que si es una enfermedad aquella profesión habitual es a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiere iniciado la incapacidad temporal de la que deriva la invalidez.

¹¹⁸³ Especialmente el art. 192 que regula la *Mejora directa de las prestaciones*: “Las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo. Por excepción, y previa aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, al as mejoras concedidas por los empresarios con tal condición. No obstante el carácter voluntario para los empresarios, de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, sino es de acuerdo con las normas que regulan su conocimiento”. Junto a estas existen las que establecen tipos adicionales de cotización pero éstas no han sido utilizadas, a diferencia de las mejoras directas, que han proliferado y se han generalizado en la negociación colectiva o bien estableciéndose por un acto unilateral del empresario. No obstante al respecto la doctrina ha

en el ámbito de las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional, a saber: la inclusión dentro del concepto de accidente de la enfermedad profesional y la fecha del hecho causante de la mejora voluntaria.

La primera cuestión ha sido resuelta favorablemente a la integración de la enfermedad profesional, basándose en la idea de que la enfermedad profesional durante mucho tiempo ha estado incluida dentro del concepto de accidente de trabajo (desde la primera Ley protectora de los accidentes de trabajo, Ley de dato de 30-1-1900).

La segunda ha sufrido en la jurisprudencia una evolución importante. Diríamos que el dilema que se plantea reside en considerar la fecha del hecho causante de la mejora como un apéndice de la fecha del hecho causante de la prestación mínima de Seguridad Social a la que va unida o tener en cuenta las particularidades de las enfermedades profesionales y entender que la fecha a tener en cuenta, a efectos de determinar la aplicación de los efectos de la mejora voluntaria, es aquella en la que el trabajador aún prestaba servicios para la empresa donde contrajo la enfermedad profesional que deviene en una incapacidad permanente sobre la que se aplicará la mejora. A la hora de determinar la aplicación de la mejora se ha tenido en cuenta por la jurisprudencia el motivo del cese del trabajador en la empresa, propio o ajeno a la enfermedad profesional:

5.1.2. Asimilación al accidente de trabajo.

Como es sabido la asimilación de la enfermedad profesional al accidente de trabajo es una constante histórica en la evolución de la protección Social, que parte de una protección unitaria de los riesgos

señalado las ventajas e inconvenientes: "junto a las ventajas que pueden suponer para los propios trabajadores afectados, encierran sin embargo un grave riesgo para la estabilidad económica de la empresa que las establece con cargo a sus fondos internos, pues con el tiempo puede hacer recaer sobre ella el peso de un pasivo asfixiante par su economía, con los consiguientes riesgos de que los sistemas de complementariedad establecidos en esta forma puedan resultar burlados por la insolvencia empresarial". Esta es la opinión de J. YANINI BAEZA, en "La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias. Mutualidades, Contrato de Seguro", en AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2ª edición, 1999, pp. 819 y ss.

profesionales, de la que se desgaja con posterioridad la enfermedad profesional. De hecho en la actualidad existe todavía esa conexión entre ambos riesgos profesionales, en la medida en que determinadas enfermedades profesionales son consideradas accidente de trabajo, por cuanto no están listadas en el cuadro legal vigente.

Esa idea es la que subyace en la doctrina jurisprudencial que considera la equiparación entre el accidente de trabajo y la enfermedad profesional a efectos de mejoras voluntarias. Vid. SSTs de 19-7-1991 (6836), 28-2-1992 (130), 19-2-1990 (), 13-2-1991 ()...

Como señala el TSJ de Cantabria en Sentencia de 4-3-1993 (Ar./1579)¹¹⁸⁴:

"[...] el Tribunal Supremo en doctrina contenida en las SS. 19-7-1991 y 28-1-1992 entiende que la expresión «accidente laboral o de trabajo» cuando se emplea en los convenios colectivos sin otra especificación abarca también el concepto legal de enfermedad profesional, pues ambas instituciones tienen una misma razón de ser y su protección legal es muy semejante, sin perjuicio dicha asimilación de que en el propio Convenio puedan especificarse las contingencias únicamente cubiertas, lo que permiten los arts. 41 de la Constitución, 21 de la Ley General de la Seguridad Social y 85 del Estatuto de los Trabajadores. En definitiva debe evidenciarse una voluntad expresa en contrario de antedicha equiparación".

De modo que la exclusión expresa de la enfermedad profesional de la póliza de seguros convenida es elemento imprescindible para poder limitar el ámbito de responsabilidad a los accidentes de trabajo propiamente dicho. Si no existe esa exclusión de la contingencia profesional se interpretan los términos del seguro colectivo con los mismos parámetros que los utilizados en la legislación de Seguridad Social básica. V.gr.: STSJ Cataluña de 14-12-1999 (Ar./4096), en la que se admite la exclusión de la enfermedad profesional al haber sido expresamente excluida del contrato concertado entre la empresa y la compañía aseguradora, pese a que con anterioridad a ese contrato o

¹¹⁸⁴ Se plantea en esta Sentencia si la trabajadora del taller de elaboración que presenta una dermatitis de contacto con el tabaco tiene derecho a cobrar la indemnización prevista en la póliza de seguros, teniendo en cuenta que se trata de una enfermedad profesional no contemplada en el anexo de la póliza.

póliza la empresa habría protegido esa contingencia profesional como mejora voluntaria.

Y es que “la modificación con exclusión de la situación contingencial de la enfermedad profesional llevada a cabo en la mejora voluntaria establecida por voluntad de la empresa, se efectuó por decisión de la misma con anuencia, consentimiento y conocimiento de los trabajadores, entre ellos el actor y sus representantes sindicales”¹¹⁸⁵.

5.1.3. Fecha de efectos de la mejora: determinación del hecho causante y de la entidad responsable

La determinación del hecho causante de la mejora resulta difícil de concretar cuando se trata de una prestación por invalidez derivada de una enfermedad profesional. La cuestión que se plantea en relación con el hecho de que la compañía de seguros responde durante el período de vigencia del contrato (de manera que cubre las mejoras cuyo hecho causante esté incluido en el ámbito de aplicación temporal de dicho pacto colectivo o convencional) reside en la delimitación de responsabilidad cuando existe una sucesión de pólizas de seguro y de posibles entidades responsables y se pretende mejorar la prestación de enfermedad profesional detectada tras el cese en el trabajo. Entonces, ¿cuál es la entidad responsable la que cubre el riesgo en el momento del diagnóstico de la enfermedad profesional o bien la entidad aseguradora con la que tenía concertada el empresario la mejora en el momento del cese en el trabajo?

La jurisprudencia ha sufrido una evolución considerable, cuyo punto de inflexión lo constituye una Sentencia del TS de 20-4-1994 (Ar./3265). El TS modifica la doctrina establecida en Sentencias de 31-5-1985 (2797), 28-11-86 (6526) o 11-6-1987 (Ar./4337), en el sentido de considerar como criterio general para las responsabilidades derivadas de mejoras voluntarias de prestaciones de incapacidad permanente,

¹¹⁸⁵ Véase igualmente SSTSJ Castilla y León/Valladolid, de 17-5-994 (Ar./2205), de 31-5-1994 (Ar./2217), de 31-5-1994 (Ar./3014), de 18-10-1994 (Ar./3797), STSJ País Vasco, 16-5-1995 (Ar./1859), STSJ Galicia de 10-11-1995 (Ar./4162), STSJ Castilla-La Mancha de 24-11-1995 (Ar./4412), STSJ Cataluña de 21-2-1997 (Ar./1834), entre otras muchas.

aplicable a los supuestos de incapacidad permanente por enfermedad profesional, cuando sobreviene después del cese del trabajador en la empresa por motivos distintos de la situación de incapacidad (puede ser la extinción del contrato de duración determinada), la fecha del dictamen de la UVAMI para dar mayor certeza y seguridad a la determinación de la entidad aseguradora que debe asumir el pago de la mejora. El cese puede ser la extinción del contrato.

Esta doctrina del TS se reitera en la Sentencia 15-1-1997 (Ar./117), en la que aplica la misma regla que para causar derecho a las prestaciones mínimas de la Seguridad Social, a saber:

“[...] por ello el criterio apuntado es el que debe prevalecer [es decir, la fecha de la declaración de la invalidez] *en aquellos supuestos en los que el efecto invalidante sobreviene después del cese en el trabajo en la empresa por motivos distintos a la situación de invalidez*, mediando un intervalo en el que tal situación de incapacidad para el trabajo, previsiblemente irreversible, no concurría.

El fundamento de esta línea jurisprudencial recogida en la sentencia de instancia es doble, por una parte responde a la experiencia de que las secuelas resultantes de una dolencia o de un hecho lesivo, no están por regla general predeterminadas en el momento de su acaecimiento sino que dependen de múltiples factores de desarrollo incierto. Por otra parte, la fijación temporal del hecho causante en el momento de la declaración de la invalidez en el sentido indicado es, sin duda, la que aporta mayor seguridad en el tráfico jurídico, permitiendo atribuir con certidumbre las responsabilidades de prestaciones complementarias de Seguridad Social asumidas, e identificar también con facilidad a los empresarios y entidades aseguradoras responsables (SSTS unificación doctrina de 22 de abril, 30 de junio y 9 de julio de 1994).

Las Salas de los TSJ también han modificado su doctrina, aplicando la que fija el TS en la Sentencia indicada, hecho que queda reflejado fielmente en la STSJ Castilla y León/Valladolid, de 18-10-1994 (Ar./3797) en los siguientes términos¹¹⁸⁶:

¹¹⁸⁶ En el mismo sentido la Sentencia del mismo Tribunal de 2-11-1994 (Ar./4423). No obstante en Sentencias de 17-5-1994 (Ar./2205) y de 7-12-1993 (Ar./5333) la Sala aplica la doctrina del TS recogida en las Sentencias de la década de los ochenta, en virtud de la cual la fecha del hecho causante es la del momento en que se genera el proceso patológico, cuando el trabajador todavía presta servicios en la empresa.

SEGUNDO.-Al margen, pues, de la referencia a la nulidad de la póliza, extremo no debatido en momento alguno, debe advertirse que la cuestión suscitada ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de esta Sala, en supuestos de enfermedad profesional; en efecto, inicialmente se sostuvo que el factor determinante, tanto en los supuestos de mejoras de convenio como prestaciones básicas de la Seguridad Social, se hallaba constituido por el hecho causante de las prestaciones, de tal manera que si era posterior a la fecha de extinción del contrato de trabajo no cabía alegar derecho alguno, pero tal criterio fue modificado como consecuencia de la comprobación de no adecuarse al seguido por el propio Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de 31 mayo 1985 y 11 junio 1987 en las que se sostenía la necesidad de, tratándose de enfermedades profesionales, tener presente el hecho de tratarse de dolencias con evolución y etiología lenta y disimulada, determinante de que muchas veces su aparición tenga lugar con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo pese a que, en todo caso y dada la configuración legal de las mismas en el artículo 85 de la Ley de Seguridad Social, la enfermedad tiene su origen en el tiempo en que, por razón del contrato de trabajo, existía exposición al elemento de riesgo.

TERCERO.-Lo cierto es que en el momento actual el tema debatido debe considerarse plenamente pacífico como consecuencia del reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo de 20 abril 1994, en el que, al resolver el recurso para unificación de doctrina y siguiendo un criterio distinto al sostenido en las resoluciones antes mencionadas, ha venido a precisar que, al margen de la contingencia determinante de la invalidez permanente, resulta decisivo acudir al momento del hecho causante de la prestación o a aquel otro anterior en que resulte acreditada la irreversibilidad de las dolencias y de la incapacidad, y ello por la doble razón, continúa afirmando el Tribunal Supremo, de que en la evolución de una dolencia influyen múltiples factores de desarrollo incierto y que, es la solución que aporta mayor seguridad al tráfico jurídico, permitiendo atribuir con certidumbre la responsabilidad de prestaciones complementarias e identificar también con facilidad a los empresarios o entidades aseguradoras responsables.

Esta doctrina se matiza por el TS en Sentencia de 2-2-1999 (4409):

SEXTO.-En distintas ocasiones se ha ocupado la Sala de esta cuestión y ya unificó la doctrina en sus Sentencias de 22 de abril de 1993, 20 de abril y 25 de abril de 1994, 23 de octubre de 1995, 28 de enero y 12 de junio de 1997 y 18 de marzo de 1998 . Aunque la doctrina anterior a esas resoluciones no había seguido una línea uniforme, pues en unos casos se retrotraen los efectos de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social a la fecha del hecho causante que, cuando deriva de enfermedad profesional, se situaba en el momento en que se manifestó el proceso

patológico, las sentencias más recientes han entendido que las consecuencias derivadas de los seguros privados siguen la misma suerte que las prestaciones básicas de la Seguridad Social a que sirven de complemento, cuando se trate de fijar el momento inicial de la incapacidad permanente que, como regla general, será la fecha de emisión del dictamen de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades.

Aunque en algunas resoluciones se declaró que el hecho causante de las mejoras pactadas colectivamente en casos de invalidez permanente es la fecha del dictamen de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades, salvo que la póliza del seguro contuviera estipulaciones en contrario, siempre se advirtió que ésta sería la regla general, pero que admite excepciones; así en la Sentencia de 20 de abril de 1994, reiterando la doctrina expuesta en la anterior de 22 de abril de 1993 se declaró que, a falta de indicación en contrario en la configuración de la mejora voluntaria de la situación de invalidez, el hecho causante de la misma coincide con la fecha de declaración de invalidez que da lugar a la prestación correspondiente de la Seguridad Social básica; la doctrina se reitera en otros pronunciamientos contenidos en las Sentencias de 23 de octubre de 1995 y 28 de enero y 12 de junio de 1997.

SEPTIMO.-La aplicación de aquella doctrina unificada al supuesto de hecho que resuelve la sentencia recurrida, se justifica plenamente por las circunstancias particulares que en él concurren. La póliza de seguro no contiene reserva alguna respecto del ámbito temporal de su eficacia, sino simplemente que el 7 de noviembre de 1995 concluía su vigencia; el 20 de marzo de 1995 fue reconocido el demandante por la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades y no conformándose el interesado con el grado de invalidez reconocido, promovió un procedimiento para que se le reconociera afecto de otro grado de invalidez, pero la Sentencia de 7 de marzo de 1996 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, que alcanzó firmeza, declaró al trabajador afecto de invalidez permanente total derivada de enfermedad profesional, con derecho a las correspondientes prestaciones y efectos desde el 20 de noviembre de 1995, hasta cuya fecha estuvo el demandante prestando servicios en la empresa. Por consiguiente la fecha de efectos de la invalidez permanente reconocida no puede retrotraerse al día en que fue reconocido por la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades, sino a aquel a partir del cual debe considerarse en tal situación, porque así se dispone en una sentencia firme, que no fue recurrida por el interesado, y como la póliza de seguro había concluido su eficacia el 7 de noviembre de 1995, es evidente que Serafín L. L. no quedaba incluido en la cobertura del seguro, por un acontecimiento que debe situarse en el día 20 de noviembre de 1995, y como esta es la solución a que llega la sentencia recurrida, aplicando la doctrina unificada por esta Sala, procede, visto el

informe del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, sin pronunciamiento sobre costas.

Efectivamente la doctrina del TS establecida en Sentencias anteriores (S: 16-7-1990, (6410), 6-7-1992, (5585), 22-4-1993, (3348) en virtud de la que se tenía en cuenta para declarar los efectos iniciales de la prestación complementaria la fecha del dictamen médico emitido por la UVAMI ha sido matizada recientemente por esta Sentencia, a efectos de determinación del hecho causante de la mejora de la prestación.

El Tribunal reconoce que la doctrina anterior a la Sentencia de 2-4-1993 no había seguido una línea uniforme ya que en algunas resoluciones jurisprudenciales se retrotraían los efectos de las mejoras voluntarias a la fecha del hecho causante de la enfermedad profesional, es decir, al momento en que se manifestó el proceso patológico mientras que las sentencias más recientes habían entendido que existía un paralelismo entre las consecuencias derivadas de los seguros privados y las prestaciones básicas de la Seguridad social a las que complementan, al fijar el momento inicial de la incapacidad permanente, que como regla general sería la fecha de emisión del dictamen de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades.

Pues bien la aclaración o matización a la doctrina de fecha del dictamen de la UVMI supone que siendo regla general admite excepciones como es que, a falta de indicación en contrario en la configuración de la mejora voluntaria de la situación de invalidez, el *hecho causante de la misma coincide con la fecha de declaración de invalidez que da lugar a la prestación correspondiente de la Seguridad Social básica*. Esta doctrina se reitera en otros pronunciamientos contenidos en las Sentencias de 23 de octubre de 1995 y 28 de enero y 12 de junio de 1997".¹¹⁸⁷

¹¹⁸⁷ En la Sentencia citada de 1999, el Tribunal concluye que a falta de disposición específica en el contrato de seguro sobre el ámbito temporal de su eficacia y teniendo en cuenta que existe una Sentencia que declara al trabajador en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional, con efectos desde una determinada fecha, esa es el momento del hecho causante de la incapacidad permanente y también de la prestación complementaria: "Por consiguiente la fecha de efectos de la invalidez permanente reconocida no puede retrotraerse al día en que fue reconocido por la Unidad de Valoración Médica de

Aplica esta doctrina del TS la Sentencia del TSJ de Murcia de 8-11-1999 (Ar.3795), rechazando la tesis del recurrente de tomar como fecha del hecho causante de la prestación complementaria la fecha del hecho causante de la incapacidad permanente que para el trabajador es la fecha de inicio de la situación de la IT cuando deriva en permanente y no la fecha del reconocimiento llevado a cabo por la UVMI, criterio que utiliza el juzgador de instancia.

STSJ Galicia de 8-3-99 (343): "en defecto de especificación en el convenio o pacto que establece las prestaciones complementarias de Seguridad Social, en la fecha de la declaración de incapacidad en el ámbito de la Seguridad Social, que es la del dictamen de la UVMI o de la configuración de las lesiones como permanentes e incapacitantes".

No obstante, esta doctrina es aplicable con sus matizaciones a las mejoras voluntarias de prestaciones de incapacidad permanente en casos en que "el efecto invalidante de una enfermedad profesional latente [...] sobrevienen *después del cese del trabajador en la empresa por motivos distintos de la situación de invalidez, y mediando un intervalo en el que tal situación de incapacidad de trabajo previsiblemente irreversible no concurría* (FD 3º, STS 20-4-1994). Por tanto no es aplicable si el cese en el trabajo tuvo su origen en la enfermedad profesional, como puede ser una incapacidad permanente que extingue el contrato.

En estos supuestos la jurisprudencia entiende que la regla de la fecha del hecho causante determinado por la UVAMI quiebra en favor de la fecha en la que el trabajador se hallaba en activo, porque es en ese momento cuando se adquiere la enfermedad, a pesar de que se manifieste con posterioridad. De esta suerte la entidad aseguradora del riesgo de enfermedad profesional en el momento de prestar servicios el trabajador debe asumir el pago de la prestación. Vid. SSTS 31-5-1985 (2797), 28-11-1986 (6526), 11-6-87(4337). En Sentencia de 26-11-1991 (Ar./8274) el TS establece lo siguiente:

"[...] Es pues doctrina consolidada, como norma general, que rige el mismo criterio para determinar el hecho causante en las prestaciones mínimas y en las mejoras voluntarias. Ello no es óbice a que en

Incapacidades, sino a aquel a partir del cual debe considerarse en tal situación, porque así se dispone en una sentencia firme, que no fue recurrida por el interesado".

determinados supuestos especiales, como el de las enfermedades profesionales o en la revisión de las invalideces hayan de tenerse en cuenta su especial índole, como lo muestran las Sentencias de 10-6-1985 (3373), 28-11-1986 (6526), 11-5-1987 (4337) [...]”.

5.2. Particularidades de la pensión de jubilación: aplicación de los coeficientes reductores.

5.2.1. Introducción

Uno de los requisitos exigidos por la Ley para acceder a la pensión de jubilación es haber cumplido sesenta y cinco años de edad. La edad constituye un elemento fundamental de la prestación, pero como toda regla general goza de una serie de excepciones igualmente previstas en la Ley. Una de estas excepciones¹¹⁸⁸ -prevista en el art. 161.2 del TRLGSS: aquella que reconoce la posibilidad de reducir esa edad mínima por Real Decreto en aquellos grupos o actividades

¹¹⁸⁸ Los otros supuestos se refieren a aquellos previstos en las normas relativas a la política de empleo, como son la jubilación parcial o jubilación especial a los 64 años (sobre el empleo de la jubilación como medida de fomento de empleo véanse el RD 1194/1985, de 17 de julio, RD 144/1999, 29-1, por el que se desarrolla el RD Ley 15/1998, de 27 de noviembre de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad), los supuestos previstos en convenio colectivo (vid. STC 22/1981, de 2 de julio), los debidos a planes de reconversión y reindustrialización o crisis del sector (Ley 27/1984, de 26 de julio sobre reconversión y reindustrialización, art. 23 y RD 1990/1984, de 17 de octubre sobre desarrollo de las medidas laborales de la reconversión industrial), así como los supuestos de jubilación a partir de los 60 años a los mutualistas por ser esa la edad de jubilación del sistema de seguros anterior a 1967 (véase sobre este último la Disposición Transitoria Tercera del TRLGSS y la Disposición Transitoria 2ª del RD 1647/1997, 31-11 – norma que desarrolla determinados aspectos de la Ley de Consolidación del Sistema - que establece los coeficientes reductores por jubilación anticipada voluntaria de los mutualistas). Conviene tener en cuenta además la Ley 47/1998, de 23 de diciembre por la que se dictan reglas para reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de Seguridad Social en determinados casos especiales (publicada en el BOE de 29 de diciembre). Dichas reglas se aplican en los supuestos en que el interesado, que ha cotizado a varios Regímenes del sistema de la Seguridad Social, no reúne todos los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación en ninguno de ellos, si se consideran únicamente las cotizaciones acreditadas en cada uno de los Regímenes

profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca-constituye el objeto de análisis de este epígrafe.

La razón de ser de estas bonificaciones de edad de jubilación no es otra que beneficiar al trabajador que ha estado desarrollando tareas o profesiones peligrosas y que por ello acusan más el desgaste físico que los trabajadores de otros oficios. De ahí que la edad real de jubilación pueda ser inferior a aquella fijada con carácter general (65 años).

La aplicación de estos coeficientes reductores va ligada a las enfermedades profesionales en cuanto que algunas de esas actividades penosas, peligrosas o tóxicas que constituyen el motivo de esa reducción de la edad de jubilación se identifican con las actividades capaces de producir una patología profesional de aquel tipo.

Así la actividad de los trabajadores incluidos en el REMC que están expuestos a riesgos de enfermedad profesional gozan del beneficio de la reducción de edad para acceder a la pensión de jubilación. Sin embargo los trabajadores del mar, otro colectivo incluido en el ámbito de la norma de aplicación de coeficientes reductores, están expuestos a riesgo de enfermedad profesional en los mismos términos que cualquier otro trabajador, porque no hay enfermedad asociada específicamente a ese colectivo de trabajadores, salvo una, concretamente las enfermedades provocadas por trabajos con aire comprimido (trabajos subacuáticos en cajón, con escafandra y con o sin aparato respirador individual, actividad que se encuadra en el epígrafe 4 del Grupo E, relativo a las *Enfermedades profesionales producidas por agentes físicos*).

Por tanto, es necesario determinar cuáles son aquellas actividades profesionales peligrosas a juicio del Gobierno (la Ley exige que se establezca en un Real Decreto) a efectos de aplicar los coeficientes reductores y ver si existe alguna conexión con las enfermedades profesionales.

Evidentemente el motivo en sí de la bonificación de edad no es la enfermedad profesional. No obstante, existe una cierta vinculación aunque sea indirecta con ella puesto que la ley presume que en

determinadas profesiones existe un componente de riesgo de envejecimiento prematuro (desgaste físico más acentuado¹¹⁸⁹) que se pretende saldar con la reducción de la edad de jubilación pero no porque haya un riesgo de enfermedad profesional en esa actividad específica, que puede haberlo, pero no necesariamente. En el caso de que lo haya es clara esa conexión pero en otras ocasiones la justificación puede no estar asociada a un riesgo para la salud como es la enfermedad profesional.

5.2.2. Los coeficientes reductores aplicables a los trabajadores de la minería del carbón

La bonificación de la edad de jubilación en el REMC constituye un supuesto en el que concurre la aplicación de edad medida junto con la existencia de determinados riesgos de enfermedades profesionales. Conviene tener presente que todos los mineros, incluidos los de este Régimen Especial, pueden padecer lesiones del menisco (epígrafe 6 c), Grupo E, relativo a las enfermedades profesionales producidas por agentes físicos, del cuadro legal), enfermedades de las bolsas serosas debidas a la presión, celulitis subcutáneas (bursitis perrotuliana del trabajador arrodillado en minas, bursitis glútea del minero, bursitis retrocalcánea del minero, bursitis de la apófisis espinosa de C-7 y subacromio deltoidea del minero; todas ellas incluidas en el epígrafe 6 a) del Grupo E), nistagmus (si realizan trabajos en el interior de la mina, epígrafe 7 del Grupo E), o incluso silicosis provocada por los trabajos expuestos a la inhalación de polvo de sílice, entre los que se encuentran los *trabajos de minas, túneles, canteras, galerías*.

¹¹⁸⁹ El envejecimiento prematuro, según J.L. VAQUERO PUERTA, R. CEÑA CALLEJO, es un fenómeno inespecífico de desgaste, provocado por la fatiga crónica y que acelera el proceso normal de envejecimiento fisiológico. Estos autores distinguen entre patologías específicas e inespecíficas según el factor causante sea el trabajo u otros factores extralaborales, como son las condiciones biológicas previas del organismo del trabajador o circunstancias extralaborales, y que dan lugar a *enfermedades influidas*, aquellas no completamente determinadas por el trabajo así como a síndromes de insatisfacción, fatiga y envejecimiento prematuro. Vid. J.L. VAQUERO PUERTA, R. CEÑA CALLEJO: *Prevención de riesgos laborales: seguridad, higiene y ergonomía*, Madrid, (Editorial Pirámide), 1996, pgs. 30-33.

Con ello se quiere destacar que la reducción de la edad de jubilación pretende compensar de alguna manera los años de trabajo dedicados a esas tareas penosas o peligrosas capaces de producir riesgos de enfermedades profesionales.

El Decreto 298/1973, de 8 de febrero sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la minería del carbón establece en el art. 9 los coeficientes reductores para determinadas categorías y especialidades profesionales de la Minería del Carbón (art. 21 de la Orden de 3 de abril de 1973 que desarrolla el Decreto citado), de manera que se rebaja la edad de jubilación en un período equivalente al que resulta de aplicar al período efectivo de trabajo en alguna de esas categorías el coeficiente reductor, con las particularidades de que ese período de tiempo rebajado se computa como cotizado a efectos de determinar el porcentaje aplicable para calcular la pensión de jubilación y que se aplicará a los trabajadores que accedan a la pensión de jubilación desde cualquier otro Régimen de la Seguridad Social, siempre que hubieran estado incluidos en el REMC en algún momento anterior¹¹⁹⁰, norma , ésta última, que guarda similitud con aquella relativa a la jubilación de inválidos totales del REMC, que permitía acceder a la pensión de jubilación si el pensionista por incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional reconocida en el Régimen General hubiera estado afiliado con anterioridad al REMC (Véase supra epígrafe 4.33.3.)¹¹⁹¹.

¹¹⁹⁰ Cuestión distinta es que el trabajador se encuentra comprendido en ambos Regímenes de la Seguridad Social (REMC y cualquier otro) puesto que entonces solo se aplica la regla de la reducción de edad, mas no la del cómputo a efectos de cotización de dicha reducción.

¹¹⁹¹ También son aplicables los coeficientes si el trabajador que accede a la jubilación no se encuentra en situación de alta o asimilada, según la STS 8-6-1992 (Ar./4538), en interpretación del art. 1.2 de la Ley 26/1985 de 31 de julio y el RD que la desarrolla (1799/1985, 2 de octubre) que exige haber cumplido sesenta y cinco años, pero que pueden ser reales o ficticios y en virtud la interpretación de la exposición de motivos de la ley: [...] "Los beneficios derivados de la aplicación de coeficientes reductores de la edad, tienen lugar incluso para la aplicación de las normas de jubilación anticipada, luego resulta lógica correspondencia, que les sea aplicable cuando tal beneficio lo sea realmente, pudiendo obtener mediante su aplicación la pretendida jubilación, que no puede confundirse con la que con el calificativo de anticipada se produce en determinadas situaciones y que va acompañada, por regla general, de determinadas compensaciones". La STSJ Cataluña, de 23-11-1992

El RD 2366/1984, de 26 de diciembre, sobre reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto minero modifica la escala de coeficientes reductores y además extiende la aplicación de los coeficientes previstos en el Decreto 298/1973 a las actividades de la minería no incluidas en el campo de aplicación del REMC¹¹⁹².

Estas categorías que permiten la reducción de la edad son las de Picador, Ayudante de Picador, Barrenista, Ayudante de Barrenista, Posteador Minero de Primera, Artillero, Técnico o Vigilante de explotación en talleres de arranque o preparación, Ayudante Artillero, Entibador, Ayudante de Entibador, Caballista, Maquinista de tracción, Vagonero y Rampero, Tubero o Camionero. Según la penosidad o peligrosidad de la tarea o profesión se le aplica un coeficiente mayor o menor: para los trabajadores de interior el coeficiente oscila entre el 0.20 y el 0.50¹¹⁹³.

(Ar./5547) aplica esta doctrina del TS ("el art. 1.2 de la Ley 26/1985 no implica exclusión del beneficio inicialmente concedido a la minería del carbón). No obstante no son de aplicación cuando los trabajadores prestaron sus servicios en el sector de la minería del carbón con anterioridad a la creación del Régimen Especial (Decreto 384/1969, 17-3), según las SSTS 26-10-1993 (Ar./8072), 20-11-1991 (Ar.8526).

¹¹⁹² Este Real Decreto desarrolla el Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que aprueba el Estatuto Minero (BOE 4-1-1984), especialmente el art. 21 de dicho Estatuto en el que se anuncia la reducción de la edad de jubilación de los grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto (trabajos de minería relativos a la investigación, explotación y aprovechamiento de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos cualquiera que fuere su origen y estado físico, con exclusión de los hidrocarburos tanto líquidos como gaseosos) y no comprendidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón, "cuando concurren circunstancias de penosidad, toxicidad, peligrosidad e insalubridad en similares términos que dicho régimen especial establece". El Gobierno debía dar cumplimiento de esta norma en el plazo de seis meses y aprobar un RD que fijase la reducción de la edad de jubilación en esas condiciones. Fruto de este mandato es el RD 2366/1984, cuyo anexo relaciona los distintos coeficientes reductores y las categorías profesionales que se aplican. Ver la STS 7-2-1996 (Ar./4369), en la que se da cuenta de la aplicación del Real Decreto 2366/1984 y se reconoce la exclusión del ámbito de la norma las actividades de los trabajadores de las oficinas y dependencias administrativas, talleres y otros centro análogos, a quienes no se les aplican los oportunos coeficientes reductores.

¹¹⁹³ Por otro lado el RD 2366/1984, 26-12 establece un tratamiento distinto en el Anexo para los trabajadores de interior y los de exterior. A los primeros les aplica los

Esos coeficientes se distribuyen entre las categorías de trabajadores de interior:

mismos coeficientes reductores previstos en el D. 298/1973 si desempeñaban labores correspondientes a las categorías incluidas en el Anexo, sin otra condición. Pero para los segundos el Anexo no concreta categorías sino que expone unas reglas o criterios de carácter genérico "reglas que necesitan ser desarrolladas de la forma que prescribe el artículo 2.2 del Decreto aludido, para poder llevar a cabo la aplicación de dichos coeficientes a categorías y puestos determinados", según la STS 7-2-1996 (Ar./4369). En este último supuesto las asimilaciones de categorías profesionales o puestos de trabajo debían establecerse por el MTSS, previo informe de las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas del sector minero. Es más la asignación de los coeficientes reductores a esas categorías se efectúa mediante un especial expediente administrativo, que se inicia mediante solicitud formulada por los representantes de los trabajadores (electivos o sindicales) y finaliza con la resolución de la Dirección General del Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social. La finalidad de ese expediente no es asignar de forma individual un coeficiente reductor sino "declara de forma conjunta y colectiva que los puestos o categorías de exterior de un determinado centro de trabajo, de una o varias dependencias, o de ciertos talleres o lugares donde se presta servicio a una concreta empresa minera, cumplen las condiciones que genéricamente señalan los números 5 a 8 del anexo, y que en consecuencia precisan el coeficiente reductor que corresponde a cada uno de esos puestos o categorías". Por eso concluye el TS es necesario que exista una Resolución de la Dirección General del Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social para aplicar los coeficientes reductores a los trabajos de exterior que por su diversidad y dispersión no han sido concretados por el legislador, el cual remite a la tramitación del expediente señalado para aplicarlos: "La filosofía que se desprende de todo lo que viene exponiendo es que en las actividades de exterior, en principio y normalmente, no se adquiere el derecho al beneficio reductor comentado; sólo cuando, a través del cauce procedimental antedicho, la resolución de la Dirección General referida ha efectuado la correspondiente asignación de coeficientes a las categorías o puestos de un centro, taller o lugar de trabajo, es cuando nace el derecho, por parte de quienes desempeñan su labora en ellos a gozar de tal beneficio." La doctrina del TS que contiene esa Sentencia es reiterada en SSTS 19-11-1996, 12-12-1996, 20-2-1997 (Ar./1455). Igualmente en de aplicación de los coeficientes reductores de edad del personal de exterior se plantea en la STSJ Comunidad Valenciana de 17-9-1998, aplicable aunque el trabajador esporádicamente entraba en el interior de la mina (sus tareas se desarrollaban por naturaleza fuera de la mina). Asimismo sobre la aplicación del coeficiente reductor a un trabajador que prestaba servicios en el interior y exterior, STSJ Extremadura de 14-7-1992 (Ar./3541).

- 0.50 para Picador¹¹⁹⁴, Barrenista y sus Ayudantes¹¹⁹⁵, Minero de Primera;
- 0.40 para el Posteador, entibador en labores de recuperación y estaje¹¹⁹⁶, Maquinista de Tracción, Técnico o Vigilante en labores de

¹¹⁹⁴ En virtud de la Orden del Ministerio de Trabajo de 18-4-1977, sobre aplicación de coeficientes reductores a determinadas categorías y especialidades profesionales en el Régimen Especial de la Minería del Carbón (BOE 29-4-77), el especialista de tajo en dirección de empresa "Minas y Ferrocarriles de Utrillas, S.A." se asimila a la categoría profesional de picador del mismo modo que la categoría de profesional de maquinista de arranque (definida en la Ordenanza de Trabajo para la Minería del Carbón) que por Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 30 de julio de 1987 (BOE 14-8-87). En este sentido una Resolución de la DGRJSS de 9 de septiembre de 1987 asignaba los coeficientes reductores al personal minero de una empresa concreta conocida por la peligrosidad de las actividades que desarrollan en las que existe riesgo de inhalaciones de mercurio que pueden provocar la enfermedad profesional de hidrargirismo, a saber "Minas de Almadén y Arrayanes, S.A.". Esta Resolución excluía la aplicación de los coeficientes reductores de edad a los puestos de trabajo del Departamento de la Metalurgia en los que se podía adquirir aquella enfermedad profesional, al entender que la Metalurgia no es una actividad minera comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley de Minas (L. 22/1973, 21-7) y del Estatuto del Minero (RD 3255/1983, 21-12). La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS anula aquella resolución administrativa por la exclusión que realiza, ya que la Administración demanda debía haberse pronunciada acerca de cada uno de los puestos de trabajo del Departamento de la Metalurgia (Sentencia de 25-3-1999, Ar./2847) ya que las actividades de metalurgia se consideran como parte ordinaria de la empresa dedicada a la actividad minera.

¹¹⁹⁵ La Orden del Ministerio de Trabajo de 10-2-1975, sobre aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación a determinadas categorías y especialidades profesionales en el Régimen Especial de la Minería del Carbón (BOE 18-2-1975) establece la asimilación de la categoría profesional de *ayudante minero* (definida por la Ordenanza de Trabajo para la Minería del Carbón, aprobada por Orden de enero de 1973) según el trabajo que desempeñe, a saber: si se trata de auxiliar a los picadores estarán incluidos en el grupo 1 (apartado a del artículo 9), si el trabajo consiste en auxiliar a los entibadores o a otros minero incluidos en los grupos 2 y 3 (apartado b y c del art. 9) se incluyen en el segundo grupo, mientras que si no realiza ninguna actividad descrita se incluye el ayudante minero en el grupo 4 (relativo a las restantes categorías de interior, apartado d) del art. 9). Si el ayudante minero tiene la condición de vagonero estará incluido en el grupo 3 (apartado c) del precepto).

¹¹⁹⁶ Véanse al respecto las Resoluciones de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 15 de junio de 1990, 18 de junio de 1993, 18-10-1993. En esta última la Dirección General admite aplicar el mismo coeficiente (0.40) al

arranque y preparación, Artillero y Caballista de Interior y de Frenero o enganchador de Interior¹¹⁹⁷;

- 0.30 para los Ayudantes Artillero, Técnico o Vigilante que no realicen trabajos o labores en talleres de arranque o preparación, Ayudante de entibador, Caballista, Vagonero y Rampero, así como para el Tubero o Camionero por los períodos de trabajo realizados en talleres de arranque y preparación¹¹⁹⁸ y
- 0.20 para el resto de categorías de interior. Para los trabajadores de exterior se aplica el 0.05 y el 0.15 para los trabajadores trasladados de servicios de interior a puestos de exterior, en virtud de un precepto legal o reglamentario¹¹⁹⁹.

Aquellos que están expuestos a riesgo de enfermedad profesional de silicosis, por ser ésta el peligro más acuciante para los trabajadores del sector de la minería el carbón, como son los Picadores, Barrenistas y sus ayudantes o asimilados a ellos por Real Decreto tienen previsto un mayor coeficiente (0.50).

entibador en labores de colocación de solera y corriendo viga asimilándolo al entibador de recuperación y estaje.

¹¹⁹⁷ Categorías profesionales (Caballista de Interior y de Frenero o Enganchador de Interior) incluidas por RD 9/1991, de 11 de enero sobre normas de cotización para 1991, Disposición Adicional Segunda. BOE 16-1-1991.

¹¹⁹⁸ La OMTSS de 24-10-1988, sobre aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación a determinadas categorías y especialidades profesionales en el REMC (BOE 2-11-1988) las categorías profesionales de Oficial Mecánico de Explotación y Oficial Eléctrico de Explotación si cumplen con algunos requisitos (ejecuten trabajos generales de su oficio con la debida perfección y normal rendimiento, además de otros como montajes, mantenimiento preventivo y diagnóstico y preparación del material y equipo eléctrico o mecánico empleado en las explotaciones, y desarrollen su actividad durante toda la jornada en las mismas, poseyendo las aptitudes físicas necesarias para realizar su trabajo dentro de aquéllas) están incluidos en este apartado.

¹¹⁹⁹ A estos efectos la Resolución de la Dirección General de prestaciones de la Seguridad Social de 4-4-1978 considera errónea la interpretación de aplicar el coeficiente 0.15 en aquellos traslados de puesto de trabajo que se puedan producir en el interior. En ese caso se aplica el coeficiente que corresponda a la categoría profesional del nuevo puesto de trabajo mientras que si se trata de un traslado de servicios de interior a puestos de exterior se aplicará el 0.15 por 100.

En este sentido, se han venido realizando asimilaciones a esas categorías o especialidades por vía reglamentaria (de las que se ha dado cuenta en las notas a pie de página) como la que ocurre en 1990 con el RD 234/1990, 23-2, sobre cotización en el Sistema de la Seguridad Social que modifica la escala de coeficientes reductores, incorporando la Categoría de Minero de Primera en el primer apartado (apartado a), art.9 del D. 298/1973) que prevé la aplicación de un coeficiente reductor del 0.50¹²⁰⁰, Asimismo el RD 863/1990 de 6 de julio incluye en este primer grupo a quienes ostentan la categoría de Estemplero y desarrollan trabajos en los frentes de arranque en condiciones análogas de penosidad y peligrosidad a las que concurren en el caso del Picador, barrenista o demás categorías del grupo, mientras que si los trabajadores con aquella categoría participan en labores de arranque o avance de forma indirecta esa categoría se incluye en el grupo 2 (0.40)¹²⁰¹.

No cabe duda de que las categorías incluidas en el primer apartado del precepto que presentan un mayor coeficiente reductor están vinculadas a las actividades con mayor riesgo de contraer la enfermedad profesional de Silicosis, porque están más expuestos a la inhalación de polvo de sílice libre, agente que provoca la enfermedad. De ahí que pueda afirmarse que esos coeficientes están pensados para procurar la salida o expulsión de los trabajadores con mayor peligro a la enfermedad profesional del mercado de trabajo, presumiendo que son quienes más pueden sufrir los efectos nocivos derivados del puesto de trabajo.

¹²⁰⁰ Los trabajadores que realicen trabajos (con independencia de su categoría) de Entibador, en labores de recuperación y estaje, maquinista de tracción, técnico o vigilante en labores de arranque y preparación se asimilan a las categorías del segundo grupo (coeficiente del 0.40) y la categoría del Técnico o Vigilante que no realiza labores de arranque o preparación se incluye en el tercer grupo (0.30), según aquella disposición.

¹²⁰¹ Sin embargo si pese a tener esta categoría profesional no se incluye en el REMC el trabajador puede beneficiarse de la aplicación de los coeficientes reductores previstos para la categoría de Posteador por el RD 2366/1984, 26-12, según el RD 863/1990 citado.

5.2.3. La bonificación de la jubilación otros trabajadores.

En este epígrafe se va a tratar la jubilación anticipada del colectivo de trabajadores ferroviarios, de los trabajadores del régimen especial del mar, del colectivo de trabajadores de personal de vuelo, especialmente.

Respecto a los primeros debemos distinguir un régimen general de jubilación anticipada y un régimen excepcional que opera cuando los trabajadores desarrollan tareas excepcionalmente peligrosas, que interesa analizar por su posible conexión con la enfermedad profesional. El RD 2621/1986 de 24-12 –en virtud del cual se integra el Régimen Especial de las Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios en el Régimen General¹²⁰²– contiene las normas particulares de integración y el régimen de jubilación anticipada de los trabajadores ferroviarios¹²⁰³.

¹²⁰² Igualmente se integran en este Régimen los jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas mientras que el Régimen Especial de Escritores de libros se integra en el RETA por este Real Decreto publicado en el BOE de 30-12. Respecto a los artistas y toreros existen normas de aplicación sobre la jubilación anticipada pero con reducción de la pensión en un 7-8%, dependiendo de las circunstancias. Sólo en el caso de cantantes, bailarines y trapezistas se admite la jubilación a partir de los 60 años de edad cuando hubieran trabajado en la especialidad un mínimo de 8 años durante los 21 años anteriores a la jubilación, sin penalización por reducir la edad de jubilación si bien no se trata de una reducción por razón de trabajos penosos o peligrosos –pese a que puede ser discutible esta afirmación (arts. 11 y 18 del RD 2621/1986).

¹²⁰³ La Disposición Transitoria Segunda del RD citado contiene dos normas particulares aplicables (de carácter transitorio, lógicamente) a las siguientes situaciones: 1) jubilación anticipada a partir de los 60 años de edad si el interesado ha ingresado en RENFE antes del 14-7-1967 o en FEVE antes del 19-12-1969; en este grupo se incluyen los trabajadores al servicio de la empresa "Ferrocarriles Vascos, S.A." provenientes de FEVE o de cualquier otra compañía concesionaria de ferrocarriles de uso público en virtud del RD 1588/88, 29-12 así como los trabajadores de la empresa "Ferrocarriles de la Generalitat de Catalunya" que hayan ingresado antes de esas fechas en la compañía ferroviaria de uso público (tal y como ha reconocido la jurisprudencia del TSJ de Cataluña y del TS), 2) jubilación a los 55 años de edad cumplidos de los trabajadores que reúnan una serie de requisitos, a saber: hayan ingresado en RENFE o FEVE antes de las fechas señaladas con anterioridad y tengan cubiertos, al menos 25 años de servicios cotizados al 1 de enero de 1987 (fecha de entrada en vigor del RD 2621/1986), se encuentren en situación de alta en el momento del hecho causante. Ver al respecto la STS de 11-10-1991 (Ar./8195), en la que se admite que cada uno de los supuestos de jubilación anticipada (estos dos de carácter transitorio más el previsto para los trabajos excepcionalmente penosos o

El art. 3 del RD 2621/1986 se refiere a las reducciones de edad mínima de jubilación por razón de trabajos excepcionalmente penosos o peligrosos. Según la STS 11-10-1991 (Ar./8195):

"[...]Estas reducciones sólo pueden aplicarse a los trabajadores pertenecientes a alguno de los grupos o categorías profesionales que se precisan y detallan en la escala que se recoge en el núm. 1 de este art. 3, y la disminución en la edad de jubilación que en cada caso habrá de tenerse en cuenta, se determinará conforme al coeficiente reductor señalado en la citada escala para las diferentes categorías, aplicándolo «al período de tiempo efectivamente trabajado en tales grupos y actividades». Es indiscutible que este beneficio del art. 3 del referido Real Decreto sólo puede alcanzar a las personas que pertenezcan a alguna de las categorías y actividades comprendidas en la antedicha escala."

La Sala del TS en Sentencia de 24-6-1994 (Ar./9712) reitera la idea de aplicar los coeficientes reductores a los trabajos incluidos en la lista del art. 3, precepto que lista las actividades penosas y peligrosas. Los coeficientes son dos 0.15 o 0.10, según el grupo o actividad profesional¹²⁰⁴. En el primer grupo se encuentran el jefe de maquinistas, maquinista de locomotora de vapor, ayudante de maquinista de locomotora de vapor, oficial calderero chapista en depósito que pueden estar expuestos al riesgo de hipoacusia o sordera provocada por el ruido (provocada por la utilización de motores diesel, en particular en las dragas y los vehículos de transportes de ruta, ferroviarios y marítimos o

peligrosos) "es por completo independiente de los otros dos, de modo que si el empleado reúne las condiciones y exigencias que en uno de ellos se imponen para poder obtener una jubilación anticipada, le ha de ser reconocido necesariamente tal beneficio, en la forma y con las peculiaridades propias de este supuesto; y ello aun cuando no cumpla las exigencias que se establecen en los dos restantes casos". De esta suerte reconoce el derecho de la actora a jubilarse anticipadamente por la norma segunda de la Disposición Transitoria, al reunir esos requisitos. Asimismo ver Enciclopedia Ciss, Comentarios XI-JUBILACIÓN, pp. 98/6-14 y 98/6-15.

¹²⁰⁴ Según el art. 3.2 las fracciones de año superiores a seis meses efectivamente trabajados se computan como un año completo y se desprecian las inferiores. Si se trabaja más de seis meses en actividades con distintos coeficientes, se computa como un año cumplido en aquella actividad en la que se acredite la fracción mayor. Asimismo el período de tiempo de reducción de la edad de jubilación se computa como cotizado a efectos de determinar el porcentaje aplicable para calcular la pensión.

por trabajos de calderería), o al riesgo de enfermedades por fatiga de las vainas tendinosas, de los tejidos peritendinosos, de las inserciones musculares y tendinosas que afectan a los caldereros. En el segundo grupo se integran multitud de categorías que también están expuestos a riesgo de enfermedad profesional como son el maquinista tracción diesel, el ayudante de maquinista autorizado tracción diesel, jefe de equipo calderero chapista, oficial de oficio calderero chapista, jefe de equipo forjador, jefe de equipo fundidor, oficial de oficio fundidor entre otros. Así los trabajos en fundición de hornos pueden provocar un tipo de enfermedad profesional provocada por un agente enfermante como el óxido de carbono (epígrafe 23 del Grupo A) *Enfermedades profesionales producidas por los agentes químicos*).

Por otro lado, el art. 37.3 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto¹²⁰⁵ por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar establece que la edad mínima de la pensión de jubilación aplicable (la de 65 años, prevista en el Régimen General) puede ser reducida por Decreto (a propuesta del Ministerio de Trabajo y previo informe de los Sindicatos)¹²⁰⁶ en aquellas actividades profesionales de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre en las que se acusen elevados índices de morbilidad o siniestralidad. En este ámbito se introduce otro criterio ajeno a la peligrosidad, penosidad o insalubridad de la actividad profesional para aplicar los coeficientes reductores como es que la actividad profesional "implique una continua separación familiar y alejamiento del hogar".

El Decreto 2309/1970 desarrolla lo dispuesto en el art. 37.3 citado establece la escala de coeficientes, atendiendo a tres grupos: marina mercante, peca y estibadores portuarios. En los dos primeros el coeficiente es variable según la embarcación donde se realizan los

¹²⁰⁵ Aprueba el Texto Refundido de las Leyes 116/1969, 30-12 y 24/1972, 21-6. BOE 10-10-1974.

¹²⁰⁶ El art. 77 del Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, reguladora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (Decreto publicado en el BOE 11-7), establece que la edad mínima para percibir la pensión de vejez será la establecida en el Régimen General de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo se determine a estos efectos de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 37 de la Ley 116/1969.

trabajos de marina mercante o de pesca¹²⁰⁷. Sin embargo para los estibadores portuarios se fija un coeficiente único (0.30)¹²⁰⁸ para las categorías profesionales que se relacionan: capataces generales, capataces de operaciones, jefes de grupo, amanteros, maquinilleros, gruistas, conductores, estibadores, gabarreros, osteros, escaladores, clasificadores, arrumbadores y arrastradores de cajas de pescado. Quiere ello decir que con carácter general el criterio profesional no es elemento determinante de la aplicación del coeficiente puesto que prima el criterio del lugar de trabajo por encima del puesto de trabajo¹²⁰⁹. Sólo

¹²⁰⁷ En la marina mercante si el trabajo se realiza a bordo de embarcaciones con navegación de altura y gran cabotaje o de las zonas 2ª y 3ª (la Ordenanza de Trabajo de la Marina mercante de 20-5-1969 -BOE 1-5 julio- establece cuáles son los puertos que comprende cada zona) los coeficientes aplicables son 0.40 (para los trabajos en embarcaciones petroleras), 0.35 (embarcaciones de carga), 0.25 (embarcaciones de pasaje). Si la navegación es de cabotaje (la STSJ Galicia de 18-6-99, AR./1702 interpreta los términos "gran cabotaje" y "navegación de altura"), o de la 1ª Zona esos coeficientes se reducen a 0.30, 0.25 y 0.20, respectivamente para los petroleros, carga y pasaje. Si se trata de una actividad de pesca el coeficiente varía según la embarcación donde se realizan los trabajos (de cualquier naturaleza), a saber: congeladores, bacaladeros y parejas de bacaladeros (0.40), arrastreros de más de 250 TRB (0.35), embarcaciones pesqueras (0.30, 0.25, 0.20, según sean mayores de 150, de 50 a 150, de más de 10 hasta 50 TRB, respectivamente). La Orden del MTSS 17-11-1983 (BOE 24-11-1983) desarrolla el Decreto 2309/1970, en materia de reducción de la edad mínima para causar pensión de jubilación en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar y asimila a los buques de carga determinadas embarcaciones (buques con actividad mixta de carga y pasaje, embarcaciones dedicadas a remolque, arrastre de plataformas, viajes de pruebas de barcos de nueva construcción y otras actividades similares). Pero lo más interesante es la norma que establece de computar el período de tiempo en que resulte reabajada la edad de jubilación del trabajador como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión (sobre la aplicación de esta norma véanse las SSTSJ Galicia de 26-7-1999, Ar./5712, 29-12-199, Ar./6722). Las Resoluciones de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 8-1-1990 y 30-4-1992 extienden la aplicación de los coeficientes reductores de la edad legal de jubilación a los trabajadores de los buques congeladores de cefalópodos del banco canario-sahariano y a los tripulantes de los buques congeladores de marisco en el caladero de Marruecos, respectivamente.

¹²⁰⁸ Los coeficientes se modifican por Orden de 17-11-1983 (BOE 24-11) y RD 863/1990, 6-7 (BOE 7-7) Sobre su aplicación la Circular nº 12/1990, 28-11 fija una serie de criterios e instrucciones.

en el último grupo, el de los estibadores portuarios¹²¹⁰, se valora el trabajo realizado según la categoría profesional, que pueden presentar algún tipo de riesgo de enfermedad profesional.

Así por ejemplo la carga o descarga de mercancías puede provocar las enfermedades infecciosas o parasitarias transmitidas al hombre por los animales o por sus productos y cadáveres (enfermedades incluidas en el Grupo D) *Enfermedades profesionales, infecciosas y parasitarias*, epígrafe 3). Esta actividad fue incorporada al cuadro legal de enfermedades profesionales y sus principales actividades capaces de producirlas por RD 2821/1981, 27-11 (BOE 1-12). No obstante esta no es la única patología asociada a las actividades descritas a las que son aplicables los coeficientes reductores sino que la carga y descarga de mercancías puede provocar parálisis de los nervios debidas a la presión (epígrafe 6 e) del Grupo E)

¹²⁰⁹ En cualquier caso el cómputo de las bonificaciones según el art. 2 se realiza teniendo en cuenta para cada trabajador los períodos de su vida laboral agrupados por actividades de idéntico coeficiente. El total de días acreditados en cada grupo de actividades se dividirá por 365 y las fracciones de año que excedan de 100 días se consideran años completos, despreciándose los períodos inferiores. Por tanto se multiplican los años trabajados en distintas actividades por el coeficiente respectivo. Por otro lado, los coeficientes son aplicables aunque al acceder a la pensión de jubilación desde otro Régimen de la Seguridad Social si el trabajador hubiera prestado servicios en actividades incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (art. 3). Sobre el particular véanse las STSJ Galicia de 3-11-1999, Ar./6856, STSJ Cataluña de 8-11-93, Ar./4881. Asimismo la jurisprudencia aplica el principio de aplicar la bonificación aunque el trabajador no se encuentre en alta o situación asimilada al alta, doctrina del TS (S. 8-6-1992) en relación con los trabajadores de la minería del carbón que se aplica también a los trabajadores del mar, según las STSJ Andalucía/Sevilla, de 10-7-1997, Ar./5254, STSJ Andalucía/Málaga de 11-9-1998, Ar./4267, STSJ Galicia 21-10-1996, Ar./3610.

¹²¹⁰ La relación laboral especial de los estibadores portuarios se regula en el RD Ley 2/1986, 23-5 *sobre el servicio público de estiba y desestiba*, que considera como actividades integrantes en ese servicio las labores de carga, descarga, estiba, desestiba y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo en los buques y dentro de la zona portuaria. Sobre la edad de jubilación de los estibadores portuarios véase la orden de 3-1-1977 (BOE 28-1) y el Oficio-circular de 15 de abril de 1985 de la Subdirección General de la Seguridad social de los Trabajadores del mar, sobre edad a la que los estibadores portuarios tienen derecho a la pensión de jubilación.

En conclusión de lo dicho se desprende que la reducción de edad por el trabajo realizado penoso, peligroso o insalubre está vinculado a las circunstancias que concurren en el lugar de trabajo, salvo para un colectivo de trabajadores como son los estibadores portuarios expuestos a determinados riesgos de enfermedades profesionales.

Por otro lado, la ocasión merece destacar que en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social no existe norma específica sobre aplicación de coeficientes reductores lo cual sorprende por la penosidad de determinadas tareas agrícolas y porque en este ámbito existen determinadas patologías asociadas al trabajo incluidas en una lista propia de enfermedades profesionales como las enfermedades causadas por el plomo y sus derivados utilizados en la preparación y empleo de insecticidas con arseniato de plomo, las enfermedades parasitarias (anquilostomiasis, anguillulosis, paludismo, entre otras) provocadas por los trabajos de saneamiento y transformación de zonas palúdicas o las dermatosis profesionales producidas por las sustancias que se utilizan¹²¹¹.

Otro colectivo que goza del beneficio de la reducción de edad por la penosidad del trabajo es el personal de vuelos aéreos comprendido en el Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio¹²¹², por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos.

La edad para acceder a la jubilación se reduce en función del tiempo trabajador y de la categoría profesional, entendiéndose que se trata de una actividad penosa en la que existe un envejecimiento

¹²¹¹ No obstante existen normas especiales destinadas a fomentar el cese anticipado en la actividad agrario a través del establecimiento de un régimen de ayudas orientadas a los agricultores que ejercen la actividad agraria a título principal y aquellos trabajadores que acrediten una clara vinculación con la actividad agraria y con la explotación del titular que cesa en su actividad. Son ayudas que se otorgan por el cese orientado al abandono de la actividad agraria así como el cese con cesión de explotación a otro titular. Sobre este tema véanse AA.VV.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social* (Dir. J.I. GARCÍA NINET), Valencia, CISS, 1998, 1ª edición, pp. 59-60 (incluidas en el Capítulo I. Régimen Especial Agrario, de C. AGUT GARCÍA)

¹²¹² BOE 31-7-1986.

prematureo¹²¹³. Concretamente los tripulantes técnicos de vuelo incluidos en la Ordenanza Laboral para el personal de las Compañías de Trabajos Aéreos¹²¹⁴ y comprendidos en el ámbito de aplicación del RGSS (esto es, que sean trabajadores por cuenta ajena) que realizan trabajos aéreos son los sujetos beneficiados por la bonificación de la edad de jubilación.

Son dos los coeficientes reductores 0.30 (mecánico de aeronave, navegante operador de fotografía aérea, operador de medios tecnológicos, fotógrafo aéreo y operador de cámara aérea) y 0.40 (para piloto y segundo piloto)¹²¹⁵. Está claro que existe una relación entre la actividad realizada y el desgaste físico o perjuicio para la salud del trabajador que la realiza, de ahí la aplicación de ese coeficiente. No obstante, este colectivo está sometido a un tipo de enfermedad profesional como es aquella provocada por trabajos con aire comprimido provocada por el fracaso de los sistemas de presurización durante vuelos de gran altitud o incluso a la hipoacusia o sordera provocada por el ruido en trabajos de tráfico aéreo. Todos los trabajadores que desarrollan sus tareas en un vuelo están expuesto a este riesgo de enfermedad profesional, con independencia de su categoría. Con ello se pretende poner de manifiesto que pese a la bonificación de determinadas categorías de personal de vuelo¹²¹⁶, todo el

¹²¹³ Según la Exposición de Motivos de la norma "las peculiares condiciones de la actividad aeronáutica y el prematuro envejecimiento que ésta conlleva junto con la obligada superación de exámenes médicos y psicofísicos con carácter periódico, tienen como consecuencia la retirada de licencias de vuelo en fechas anteriores a la edad en que dichas personas pueden alcanzar, en la Seguridad Social, pensión de jubilación. A su vez, deben tenerse en cuenta las especiales condiciones de peligrosidad y penosidad en que se desarrollan los denominados trabajos aéreos".

¹²¹⁴ Aprobada por Orden Ministerial de 30 de julio de 1975. BOE 14-8-1975.

¹²¹⁵ El art. 2.2. del RD insta al Ministerio de Trabajo a llevar a cabo las asimilaciones de categorías profesionales necesarias para aplicar los coeficientes reductores. Asimismo se prevé la aplicación de la reducción a los trabajadores que realizan simultáneamente actividades de tripulante técnico de vuelo y otra/s que determine/n su inclusión en cualquier Régimen de la Seguridad Social. Si la jubilación tiene lugar en otro Régimen de la Seguridad Social pero el trabajador ha estado incluido en el ámbito de aplicación del Real Decreto procede aplicar también el coeficiente (tanto a efectos de reducción de edad como a efectos de cotización).

¹²¹⁶ En el Modelo TC-2/13 de Relación nominal de Trabajadores correspondiente a trabajadores ferroviarios, Estatuto minero y personal de vuelo debe reflejarse cuál es

colectivo de trabajadores comprendido en un vuelo está sometido a los efectos de ese agente enfermante como es el aire comprimido (conviene recordar que esas enfermedades están incluidas en el epígrafe de las Enfermedades profesionales producidas por agentes físicos, Grupo E, epígrafe 4).

Por tanto no se está beneficiando de la aplicación del coeficiente todo trabajador sometido a un riesgo de enfermedad profesional sino aquéllos que están expuestos a un factor más general como es el envejecimiento prematuro. Como señala la exposición de motivos “si bien existe un contexto objetivo de trabajo que afecta a la generalidad del personal de vuelo, deben tratarse por separado y de modo diferenciado las distintas categorías, atendiendo al contenido parituciar del puesto de trabajo y a su incidencia en la vida activa de cada trabajador”.

Evidentemente en esos términos (envejecimiento prematuro) se incluyen conceptos más amplios que el de enfermedad profesional, provocada por el trabajo, y por tanto, con una causalidad única. En el “envejecimiento prematuro” se incluyen elementos profesionales como es el trabajo pero no es el único factor causal del deterioro de la salud del trabajador sino más bien coadyuvante.

5.3. Las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional.

5.3.1. Introducción

La tutela que dispensa nuestra legislación de Seguridad Social al trabajador víctima de una enfermedad profesional alcanza –como ya se ha analizado- a las prestaciones de incapacidad –temporal/permanente, real/ficticia-, de las que se beneficia aquel sujeto, pero además protege a otros sujetos, beneficiarios de las prestaciones que causa el trabajador o pensionista, cuando fallece por una enfermedad profesional. Esto es así desde la aparición de la primera Ley de protección social como fue la Ley

el coeficiente reductor por la edad que corresponde por la categoría profesional en la columna 5.1.

de accidentes de trabajo de 30-1-1900 y se ha mantenido hasta nuestros días¹²¹⁷. Ciertamente el hecho causante de las indemnizaciones previstas en aquella Ley era, y sigue siéndolo en el TRLGSS, la muerte debida a causa de un riesgo profesional, accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Teniendo en cuenta la evolución legislativa de la materia¹²¹⁸, no es de extrañar que la enfermedad profesional presente muy pocas particularidades en este tema con respecto al accidente de trabajo. Existen muchas coincidencias entre accidente de trabajo y enfermedad profesional a efectos de generar derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia, aunque alguna reminiscencia del régimen jurídico protector de la enfermedad profesional de la década de los años sesenta se refleja en la legislación vigente.

5.3.2. Las particularidades de las prestaciones por muerte y supervivencia a causa de enfermedad profesional.

En relación con los riesgos comunes, la muerte debida a enfermedad profesional presenta dos particularidades, a saber: 1) el derecho a una prestación consistente en una indemnización a tanto alzado prevista en el art. 177 del TRLGSS y 2) la presunción legal del carácter profesional del fallecimiento de un pensionista de incapacidad permanente por enfermedad profesional (art. 172.2 TRLGSS). Ambas normas son aplicables por igual al accidente de trabajo por lo que la singularidad de las mismas sólo se predica respecto al accidente o enfermedad común.

Respecto al accidente de trabajo la enfermedad profesional goza de otras propiedades en cuanto a las prestaciones por muerte y supervivencia que pasamos a analizar.

¹²¹⁷ Art. 5 L.A.T. Un análisis exhaustivo de la Ley se realiza en la primera Parte de este trabajo. Vid. Epígrafe

¹²¹⁸ Sobre el particular véase *Las Prestaciones de supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social*, J. GARCÍA VIÑA, M^a. P. RIVAS VALLEJO, BARCELONA, (CEDECS), 1996, PP. 30-36.

5.3.2.1. La presunción iuris et de iure de la causa de la muerte.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 172.2, aplicable a las contingencias profesionales:

“Se reputarán de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes tengan reconocida por tales contingencias una invalidez permanente absoluta para todo trabajo o la condición de gran inválido”.

La ley presume que los perceptores de dichas prestaciones que fallecen traen su causa de esa contingencia profesional que motivó la prestación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Se consideran muertos a consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, con independencia de la verdadera causa de la muerte y sin necesidad de probar esa relación causal entre óbito y enfermedad profesional. Se trata en este caso de una presunción legal que no admite prueba en contrario en los mismos términos que la que establece la ley con respecto a las enfermedades listadas que son causadas por los agentes enfermantes relacionados y que se producen en alguna de las actividades descritas en el cuadro legal de enfermedades profesionales.

Sólo están amparadas por la presunción la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez. En cualquier otro caso (si no se trata de un inválido permanente en aquellas condiciones) será necesario probar la causa “profesional” del fallecimiento, con independencia del tiempo transcurrido si se trata de una enfermedad profesional, a diferencia de lo que ocurre en caso de accidente de trabajo ya que tal prueba se admite si no ha transcurrido más de cinco años desde la fecha del accidente¹²¹⁹. La distinción de carácter temporal es importante y está motivada por las singularidades que la enfermedad profesional presenta y

¹²¹⁹ Transcurridos cinco años desde tal fecha se presume que el accidente trae causa de una contingencia común y no se admite prueba en contrario, por lo que se establece igualmente una presunción legal iuris et de iure sobre su causa. Vid. Sobre la aplicación de esta presunción STSJ País Vasco de 16-1-1996, Ar./888. En el mismo sentido que el art. 172.2 del TRLGSS se pronuncia el art. 2.2 de la Orden de 13-2-1967, que establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social (BOE, 23-2).

que no se dan en el accidente de trabajo¹²²⁰. La causalidad única de la enfermedad profesional frente a la multicausalidad del accidente de trabajo así como la acción progresiva, larvada de la primera frente a la acción súbita del segundo justifican esa diferencia.

Sin embargo, la ley no delimita el momento a partir del cual empieza a regir el principio de la prueba. Así como en el accidente está claro que la norma es aplicable desde la fecha del accidente, en el caso de la enfermedad profesional, se admite la prueba ¿desde el momento del diagnóstico definitivo de la enfermedad profesional? O ¿desde que se presentan los síntomas pero no hay un diagnóstico claro? Es decir, ¿cuál es el día a quo a partir del que opera esa carga de la prueba? Mi opinión es que puede probarse y, por tanto, debe admitirse tal prueba, aunque no haya un diagnóstico definitivo. Puede probarse si el trabajador estaba en período de observación o en situación de traslado o incluso si aún no se le había detectado la enfermedad profesional. Y es que en definitiva lo que pretende el legislador con la admisión de la prueba es llegar al convencimiento de que existía una dolencia latente que tenía su origen en una actividad profesional y que se manifiesta de la forma más concluyente como es el fallecimiento. Por tanto, creo que no existe límite temporal ni en cuanto al origen ni en el momento final para probar la incidencia letal de la enfermedad profesional.

El REP (Orden de 9 de mayo de 1962) establecía un régimen particular de revisión de la incapacidad permanente por causa de la muerte del pensionista. Eximía de la obligación de practicar la autopsia del causante en los casos de revisión por muerte de los pensionistas. El art. 59 considera que la muerte por enfermedad profesional como suceso "indemnizable" (según sus términos) requiere la práctica de la autopsia, salvo en casos excepcionales:

"Para que pueda otorgarse pensión por fallecimiento a consecuencia de enfermedad profesional será obligatoria la práctica de la autopsia del

¹²²⁰ L.E. DE LA VILLA, DESDENTADO BONETE consideran criticable esa distinción: "[...]aunque la LGSS, de forma inexplicable y regresiva, prohíbe para el accidente de trabajo esta prueba después de transcurridos cinco años desde la fecha del accidente". Vid. *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, (Aranzadi), 2ª Edición, 197, p. 560.

causante, salvo las excepciones que se establecen en este Reglamento para los casos de revisión por muerte de los pensionistas"¹²²¹.

La autopsia, pues, se convierte en requisito general y necesario para reconocer las prestaciones por muerte¹²²² en la década de los sesenta, de modo que no se podía tramitar las reclamaciones por muerte del trabajador sin aportar el certificado oficial de autopsia (art. 74 REP). En caso de muerte de un pensionista de incapacidad permanente la autopsia podía omitirse en algunas ocasiones¹²²³. La práctica de la autopsia era obligatoria en caso de pensionistas con incapacidad

¹²²¹ El art. 102 del REP determina los motivos de la revisión de las incapacidades permanentes entre los que se halla en el apartado d) la muerte ocasionada por la enfermedad profesional. Asimismo el Reglamento de Accidentes de Trabajo (R.A.T, en adelante), aprobado por Decreto de 22-6-1956 (por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo y Reglamento para su aplicación) reconocía la revisión de la incapacidad permanente por causa de muerte y a tal efecto establecía un plazo de dos años para el accidente de trabajo y un plazo indefinido si la muerte era debida a silicosis u otra enfermedad profesional de *características semejantes* (art. 146).

¹²²² El art. 147 del R.A.T. establecía que en los casos de muerte por silicosis u otra enfermedad profesional no incluida en el régimen especial, era obligatoria la práctica de la autopsia, que debía solicitarse del Juzgado de Instrucción de su residencia, o del Municipal o Comarcal correspondiente, si no fuera cabeza de partido, por los familiares del trabajador o Entidad aseguradora dentro de las veinticuatro horas siguientes al fallecimiento o por la Organización Sindical y el médico de cabecera que hubiera asistido al pensionista en su última enfermedad. Según el Reglamento el informe de la autopsia constituía documento indispensable e insustituible para acreditar, a efectos de revisión, las causas del fallecimiento del pensionista y su relación con la enfermedad profesional. La omisión de este requisito suponía la pérdida de derecho para promover la revisión. La solicitud de revisión por muerte debía presentarse dentro del plazo de tres meses, a partir del fallecimiento, plazo que se interrumpía por el hecho de solicitar la autopsia. Conviene tener en cuenta que el Reglamento preveía la revisión de todas las incapacidades permanentes, incluidas las declaradas judicialmente, por muerte debida a las mismas. En ese precepto se basa el fundamento del art. 146, dedicado a la revisión por causa de muerte y del art. 147, que constituye norma especial frente al precepto citado, al regular la revisión por silicosis o enfermedad profesional.

¹²²³ El Capítulo VII del REP estaba dedicado a las revisiones de las incapacidades permanentes por causa de enfermedad profesional. Los arts. 108 a 111 especialmente regulaban la revisión por muerte de la incapacidad permanente, que no estaba sujeta a plazo alguno, cuando se debía enfermedad profesional.

permanente total o parcial (sin este requisito no podía promoverse la revisión, art. 109 REP¹²²⁴) si no tenían consolidada definitivamente su condición como tales pensionistas¹²²⁵, mientras que en caso de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez la revisión por muerte era automática, sin exigencia de requisito alguno, con independencia de la causa del fallecimiento o de la fecha en que ocurría el suceso (art. 109.1 a) REP)¹²²⁶.

Por tanto, en virtud del régimen previsto en el REP, la autopsia era obligatoria para solicitar la pensión por fallecimiento (prestaciones por muerte y supervivencia) con carácter general fuese cual fuese la situación del sujeto causante de la prestación (pensionista o trabajador) salvo que tuviera reconocida una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Dicha obligatoriedad fue matizada por la jurisprudencia del TS y del TCT. El primero en Sentencia de 5-5-1969 (Ar./2653) reconoció que podía prescindirse de la misma "cuando se haya demostrado cumplidamente que la causa de la muerte fue la enfermedad profesional adquirida en el trabajo por cuenta ajena". Vid. Asimismo STCT 8-11-1978, Ar./5958, que reitera que "la autopsia no constituye ya un obstáculo insalvable", si bien considera que las pruebas aportadas (parte de función e inscripción den el Registro civil) no determinan la certeza de la causa del fallecimiento¹²²⁷.

¹²²⁴ No obstante, el Fondo Compensador podía conceder la transferencia de renta ante la omisión justificada de la autopsia en caso de incapacidad permanente total si se deducía una evidente relación de causalidad entre la enfermedad que padecía el fallecido y su muerte (art. 109.3 REP).

¹²²⁵ Según el art. 105 el incapacitado permanente total consolidaba su pensión si se acordaba su irrecuperabilidad definitiva o cumplía 54 años, siempre que llevase como mínimo cinco años en el disfrute de su pensión. Sin embargo el pensionista con incapacidad permanente parcial consolidaba su pensión definitivamente a los 54 años.

¹²²⁶ Al respecto ponen de manifiesto ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA que la jurisprudencia del TS (STS 14-2-1970) había admitido la extensión de la presunción de la causa de la muerte al supuesto del incapacitado total mayor de 54 años con más de cinco años de disfrute en la pensión, respecto del que se hubiera dictaminado médicamente su *irrecuperabilidad definitiva*. En *Instituciones...cit.*, p.188.

¹²²⁷ Entiende el TCT que resulta dudoso que la causa directa e inmediata fuera la enfermedad profesional de silicosis, considerando que no es demostrativo que estuviera declarado silicótico de segundo grado y fallezca cuatro años después a

Pero este requisito de la autopsia no es aplicable porque el art. 172 del TRLGSS no lo reconoce como tal para poder causar las prestaciones por muerte o supervivencia enumeradas en el art. 171: auxilio por defunción¹²²⁸, pensión vitalicia de viudedad, pensión de orfandad, pensión vitalicia o subsidio temporal a favor de familiares, indemnización a tanto alzado. Los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General, afiliados y en alta o situación asimilada al alta¹²²⁹ -teniendo en cuenta que se aplica el principio de alta de pleno

consecuencia de esa enfermedad: "Considerando que el que estuviera declarado silicótico de segundo grado no es demostrativo, por sí solo de que el fallecimiento acaecido cuatro años después tuviera que ser debido, necesariamente, a dicha enfermedad profesional, ni tampoco es una prueba fehaciente, a tal efecto, el que tuviera solicitada la declaración del tercer grado, porque una cosa es lo que se pide y otra lo que, luego, se reconoce, y en el caso presente no puede olvidarse que se está tratando de la necesidad de una prueba fehaciente de la causa del fallecimiento, y no de presunciones ni de deducciones para poder prescindir del requisito legal de la práctica de autopsia".

¹²²⁸ El REP reconocía en el art. 114 el derecho a percibir una indemnización por gastos de sepelio en caso de fallecimiento de pensionistas por enfermedad profesional, aunque la causa de la muerte no fuera debida a enfermedad profesional.

¹²²⁹ Según el Tribunal Supremo no puede extenderse la norma prevista para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente prevista en la Ley 26/1985, 31-7 que suprime el requisito del alta, por lo que es necesario estar en alta o situación asimilada en el momento en que se produce la contingencia (SSTS 5-2-93, 22-2-1994, Ar./742, 1225) si bien se produce una interpretación flexible e individualizada del requisito por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 19-12-1996, Ar./1885, 19-11-1997, Ar./8616) y de los Tribunales Superiores de Justicia (STSJ Cataluña 13-1-1998, Ar./543, STSJ Galicia 18-3-1998, Ar./335), de modo que no es admisible una aplicación generalizada del criterio de suprimir el requisito de alta sino que se atiende al caso concreto. No obstante con la nueva redacción dada por la Ley 66/1997, 30-12, de medidas fiscales, administrativas y de orden social se puede acceder a la pensión de viudedad, de orfandad y prestaciones a favor de familiares desde una situación de no alta o situación asimilada si se acredita un período mínimo de cotización: quince años según la modificación que al respecto introduce la Ley 50/1998, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social y que suprime el anterior período de 22 años considerado excesivo por la doctrina así como por algún grupo político que se opuso a esa medida en la tramitación parlamentaria y por el CES en el Dictamen sobre el Anteproyecto de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, (nº 5, 1997), tal y como ponen de manifiesto los profesores J.GARCÍA VIÑA, M^a.P. RIVAS VALLEJO, en "Las prestaciones por muerte y supervivencia. La necesidad de una reforma estructural", incluida en la obra

derecho para las prestaciones causadas por el trabajador fallecido por accidente de trabajo o enfermedad profesional¹²³⁰-, así como los

colectiva *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Parte I*, Madrid, (MTAS), 1999, pp.511 y ss. Para conocer la regulación y la jurisprudencia anterior a la reforma de 1997 puede consultarse J. GARCÍA VIÑA, M.P.RIVAS VELLAJO, *Las prestaciones de Supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social...cit.*, pp. 43-49 y el Anexo de Jurisprudencia que contiene (Anexo IV). En el mismo sentido R. SASTRE IBARRECHE "La protección por muerte y supervivencia", en AA.VV. *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª edición, Valencia, 1999, pp. 514 y ss. Asimismo M. VÍCLHEZ PORRAS, J. GORELLI HERNÁNDEZ constatan la diferencia entre el período de carencia exigido por la norma para acceder a las prestaciones por muerte y supervivencia (22 años) frente a al período de quince años exigidos para la pensión de jubilación, gran invalidez y incapacidad permanente absoluta (quince años), que la Ley de 1998. En *Sistema de Seguridad Social*, Madrid, (Tecnos), 1999, pp. 375-376. Para la jurisprudencia anterior a la nueva disposición puede consultarse J. GARCÍA VIÑA, M.P.RIVAS VELLAJO, *Las prestaciones de Supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social...cit.*, pp. 43-49 y el Anexo de Jurisprudencia que contiene (Anexo IV).

⁴⁷ No se exige ningún período previo de cotización para causar derecho a la pensión de viudedad, ni a la de orfandad si la causa de la muerte fue una enfermedad profesional (tampoco si se trata de un accidente común o profesional), art. 9.1 RD 1647/1997, 31-10. Para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar es aplicable esta norma,(art. 40.3 del Decreto 2864/1974, 30-8) aunque no lo es para los armadores asimilados a los trabajadores por cuenta ajena a los que se les aplica las normas establecidas para los trabajadores por cuenta propia en materia de enfermedades profesionales, y por tanto, si no constituyen la adecuada protección o se encuentran al descubierto en el pago de las primas correspondientes por un período superior a tres meses no tienen derecho a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales (art. 40.4 D. 2864/1974 y arts. 96, 98 del Decreto 1867/1970, 9-7 que lo desarrolla). Conviene tener presente que el art. 40 del Decreto citado reconoce las mismas prestaciones por muerte causada mediata o inmediatamente por accidente de trabajo o enfermedad profesional en los mismo supuestos y condiciones que para estas prestaciones se establecen en el Régimen General de la Seguridad Social. Asimismo en el ámbito de protección por accidente de trabajo o enfermedad profesional del Régimen Especial Agrario se protegen a las personas que sin reunir las condiciones necesarias para estar comprendidas en el mismo prestan servicios como trabajadores por cuenta ajena en labores agropecuarias al producirse tales contingencias (art. 54 del D.3772/1972, 23-12 o Reglamento General del Régimen Especial Agrario). Sin embargo para los trabajadores por cuenta propia del REA rige otra norma, cual es la de haber formalizado la cobertura de las contingencias profesionales y estar al corriente en el pago de las primas para tener derecho a las prestaciones derivadas de aquellas

perceptores del subsidio por incapacidad temporal, pensionistas de incapacidad permanente¹²³¹ y jubilación¹²³² pueden causar derecho a las mismas.

No obstante la presunción que reconocía el REP en caso de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez se mantiene en la legislación vigente en forma de una presunción legal que no admite prueba en contrario¹²³³. La autopsia no era requisito imprescindible porque se presumía el carácter profesional. En otros supuestos, es decir, si el causante no tiene la condición de pensionista (porque se encuentra en situación de incapacidad temporal, en período de observación o en activo pero trasladado de puesto de trabajo) o es pensionista ya sea de

contingencias, sin que sea posible exigir responsabilidad alguna al servicio común de la Seguridad Social (art. 63 del Reglamento del REA). Véase la interpretación del requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas para causar derecho a las prestaciones de la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 7 de marzo de 1994. Recordemos que la protección por muerte y supervivencia es igual a la que dispensa el Régimen General, aplicable a trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia y que existe un cuadro de enfermedades profesionales (once, en total) con una lista de trabajos con riesgo de producirlas en el ámbito del Régimen Agrario que aprueba el Reglamento citado.

¹²³¹ Según el TS puede causar derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia el pensionista por una incapacidad permanente parcial del antiguo R.A.T. STS 20-12-1995, Ar./3181, 1-2-1996, Ar./837, SSTSJ Andalucía/Málaga de 11-1-1999 (Ar./984), 16-10-98, Ar./3826, SSTSJ Castilla y León/Malladolid de 2-12-97, Ar./4795, de 7-3-95, Ar./905.

¹²³² Se asimila al mismo el trabajador que se encuentra inactivo y reúne los requisitos para solicitar la pensión de jubilación y fallece sin haberla solicitado (art. 2.3 Orden 13-2-1967, en la redacción dada por la Orden de 18-1-1984).

¹²³³ En cuanto a la aplicación de la presunción por la jurisprudencia pueden consultarse las Sentencias siguientes: STSJ Madrid de 8-9-1989 (Ar./1558), STSJ Andalucía/Sevilla de 22-1-1992 (Ar./1062), en la que se llega a la conclusión de que existe un nexo causal entre la enfermedad profesional de silicosis y la muerte pese a que el causante era pensionista de gran invalidez por enfermedad común puesto que padecía una silicosis de primer grado asociada una bronconeumopatía y pese a que no se le reconoció una pensión de incapacidad permanente total por ese grado de silicosis (como correspondía con arreglo a la legislación vigente) la Sala considera que la acción constante del sílice detectado es un hecho indiscutible así como el carácter irreversible de esa enfermedad por lo que queda acreditado el nexo causal entre silicosis y óbito.

jubilación o de incapacidad permanente total¹²³⁴ o parcial es necesario probar la vinculación entre el óbito y la enfermedad profesional.

La ley dice que "se admitirá prueba", con independencia del tiempo transcurrido, por lo que se deja a la parte que pide el reconocimiento de la causa de la muerte la decisión de aportar las pruebas que considere oportunas del fallecimiento de aquellos pensionistas, entre las cuales puede encontrarse la autopsia¹²³⁵.

Por consiguiente la autopsia es hoy en día un elemento de prueba de la causa del fallecimiento que coadyuvará a establecer la relación causal entre óbito y enfermedad profesional.

Así por ejemplo la Sala del TCT en Sentencia de 4-6-80 (3312) valora los elementos de prueba aportados y concluye que de los documentos aportados no se deduce que la muerte haya ocurrido a consecuencia de la silicosis ni que esta enfermedad hubiera actuado como concausa, "pues aunque el causante presentara silicosis de polvo mixto el óbito ocurrió por neumotorax bilateral producida por fístula pleuro-pulmonar; [...] y la simple existencia comprobada en el informe médico de autopsia de una silicosis no determina por sí mismo que haya sido coadyuvante a la aparición de la enfermedad común"¹²³⁶.

¹²³⁴ Si se produce el fallecimiento de un beneficiario antes de cumplir los sesenta años de edad, a quién se le reconoce una incapacidad permanente total, cuya pensión es sustituida por una indemnización de cuantía variable según la edad cumplida (es necesario que el trabajador sea menor de 60 años –al cumplir los sesenta pasa a percibir la pensión anteriormente reconocida y que ha sido sustituida por la indemnización- y se solicite dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución, según el art. 5 de la Orden de 31-7-1972, por la que se desarrolla el Decreto 23-6-1972 de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social), causará derecho a las prestaciones de muerte y supervivencia como si se tratara de un pensionista de incapacidad permanente total (art. 6 OM 31-7-1972)

¹²³⁵ ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA reconocen que el "dictamen de la autopsia posee gran fuerza de convicción, aunque no es imprescindible ni decisorio", con arreglo a la jurisprudencia del TS y del TCT. Vid. *Instituciones de la Seguridad Social...cit.*, p.188.

¹²³⁶ El recurrente argumenta que el causante fallece a consecuencia de silicosis de polvo mixto y bronquitis crónica con intenso enfisema destructivo.

5.3.2.2. La muerte producida tras el traslado a puesto de trabajo o tras el cese en la empresa.

Otra regla especial aplicable es la que resulta del art. 63 del REP, relativa a la situación de incapacidad o muerte con posterioridad al traslado de puesto de trabajo, si el nuevo compatible tenga menor retribución o tras el cese en la empresa. Se trata de equiparar la situación de traslado con baja en el trabajo, porque en ambas situaciones el trabajador aquejado de una enfermedad profesional no está trabajando en su puesto de origen, donde presumiblemente adquirió la enfermedad profesional. La idea es que no puede hacer de peor condición al trabajador que por presentar síntomas de la enfermedad es trasladado como medida de prevención a un puesto compatible con su estado de salud que al trabajador activo a quien se le declara en situación de incapacidad permanente o muerte por enfermedad profesional, sin que haya pasado por esa situación previa de traslado.

Por consiguiente si la muerte se produce con posterioridad a la fecha en que el trabajador haya sido trasladado a puesto compatible con su estado por causa de enfermedad profesional y tuviera menor retribución computable o el trabajador hubiera causado baja en el trabajo se calcula la indemnización que corresponda en función del salario percibido durante los doce meses inmediatamente anteriores a su traslado o cese. De esta suerte el traslado o cese no influyen a la hora de calcular la pensión que corresponda reconocer (incapacidad permanente o prestaciones por muerte y supervivencia).

Como ya es sabido por el análisis del tema en materia de incapacidad permanente la jurisprudencia del TS desde la Sentencia de 20-12-1972 (Ar.193 de 1973) aplicada también por los TSJ ha venido considerando que cuando la enfermedad se diagnostica con posterioridad al cese del trabajador en la empresa la base reguladora que se tiene en cuenta es el promedio salarial percibido por quienes ostentan la misma profesión y categoría laboral en el año anterior al diagnóstico de la enfermedad. De modo que la regla del salario de los doce meses inmediatamente anteriores al cese del trabajador en su vida laboral viene matizada por la doctrina del Tribunal Supremo relativa a los doce meses anteriores al diagnóstico de la enfermedad. Vid. STS 9-10-1989, Ar./ 7142, 28-12-1989 (Ar./9099), TSJ Asturias de 19-2-1993

(Ar./582)¹²³⁷, STSJ Castilla y León/Valladolid de 15-10-1996
(Ar./3050)¹²³⁸

Cuestión distinta a la del fallecimiento de un pensionista es la muerte que sobreviene a un trabajador en alta o situación asimilada al alta por enfermedad profesional. A tal efecto conviene tener en cuenta la regla del art. 9 d) de la Orden de 1967, que establece que la base reguladora de la pensión de viudedad se determinará teniendo en cuenta las retribuciones efectivamente percibidas por el causante, es decir, la suma de las bases de cotización correspondientes a estas contingencias durante el año inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante¹²³⁹. Si bien esta regla es aplicable a la situación del

¹²³⁷ Se reclama por parte de la viuda la revisión de la base reguladora de la pensión de viudedad reconocida porque la muerte del esposo se produce a consecuencia de la enfermedad profesional de silicosis, según se desprende del dictamen pericial aportado al juicio. El causante ostentaba la categoría de ayudante de barrenista y la Sala, en aplicación de la doctrina del TS reconoce el derecho a calcular la base reguladora por el promedio salarial percibido por quienes ostentan la misma profesión y categoría laboral del trabajador en el año inmediatamente anterior al diagnóstico de la enfermedad.

¹²³⁸ La Sala reconoce que la pensión de viudedad debe calcularse sobre la base reguladora de la pensión que el causante venía percibiendo, esto es, una invalidez permanente derivada de enfermedad común, pese a que la autopsia del causante desvela que fallece por neumoconiosis-silicosis. Rechaza la tesis de la sentencia recurrida de aplicar la base normalizada de cotización propia de la categoría profesional del causante (picador) como si se hallara en activo en el momento del fallecimiento porque era pensionista de incapacidad permanente por enfermedad común, lo que determina la base reguladora de la pensión de viudedad (en aplicación del art. 7.2 del Decreto 1646/1972, de 23 de julio: *La base reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia, cuando el causante, al tiempo de su fallecimiento, fuese pensionista de jubilación o invalidez, será la misma que sirvió para determinar su pensión, que se incrementa con el importe de las mejoras y revalorizaciones que haya tenido desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que deriva*).

¹²³⁹ En esta materia (cálculo de la base reguladora de la pensión por contingencia profesional) sigue siendo aplicable el R.A.T aprobado por Decreto de 22-6-1956, declarado vigente por DT 1ª del Decreto 1646/1972, de modo que se calcula a partir de dividir por 12 la suma de los salarios percibidos por el causante durante los doce meses anteriores, más el cómputo anual de las pagas extraordinarias y de más devengos no periódicos o de periodicidad superior a la mensual, resultado al que habrá de sumarse el promedio de las horas extraordinarias realizadas durante los doce meses anteriores (por tanto, divididas por 365 días), más las gratificaciones

trabajador en activo¹²⁴⁰ que fallece a consecuencia de la enfermedad profesional, como recuerda la Sala del TSJ de Castilla y León/Valladolid en sentencia mencionada más arriba:

“pues el artículo 9, d) de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, sólo se aplica a los trabajadores que encontrándose en activo fallezcan a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, o si se trata de inválidos permanentes lo fueran por enfermedad profesional pues en este último supuesto, sí tenían derecho al cálculo de su base reguladora de acuerdo con los salarios normalizados, [...]”

No obstante, la regla aplicable es la misma si se trata de un trabajador en activo o un incapacitado permanente por enfermedad profesional que fallece por causa profesional, esto es: la base reguladora se calcula sobre los salarios normalizados¹²⁴¹.

5.3.3. Otras cuestiones

Las prestaciones por muerte y supervivencia tienen carácter imprescriptible¹²⁴². No obstante si se solicitan dentro del período de tres meses siguientes al hecho causante la fecha de efectos de la pensión será la del fallecimiento (al igual que la norma establecida por el art. 60.2 del

complementarias y pluses (computando esos complementos salariales conforme a la nueva regla de cálculo fijada por el RD 4/1998, 9-1, D.A. 11ª, esto es: la suma de su cómputo anual se dividirá por el número de días efectivamente trabajados y se multiplicará por 273 días teóricos de trabajo anuales, suprimiendo el multiplicador de 290 días establecido por el R.A.T. en su art. 60.2 que se consideraba aplicable según la doctrina del TS). Sobre este cálculo y la controversia que suscita véase *Las prestaciones de Supervivencia...cit.*, pp. 126-127, cfr. “Las prestaciones por muerte y supervivencia”, de los mismos autores en la obra colectiva *Pensiones sociales. Problemas y alternativas... cit.*, pp. 516-517.

¹²⁴⁰ Esta regla es aplicable si el causante es trabajador en activo, o perceptor de prestaciones periódicas. *Manual de Seguridad Social...p.* 565

¹²⁴¹ Si el fallecido era pensionista y la muerte se debió a causa profesional, procediendo de la situación de invalidez permanente, se aplicarán las normas del Reglamento de Accidentes de Trabajo a fin de calcular la base reguladora. Vid. *Las prestaciones...cit.*, pp. 128-129.

¹²⁴² Exceptuando el auxilio por defunción que prescribe a los cinco años desde la muerte del causante (art. 178 TRLGSS).

REP¹²⁴³), mientras que si transcurre ese plazo la pensión surte efectos desde tres meses antes de la presentación de la solicitud¹²⁴⁴.

Solicitada la prestación el reconocimiento del derecho a las prestaciones se produce cuando la muerte sea debida a enfermedad profesional por el INSS. Según el art. 30 de la Orden de 13-2-1967 le correspondía al Servicio común de la Seguridad Social a diferencia de los supuestos de reconocimiento del derecho cuando el fallecimiento era debido a enfermedad común, accidente no laboral (le correspondía la Mutualidad Laboral) o accidente de trabajo (reconocido por la Mutualidad laboral o Mutua patronal¹²⁴⁵). Aquel servicio común era en ese momento el Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, que se integra en el INSS, por lo que será el INSS el que reconoce las prestaciones cuando se trata de prestaciones por muerte y supervivencia cuando deriva de enfermedad profesional (igual que cuando sea causa común¹²⁴⁶).

Asimismo la obligación del pago de la prestación (que se abonará en doce mensualidades en las que ya se incluye la prorrata de pagas extras a diferencia del pago por prestaciones que derivan de contingencias comunes que se realiza en catorce mensualidades, doce ordinarias y dos extraordinarias) recae sobre el sujeto que asuma el reconocimiento del derecho. Por consiguiente en materia de

¹²⁴³ La fecha de efecto de la pensión a favor de los derechohabientes por causa de enfermedad profesional vendrá determinada por la del fallecimiento. Conforme al art. 3 de la Orden de 13-2-1967 las prestaciones por muerte y supervivencia se causan en la fecha en que se produce el fallecimiento del sujeto causante, salvo para la pensión de orfandad, cuando el beneficiario sea hijo póstumo, en cuyo caso se entiende causada la pensión en la fecha de su nacimiento.

¹²⁴⁴ El requisito de los tres meses ha sido interpretado en algunas ocasiones de forma flexible como apuntan los profesores J. GARCÍA VIÑA, M.P. RIVAS VALLEJO, en *Las prestaciones de supervivencia en el sistema...cit.*, p. 223.

¹²⁴⁵ Las distintas Mutualidades laborales existentes con anterioridad al sistema actual de Seguridad Social se integraron en las entidades gestoras creadas por RD Ley 36/1978, de 16 de noviembre. La referencia a la Mutua Patronal debe entenderse hecha a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

¹²⁴⁶ Si la muerte proviene de un accidente de trabajo será el INSS o la MATEPSS dependiendo de la elección del empresario en materia de aseguramiento de los riesgos profesionales.

enfermedad profesional reconoce y está obligado al pago el INSS, si bien después es la TGSS la que efectivamente abona la prestación.

No obstante en materia de prestaciones de muerte y supervivencia causadas por un pensionista de jubilación del REMC, que accedió a esa situación desde una invalidez permanente total, el reconocimiento y pago presenta algunas peculiaridades. Se establecen unas normas de compensación económica entre la entidad gestora o servicio común correspondiente según la contingencia determinante del fallecimiento, a saber:

si se reconocen las prestaciones por la Entidad gestora y con posterioridad se determina la causa profesional de la muerte (accidente de trabajo o enfermedad profesional) el servicio común debe comunicarlo a la Entidad Gestora y efectuar con ésta la liquidación procedente por las cantidades que aquella haya satisfecho y deducirá de la prestación del beneficiario los importes, que en su caso, correspondan. Si la entidad gestora tiene a su cargo la protección del accidente de trabajo efectuará la liquidación procedente con éste y con el correspondiente servicio común.

6. LA PROTECCIÓN DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL DE SILICOSIS.

6.1. Introducción.

La Silicosis es una enfermedad profesional que goza de protección en nuestro Ordenamiento Jurídico desde la década de los cuarenta, cuando se empieza a legislar sobre este riesgo profesional, desgajándolo del riesgo profesional por excelencia como es el accidente de trabajo (véase la evolución histórica de la Parte I). La justificación de una regulación específica se halla en los caracteres de la enfermedad que se adquiere por la aspiración prolongada de partículas de polvo de sílice. La nota más característica de esta patología es la aparición tardía, (normalmente la silicosis se presenta después de 8 o 10 años de exposición al polvo que contiene sílice¹²⁴⁷) la irreversibilidad y su

¹²⁴⁷ Vid. *La Sílice y nuestra Salud*, INSHT, Serie: Cuadernos de Divulgación, Referencia 04.87, p.24.

progresividad. Los expertos indican que las fases iniciales de la enfermedad pueden ser desapercibidas para el trabajador afectado, pero pueden descubrirse mediante la radiografía de los pulmones¹²⁴⁸. De ahí la importancia de los reconocimientos médicos en la detección de las enfermedades profesionales, en general, pero especialmente de la silicosis y la protección que recibe el trabajador silicótico de primer grado en materia de traslado. Asimismo reconocen que no existe en la actualidad ningún tratamiento médico o quirúrgico para la silicosis: *“las lesiones pulmonares, una vez establecidas, son de carácter irreversible y generalmente tienden a progresar especialmente cuando el trabajador afectado continua expuesto a polvo con contenido de sílice”*¹²⁴⁹.

Esa idiosincrasia de la enfermedad ha llevado al legislador y también a la jurisprudencia a considerar ciertas reglas especiales en cuanto a la incapacidad permanente por silicosis, que afectan a la calificación de la incapacidad permanente y a la interconexión entre las pensiones de incapacidad y jubilación de forma muy singular.

6.2. Asimilación entre categorías clínicas de silicosis y grados de invalidez.

El REP regula la situación de traslado del silicótico de primer grado pero no aborda del mismo modo la problemática de los trabajadores aquejados de silicosis de segundo y tercer grado. Así respecto al primero, como ya se ha visto en el epígrafe anterior, instaura un régimen peculiar de protección del trabajador aquejado de silicosis en esa primera fase de la enfermedad con la finalidad de evitar que la patología progrese y devenga irreversible. Efectivamente el traslado y la baja, por imposibilidad de aquél, adquiere connotaciones diferentes en materia de silicosis y el legislador de la época regula al detalle esta situación –que describe en los arts. 45 y 48 del REP– fijando una serie de derechos adicionales (derecho a un complemento por traslado, a la permanencia en la empresa en los expedientes de crisis, a percibir de una sola vez el subsidio de dieciocho meses por baja en la empresa

¹²⁴⁸ Se recomienda hacer una radiografía de pulmones cada año, como mínimo (debe ser una placa grande de 14 por 17 pulgadas), que debería acompañarse de otras pruebas de función pulmonar (espirometría), examen de esputo, exámenes de sangre y prueba de tuberculina Vid. *La Sílice y nuestra Salud*, l.cit., pp. 22-23.

¹²⁴⁹ Según el INSHT en *La Sílice...cit.*

entre otros) en aras a proteger a los trabajadores víctimas de silicosis de primer grado.

El 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 (art. 26) y la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 (art. 45) fijan normas especiales para la silicosis en cuanto a la calificación de la incapacidad permanente, atendiendo a los distintos grados médicos fijados por la silicosis, a saber: primer grado, segundo grado, tercer grado.

En principio la silicosis de primer grado no se asimila a ningún grado de incapacidad sino que se incluye en el supuesto de traslado, equiparación que estableció el REP en el art. 45.2¹²⁵⁰. No obstante si concurre con otras afecciones este primer grado se asimila a silicosis de segundo grado o de tercero según la dolencia¹²⁵¹. Así si se trata de afecciones tuberculosas activas se asimila al tercero¹²⁵².

¹²⁵⁰ Art. 45.2. Específicamente el primer grado médico de silicosis está incluido en esta situación [refiriéndose al apartado anterior que describe la situación de detección de síntomas de la enfermedad profesional que no constituye incapacidad temporal pero cuya progresión es posible evitar mediante el traslado dentro de la misma Empresa a otro puesto exento de riesgo].

¹²⁵¹ Alguna resolución jurisprudencial ha considerado que la silicosis de primer grado concurrente con cardiopatía hipertensiva e isquemia crónica determina la calificación de IP total, si bien el TCT en Sentencia de 22-11-1985 reconoce que el magistrado actuó con mucha generosidad al concederle el grado de total para su profesión habitual de Vigilante de 1ª en mina de carbón (y añade que "carece de todo fundamento su petición de que se le conceda el grado de absoluta en cuanto tiene capacidad laboral residual suficiente para desempeñar un amplio número de actividades laborales).

¹²⁵² Art. 26 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social: "El primero y segundo grado de silicosis se equiparán al tercero, a que este número se refiere, mientras dicha enfermedad concorra con afecciones tuberculosas que permanezcan activas". La jurisprudencia del TS ha reconocido en numerosas sentencias que la silicosis de segundo grado unida a la broncopatía crónica y cardiopatía determinan la equiparación al tercer grado cuando en su valoración conjunta impidan cualquier trabajo (SSTS 5-7-78, Ar. 2517, 20-9-78, Ar.2919, 23 -6-79, Ar 3031, 28-10-82, Ar. 6278, 2-2-85, Ar. 587. Concretamente la STS 20-12-1989, Ar.9061 considera que "al concurrir con

Si concurren bronconeumopatías (estén o no acompañadas de síndromes asmáticos), cardiopatías orgánicas y cuadros de tuberculosis¹²⁵³ sospechosos de actividad o lesiones residuales de esta etiología se considera silicosis de segundo grado¹²⁵⁴.

padecimientos circulatorios y cardíacos y con la presencia periódica de signos de insuficiencia respiratoria aguda no cabe sino considerar como acertada la calificación de absoluta". STS 15-7-86, Ar. 4152: "Enfermedad pulmonar obstructiva crónica, broncopatía también crónica con enfisema, tos, disnea incluso en reposo y sensación de ahogo continuo, nistagmus con catarata bilateral o intensísima pérdida de visión y curso progresivo, hepatitis crónica y desviación de columna. La Sentencia del TCT de 24-9-81 (5383) señala que "la tuberculosis residual inactiva no eleva el grado de silicosis de primer grado al tercero, como se solicita, y la bronquitis y el enfisema, como intercurrentes, alteran dicho grado a la calificación de invalidez permanente total".

¹²⁵³ M. Reyes Martínez Barroso refleja la discrepancia en la vinculación de la silicosis y tuberculosis por parte de quienes sostienen que no existe ninguna relación entre ambas enfermedades y aquellos que aseguran que la silicosis va asociada a la tuberculosis. No obstante la profesora afirma que la práctica y la observación clínica han demostrado "tanto la gran afinidad de las dos enfermedades como la existencia de silicosis puras sin asociación tuberculosa, lo cual es explicable por la distinta etiología de una y otra. Op. cit., p. 178.

¹²⁵⁴ El REP -en la nueva redacción dada por la Orden de 28-7-1969- admitía la equiparación al segundo grado de los trabajadores silicóticos de primer grado con *bronconeumopatía crónica existente o no con síndromes asmáticos, con cardiopatía orgánica, aunque esté perfectamente compensada, o que padezcan un cuadro de tuberculosis sospechoso de actividad o lesiones residuales de esta etiología*. Por otro lado, la jurisprudencia ha interpretado de forma estricta la presencia de enfermedades intercurrentes con la silicosis de primer grado para calificar la silicosis como de segundo grado, tal y como pone de manifiesto M. REYES MARTÍNEZ BARROSO: "quien padece silicosis de primer grado, con enfermedad pulmonar obstructiva crónica severa y tuberculosis residual, si bien todo ello le produce una intensa alteración funcional respiratoria, no le inhabilita para toda actividad laboral" (STS 14-7-1989, Ar. 542, y en el mismo sentido SSTS 12-5-1979, Ar. 2074, 27-10-1981, Ar. 5047, 22-1-1985, Ar.87). Vid. *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*, León, (Universidad de León, Servicio de Publicaciones), 1997, pp. 170 y ss. Vid. Asimismo la STCT 11-12-1985 (Ar./6931), en la que considera que al haber declarado al trabajador en situación de invalidez permanente por concurrir la enfermedad de bronquitis en el proceso silicótico, "es lógico que durante el período de Incapacidad Laboral Transitoria perciba prestaciones en concepto de observación por enfermedad profesional". También la STCT 3-6-80 (3265) que reconoce que la silicosis de primer grado asociada a una broncopatía crónica (enfermedad intercurrente) constituye una incapacidad permanente total. SSTCT 4-

Hay que tener en cuenta que las normas reglamentarias de carácter médico por las que se rigen los reconocimientos, diagnóstico y calificación de las enfermedades profesionales (OMT de 12-1-1963, 15-12-1965) consideraban como cuadros clínicos con derecho a reparación por el seguro respecto a la Silicosis los siguientes: signos y síntomas de la fibrosis progresiva e irreversible del pulmón ocasionada por la aspiración prolongada de partículas de polvo minerales, insuficiencia respiratoria consecutiva a la fibrosis pulmonar, insuficiencia circulatoria sumada a la fibrosis pulmonar, cuadros infecciosos crónicos pulmonares que coexistan con la fibrosis, se presupongan como previos, simultáneos o consecutivos a la iniciación de ella y afecten a la capacidad general del enfermo.

En el apartado de las normas para la calificación de la capacidad de la silicosis y neumoconiosis se establecían los criterios para la calificación del enfermo, que se fundan en la ausencia o presencia de ciertas circunstancias como la capacidad funcional respiratoria¹²⁵⁵, la capacidad funcional circulatoria¹²⁵⁶ y la capacidad general del enfermo, que viene determinada por la adición al diagnóstico de silicosis de alguna de las patologías que enumera el precepto, a saber: grave afectación del estado general del enfermo, actividad de una tuberculosis pulmonar, sea o abierta (ya sea previa a la presentación de signos de silicosis o ulterior), así como la coexistencia de infecciones broncopulmonares inespecíficas¹²⁵⁷.

6-80 (Ar./3318), sobre silicosis de primer grado más broncopatía, de 22-11-1985 (Ar./6403), silicosis de primer grado más cardiopatía. Las Salas de los TSJ también se han pronunciado sobre el tema, v.gr. STSJ Castilla y León de 11-5-1999 (Ar./6019), concurrencia de silicosis de primer grado y bronconeumopatía crónica o cardiopatía orgánica.

¹²⁵⁵ Dicha capacidad venía determinada por el estudio de la mecánica pulmonar, la ventilación, distribución, difusión y perfusión [sic] en reposo y durante el ejercicio físico. Se exigía como mínimo determinar la capacidad vital y el volumen respiratorio máximo por segundo (prueba de Tiffenau).

¹²⁵⁶ Los criterios para medir esa capacidad funcional son los que fija la Asociación Americana de Cardiología, según la norma, atendiendo a los signos y síntomas de insuficiencia circulatoria, telerradiografías en las tres posiciones clásicas y, preceptivamente un trazado electrocardiográfico.

¹²⁵⁷ Son tales las bronquiectasias infectadas, absceso o grangena pulmonar, neumonitis crónica, exudaciones pleurales, supuradas o no, etc.

Estas normas eran útiles para calificar los grados de incapacidad por silicosis, de ahí que se sigan utilizando. M. REYES MARTÍNEZ BARROSO asegura que “no existen datos de los especialistas médicos dedicados al estudio de esta enfermedad profesional que demuestren, sin temor a error, la decisiva influencia que otras afecciones intercurrentes puedan tener sobre la aparición y curso de aquélla, pero resulta lógico que todas las afecciones circulatorias desencadenen con mayor rapidez una insuficiencia cardíaca y que los procesos bronquiales favorezcan la iniciación y aceleren su desarrollo, al restar defensas al organismo”¹²⁵⁸.

En el Derecho italiano se reconoce el derecho a las prestaciones económicas no sólo en todos los casos de silicosis y asbestosis de la que derive la muerte del trabajador o una incapacidad permanente superior al 10 por 100, sino también en todos los casos de silicosis y de asbestosis asociadas a otras formas morbosas del aparato respiratorio y cardiocirculatorio, según F. PAOLO ROSSI¹²⁵⁹.

Por otro lado la silicosis de segundo grado es aquella la enfermedad que inhabilita para el desarrollo de las tareas fundamentales de la profesión habitual. Se asimila a la Incapacidad Permanente Total¹²⁶⁰.

¹²⁵⁸ *Sistema jurídico...cit.*, p. 177.

¹²⁵⁹ Según la legislación italiana (arts. 142-143 del D.P.R. n. 1124 de 1965) se entiende por silicosis una fibrosis pulmonar complicada o no a tuberculosis pulmonar que, provocada por inhalación de polvo de bióxido de sílice en estado libre, se manifiesta particularmente, aunque no exclusivamente, con bronquitis y enfisema y repercusión en el aparato circulatorio y en el examen radiológico con diseminación difusa de sombras nodulares en forma miliar, confluentes o no. Por asbestosis se entiende una fibrosis pulmonar que provocada por la inhalación de polvo de amianto, se manifiesta particularmente, pero no exclusivamente, con presencia en los alvéolos, en los bronquios y en el conducto intersticial de corpúsculos de la asbestosis con traqueobronquitis y enfisema, y al examen radiológico con campo pulmonar velado o con estrías *od intrecci reticolari*, más o menos intenso, mayormente difuso en la base. En *La previdenza sociale*, Padova (Cedam), 1994, pp. 179-180.

¹²⁶⁰ M. REYES MARTÍNEZ BARROSO reconoce que la jurisprudencia es benévola a la hora de reconocer las situaciones de invalidez permanente total en la minería del carbón (v.gr. STS 7-2-1967, Ar. 935, STS 28-5-1986, ar. 3808, relativas al reconocimiento de la invalidez permanente total a picadores mineros, la STS 6-5-1967, Ar./1981, que reconoce la invalidez permanente total de un ayudante de barrenista que presenta lesiones en los dedos índice y anular de la mano, o la STS 20-2-1967, Ar. 1068 sobre minero entibador, al respecto la autora pone de manifiesto los pronunciamientos judiciales que consideran que dicho trabajador debe poseer “una

Si concurren afecciones tuberculosas activas se considera silicosis de tercer grado¹²⁶¹. M. DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO constata que la jurisprudencia es reticente a considerar mayor grado de incapacidad (a diferencia de lo que ocurría en la década de los setenta y ochenta) si no concurre específicamente una afección tuberculosa de tipo activo con la silicosis de segundo grado, aunque el trabajador esté aquejado de otras dolencias importantes (STS 22-11-1989, Ar. 2852, en la que no se reconoce la incapacidad permanente absoluta, pese a concurrir la silicosis de segundo grado con “dupuytren bilateral, cervicoartrosis, espondiloartrosis con pinzamiento L5-S1, pleuritis crónica tuberculosa. Hepatopatía. Hiperplasia mucosa gástrica”; en el mismo sentido, es decir, interpretando la norma en sentido estricto se encuentra la STS 19-12-1988, Ar.9863; entre la jurisprudencia de los años setenta y ochenta favorable a una interpretación flexible cita la STS 30-1-1975 (Ar.322), STS 4 mayo 1972, Ar.2852, 17-6-1981, Ar. 2851)¹²⁶².

Asimismo la jurisprudencia del TS, que siguió la Sala del TCT, se refiere a la imposibilidad de que se eleve el grado de IPTotal al grado de absoluta si concurren circunstancias de edad, formación y medio socio-cultural. El razonamiento de los tribunales es la de entender que “esas circunstancias tienen valor para incrementar en el 20% de la pensión por la incapacidad permanente total, a tenor de lo dispuesto en el art. 11.4 de la Ley de 21 de junio de 1972, pero nunca para elevar el grado de la invalidez permanente” (STCT 30-9-82, Ar./5066, 16-7-1982, Ar./4423)

aptitud corporal o física, y aun intelectual, perfecta, en atención a los evidentes riesgos que de su trabajo puedan derivarse, no sólo para el propio interesado, sino también para sus compañeros de tarea, así como para la explotación en general, por lo que su carencia hace que pueda calificarse dicha situación de incapacidad total y permanente”. Igualmente asegura que la hipoacusia de ambos oídos incapacita para la profesión habitual de minero, que desempeña tareas de interior, aunque no incapacita para otras, o las crisis de pérdida de conciencia, de duración variable en un peón de exterior de las minas se ha considerado que incapacita en el mismo grado. Vid. op. cit., pp. 233-234.

¹²⁶¹ STCT 18-9-84 (6960): no procede declarar la silicosis de tercer grado porque no concurre ninguna otra enfermedad que agrave la silicosis de segundo grado. Según la STCT 12-11-81 (6628) la broncopatía crónica no aumenta el grado de la incapacidad y por sí sola no determina que se equipare a la silicosis de tercer grado si concurre con una silicosis de segundo grado.

¹²⁶² Op. cit., pp. 177-178.

A mayor abundamiento añade el art. 45.4 (OM. 15-4-69) que el trabajador declarado silicótico de segundo grado tiene derecho a la pensión vitalicia por IPTotal, cualquiera que sea la edad del beneficiario¹²⁶³, "sin perjuicio de que pueda acogerse a las medidas de recuperación procedentes, en cuyo caso, además de la pensión percibirá sólo las becas y salarios de estímulo que pudieran corresponderle". Este párrafo del precepto debe ser puesto en comparación con el art. 15.2 de la misma Orden Ministerial en virtud del cual, los trabajadores beneficiarios de Incapacidad permanente total que les sobreviene tras cumplir 45 años tienen el derecho de optar entre someterse a readaptación y rehabilitación y percibir las prestaciones económicas correspondientes a favor de trabajadores declarados inválidos con posibilidad de recuperación¹²⁶⁴ o que se les reconozca el derecho a una pensión vitalicia del 55 por 100 de la base reguladora.

¹²⁶³ El art. 19 de la Orden de 3 de abril de 1973 por la que se desarrolla el Decreto 298/1973 (8-2 sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón) se refiere a la aplicación de las bonificaciones de edad en caso de invalidez permanente total. Esas bonificaciones serán de aplicación para determinar la edad del inválido a efectos de sustitución excepcional de su pensión vitalicia por una indemnización a tanto alzado como a efectos del posible incremento de la pensión por presumirse la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior. Esa norma es aplicable a los pensionistas, que en cualquier momento de su carrera profesional hubieran estado incluidos cuya profesión habitual determinaba su inclusión en el REMC: "igual norma se aplicará cuando la sustitución o el incremento tenga lugar en otro Régimen de la Seguridad Social y afecte a trabajadores que estén o hubieran estado comprendidos en este Régimen Especial de la Minería del Carbón". Por tanto si la silicosis de 2º grado se contrajo en alguna de los trabajos que permiten la inclusión en el Régimen Especial citado (trabajadores por cuenta ajena incluidos en las Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas laborales), será aplicable esta norma, por ser norma especial. La silicosis puede contraerse en otras actividades como trabajos en chorro de arena y esmeril, trabajos con muelas (pulido, afinado) que contengan sílice libre, fabricación de vidrio, porcelana, loza, productos cerámicos, fabricación y conservación de los ladrillos refractarios a base de sílice.

¹²⁶⁴ La redacción original de la citada Orden establecía como prestaciones económicas de los distintos grados de invalidez el subsidio de espera, de asistencia, cantidad a tanto alzado y pensión vitalicia (art. 13). Sin embargo la LGSS suprime los denominados subsidios de espera y de asistencia que ya establecía el art. 136 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprueba el Texto Articulado primero de la Ley 193/1963, de 28-12, sobre Bases de la Seguridad Social, a favor de los

El trabajador debía ejercitar ese derecho dentro de los 30 días siguientes a la declaración de incapacidad, transcurrido el cual sin ejercitar el derecho de opción la norma presume que opta¹²⁶⁵ por la pensión vitalicia. La misma presunción se extiende al supuesto de beneficiario con sesenta o más años de edad en la fecha en que se declara la incapacidad, es decir, que la norma entiende ejercitado el derecho de opción a favor de la pensión vitalicia si concurre esa circunstancia de la edad¹²⁶⁶.

La silicosis de tercer grado se asimila a la incapacidad permanente absoluta y comprende los casos en que la enfermedad se manifiesta al menor esfuerzo físico, de ahí su incompatibilidad con todo trabajo.

Según el art. 57 de la Orden de 9-5-1962 (REP), se considera como incapacidad permanente absoluta la concurrencia de afecciones tuberculosas mientras éstas permanezcan activas con la enfermedad de silicosis en cualquiera de sus grados.

6.3. La protección del silicótico de primer grado.

Las medidas que el REP prevé para los trabajadores aquejados de síntomas de una enfermedad profesional que no siendo incapacitantes aconsejan el traslado de puesto de trabajo presentan algunas peculiaridades en materia de silicosis. Esta situación es la del trabajador

beneficiarios de una incapacidad permanente parcial o total, en los siguientes términos: "b) subsidios de espera, mientras el trabajador no sea llamado a los tratamientos o procesos de readaptación y rehabilitación, sin que puedan percibirse durante más de doce meses, dentro de los cuales deberá producirse el llamamiento, y subsidios de asistencia durante dichos tratamientos o procesos". Al respecto la Disposición Adicional primera de dicho texto preveía la ampliación del plazo máximo de duración del subsidio de espera si en un momento dado el número de inválidos recuperables fuera superior a la capacidad de los centros y servicios disponibles por la Seguridad social.

¹²⁶⁵ En cualquier caso se entiende que la opción tiene carácter irrevocable, por lo que es importante que el trabajador medite cuál sea lo que más le conviene.

¹²⁶⁶ La norma especial en materia de silicosis no contradice lo dispuesto en el art. 139.2 del TRLGSS en virtud del cual puede sustituirse la pensión vitalicia correspondiente a una IP Total por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años.

silicótico de primer grado, cuya calificación como tal determina la aplicación de una serie de medidas adicionales que pretenden garantizar que la enfermedad no va a perjudicar, o lo va a hacer en la menor medida posible, al trabajador víctima de aquella.

La razón por la que el REP se ocupa de este colectivo en particular se encuentra en la situación que, con arreglo a la normativa anterior (Decreto de 10-1-1947 y Reglamento de 19-7-1949)¹²⁶⁷, sufrían estos trabajadores. Dicha legislación propiciaba que los mineros con categorías profesionales más peligrosas como picadores y barrenistas se mantuvieran firmes en su decisión de permanecer en sus puestos de trabajo con riesgo y evitaran la situación de silicosis de primer grado, a la que se accedía con la conformidad previa del operario¹²⁶⁸, habida cuenta de la notable disminución de ingresos que comportaba el traslado a puestos exentos de riesgo¹²⁶⁹.

¹²⁶⁷ Decreto de 10-1-1947 que crea el Seguro de Enfermedades profesionales y deroga en parte la Orden de 7-3-1941 de prevención e indemnización (BOE 21 y 22-1-1947). OMT de 19-7-1949 que aprueba el Reglamento del Seguro de Enfermedades Profesionales y deroga el Reglamento de 29-3-46 (BOE 19-8-49).

¹²⁶⁸ El art. 79 del Reglamento disponía que "En los casos en que el productor sea declarado en primer grado de silicosis conforme al apartado tercero del artículo anterior, podrá ser trasladado, con su consentimiento, a otros trabajos exentos del riesgo por acción pulvígena dentro de la misma Empresa".

¹²⁶⁹ De esa situación da buena cuenta J.A. AVILÉS CABALLERO, en *La silicosis de los mineros...cit.*, pp. 67-68: [...] "De donde se desprende que el declarado silicótico de primer grado durante la vigencia de dicha norma habría de tratar por todos los medios de no ser trasladado a otro puesto de trabajo que de seguro habría de estar peor retribuido que el suyo habitual. Y así se veía en las minas, en las que los picadores y barrenistas son los más afectados por la silicosis, que los que contrían la enfermedad en primer grado, seguían trabajando en sus puestos, ya que, como destajistas especializados en ruidos y peligrosos trabajos, percibían salarios aceptables y su traslado al exterior iba a mermarles frecuentemente en más de la mitad" [...] Este régimen obligaba a los mineros enfermos a "pegarse" a sus puestos de trabajo habituales hasta que la silicosis de segundo grado apareciese, y a demás, les inducía trabajar a ritmo fuerte para obtener el máximo salario regulador para el caso de incapacidad permanente. O sea que los dolorosos inicios de esta terrible enfermedad, lejos de poner a los que la padecían en una situación de especiales cuidados, como ocurre con los neoplásicos, les infería unos perjuicios económicos que, para paliarlos, producían un mal peor, el que un minero enfermo tuviera que seguir en su peligroso puesto de trabajo para no disminuir el salario regulador de su futura incapacidad permanente".

Como consecuencia de esa situación anterior la normativa que sucede a la regulación de los años cuarenta, el Decreto de 13-4-1961 y el REP procuran garantizar al trabajador en ese grado médico los menores perjuicios posibles para evitar que la enfermedad progrese y devenga irreversible.

Las medidas previstas en el Reglamento que benefician al trabajador en aquella situación se refieren a la relación de trabajos exentos de riesgo, al complemento salarial previsto por traslado, al mantenimiento del período de vacaciones, la cotización en situación de traslado así como el derecho preferente a permanecer en la empresa cuando exista un expediente de regulación de empleo.

El REP no define la calificación de silicosis de primer grado sino que asimila ese primer grado médico de silicosis a la situación de traslado de puesto de trabajo. Por el contrario el art. 77 del Reglamento de 1949 considera *Primer grado de silicosis* los casos de silicosis definida y típica, pero en grado que no origine disminución alguna en la capacidad funcional para el trabajo.

El art. 45 del REP asimila esa calificación médica a la situación de traslado de puesto de trabajo exento de riesgo dentro de la misma empresa, cuando como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubre algún síntoma de enfermedad profesional que no constituye incapacidad temporal pero cuya progresión sea posible evitar mediante aquella medida.

La redacción originaria del precepto mencionado sufre una modificación importante dos años después con la finalidad de reforzar la protección de los trabajadores silicóticos. Efectivamente una Orden de 8-4-1964¹²⁷⁰ incorpora garantías adicionales en beneficio de aquellos trabajadores, modificando las disposiciones relativas al traslado o baja del productor por silicosis, tal y como reza el preámbulo de la citada norma.

“En ambas disposiciones [Decreto 13-4-1961, O. 9-5-1962], la silicosis es objeto de conjunta consideración con las demás enfermedades profesionales. Concretamente, el primer grado de dicha enfermedad venía incluido en la ordenación genérica del artículo 45 del referido

¹²⁷⁰ Orden por la que se modifican los arts. 38, 45, 48, 57, 60, 63, 72, 77 del REP (BOE 10-4).

Reglamento. Resulta, no obstante, innegable que la aplicación en este caso de dicha regulación genérica no resultaba adecuada. La especialidad de la silicosis, por su específica naturaleza irreversible, y por la magnitud social del riesgo que presenta, ante el número de trabajadores afectados, impone una consideración jurídica, especial también, del primer grado de esta enfermedad. En tal sentido, la Orden ministerial de 14 de marzo de 1963 señaló ya el camino de una regulación específica que intenta remediar, en la medida de lo posible, las perjudiciales consecuencias que la aplicación del régimen común entraña para los trabajadores afectados. Sin embargo, la experiencia acumulada en el período de vigencia de esta última disposición hace aconsejable una más detallada regulación de los supuestos en consideración a los cuales fue dictada. Tal es el objeto de la presente Orden [...]"

Así se relacionan los puestos de trabajo compatibles con el estado de salud de los trabajadores silicóticos en primer grado, en la que participarán los trabajadores, se garantiza un complemento salarial a los trabajadores trasladados a puestos compatibles, se establecen normas para la cotización de estos trabajadores así como criterios de permanencia en la empresa en caso de crisis.

En cuanto al primer aspecto el REP fijaba los puestos incompatibles con la situación del silicótico de primer grado, a saber: aquellos con un índice de peligrosidad igual o superior a cinco (según el baremo o criterio fijado por una Orden del Ministerio de Industria) o incluso inferior si se situaban en determinados lugares considerados con riesgo de exponer al trabajador a la inhalación de polvo de sílice¹²⁷¹ así como los puestos de interior en las minas si concurrían en el trabajador afectado determinadas circunstancias relativas a la detección de la enfermedad (se descubre la enfermedad tras una permanencia en el interior inferior a cinco años) y a problemas físicos (el trabajador padece procesos que dificultan la permeabilidad nasal y le obliga en reposo, a aspirar por la boca).

¹²⁷¹ Puestos situados en la manipulación directa de rellenos en seco, en los circuitos de retorno de la ventilación, en los frentes de avance de la galería o en los de arranque de la explotación, aunque estos últimos pueden ser calificados como compatibles transitoriamente (no pueden estar en este puesto más de dos años) cuando se realice la inyección de agua a presión en los frentes o tajos, consiguiendo una humidificación intensa y eficaz de los mismos.

Al respecto la empresa debía confeccionar una relación de puestos de trabajo exentos de riesgo (que será revisable), en la que intervenían los miembros del hoy extinto Comité de higiene y seguridad (hay que entender la referencia hecha al órgano de seguridad e higiene en la empresa, que será, con arreglo a la Ley de Prevención de Riesgos, el servicio de prevención propio o ajeno) o de los trabajadores pertenecientes a la plantilla con experiencia en asuntos mineros y reconocida capacidad. Esta obligación empresarial guarda similitud con la que establece la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su art. 26, en relación con la maternidad, en virtud del cual el empresario debe determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

En materia salarial el traslado a puesto compatible con el estado de salud puede comportar una retribución menor a la que venía percibiendo, constituyendo un verdadero freno a la política de remover del puesto de trabajo a los icliócticos de priemr grado en la etapa anterior a la del Decreto de 1961 y del REP como ya se ha visto. Si el salario asignado al nuevo puesto es inferior, el trabajador trasladado tienen derecho a que su retribución no sea inferior al 75 por 100 de lo percibido en el puesto anterior, calculado en un promedio de 12 meses. De modo que se incrementarán su salario hasta percibir ese porcentaje garantizado por la norma. Incluso se preveía que la Empresa pudiera ser compensada por el abono del complemento salarial garantizado a través del Seguro de Desempleo¹²⁷². Esta garantía salarial cesaba al cabo de

¹²⁷² Según el REP el importe de las cantidades abonadas al trabajador trasladado a otro puesto que incrementan sus retribuciones hasta alcanzar el porcentaje será reintegrado a la empresa, con cargo al Seguro de Desempleo, mediante liquidaciones que, previamente visadas por el Delegado de Trabajo, presentará trimestralmente al Instituto Nacional de Previsión (art. 45.9). Este sistema de reembolso despertaba algunos recelos. J.A. AVILÉS CABALLERO señalaba al respecto que resultaba extraño: "pues se obliga al abono a una entidad que no tiene ninguna relación ni directa ni indirectamente con los hechos que han determinado el traslado del productor silicótico". En *La silicosis de los mineros...* cit., p. 69. Según la jurisprudencia citada por M. ALONSO OLEA Y J.L. TORTUERO PLAZA, el empresario no cotiza por las cantidades pagadas para mantener el salario del puesto antiguo (STS 25-6-1981, 2-12-1982, 28-10-1987, 2-11-1987), que se abonan con cargo a los fondos de desempleo, ni

diez años¹²⁷³, pero hasta entonces era compatible con la beca o salario estímulo concedido por el Fondo Compensador por inscribirse el trabajador en un curso de formación intensiva profesional (tenían derecho preferente de inscripción).

Junto al complemento salarial mencionado el REP también beneficiaba a los silicóticos de primer grado trasladados con la repercusión de los incrementos salariales en la Industria Hullera en el salario del trabajador, teniendo en cuenta el aumento que hubiera sufrido su categoría de procedencia¹²⁷⁴.

Otra garantía del silicótico de primer grado trasladado es la que reconoce el art. 45 en su apartado 13 al reconocer el derecho preferente absoluto a permanecer en la empresa en situaciones de crisis (expediente de regulación de empleo)¹²⁷⁵. Aún así si no fuera posible su mantenimiento en la empresa, el trabajador despedido tiene opción de recibir como indemnización el salario promedio que perciben en su puesto de procedencia sus compañeros con la misma categoría que tenía el trabajador o bien recibir las percepciones de la nueva categoría si son superiores.

siquiera por accidentes (STS 18-3-1982, 23-6-1982). En *Instituciones de Seguridad Social...cit.*, p. 191.

¹²⁷³ El art. 45 en su redacción originaria establecía este beneficio durante cinco años; no obstante, una Orden 29-9-1966 (por la que se modifican determinados preceptos del REP. BOE 3-10-1966) la extiende al período de diez años. Dicha Orden dispone la creación de una Comisión Provincial de protección a silicóticos en aquellas provincias donde existan empresas con riesgos de silicosis, con la función de tutela y asistencia a los trabajadores silicóticos de cualquier grado. Se le encomienda especialmente procurar la reeducación, readaptación y colocación del obrero (art. 45.14 REP)

¹²⁷⁴ Las Ordenes Ministeriales de 29-9-1966 (Resolución de 6-7-1994, que la complementa) 30-4-1973, 30-4-1977, 7-12-1977 y 23-6-1979 regulan la materia de los salarios garantizados a trabajadores aquejados de silicosis de primer grado.

¹²⁷⁵ Esta medida es considerada como justa por J.A. AVILÉS CABALLERO: "en las suspensiones temporales y parciales, prácticamente, es imposible declarar cesantes a los silicóticos de primer grado, lo que a todas luces resulta justo, aun cuando es muy posible que, en ciertas ocasiones, ello represente un grave perjuicio para la economía de la empresa, que habrá de prescindir de obreros sanos y mantener en plantilla a los trabajadores más eficientes para que le resultase más fácil su recuperación". Op. cit., pp. 75-76.

Por otro lado existen peculiaridades en materia de baja por imposibilidad de traslado, cuando se trata de un trabajador silicótico de primer grado que cesa en la empresa con motivo de su enfermedad y que no se dan en otro caso. Aquel trabajador goza de unos derechos destinados a facilitar la reinserción laboral del enfermo en esa primera fase de silicosis. Así tiene derecho preferente a participar en un curso de formación intensiva profesional durante los dieciocho meses de la prestación, que le permitirá gozar de preferencia para colocarse en las empresas donde existan vacantes en la especialidad adquirida.

Incluso se les reconoce el derecho de optar entre percibir las 18 mensualidades de una sola vez -lo que implica percibir desde el cese la prestación a cargo del Desempleo- o percibir mensualmente el subsidio como el resto de enfermos profesionales que cesan en la empresa, con la contrapartida de que se les reconoce derecho preferente a ocupar puestos compatibles cuando existan en cualquier otra Empresa de la misma actividad industrial¹²⁷⁶, pudiendo incluso volver a su empresa de origen si lo solicitan en un plazo determinado (15 días a contar desde la notificación de la oficina de colocación de la existencia de vacantes). A estos efectos el REP disponía la creación en las susodichas oficinas de un Registro especial de silicóticos de primer grado, al que las empresas debían acudir para ocupar a los trabajadores que con ese carácter preferente estuvieren inscritos en el mismo (art. 48.6)

¹²⁷⁶ Sobre el particular J.A. AVILÉS CABALLERO pone de manifiesto la situación de los mineros que acogidos a este beneficio del curso de formación no fueron recolocados en otras Empresas: "Tampoco ha servido para paliar la situación laboral de los silicóticos de primer grado el contenido del número 7 del artículo 48 que venimos glosando, pues, a pesar del magnífico espíritu que lo inspira, no ha sido acogido con entusiasmo por los enfermos. Los cursos de formación profesional que se han llevado a cabo en esta región no dieron resultado práctico porque el silicótico no puso interés en colocarse en atención a que el salario de la nueva profesión resultaba inferior a lo que, como silicótico de primer grado trabajando en punto compatible, podía adquirir; por otro lado, las empresas no respetarían el derecho preferente que se les concede a los silicóticos para ocupar vacantes de la especialidad adquirida, pues preferirían a personas sanas y, sobre todo, a quienes tengan experiencia profesional." *Op. cit.*, p. 78.

6.4. Las singulares conexiones entre la pensión de incapacidad y la pensión de jubilación

6.4.1. Conversión de la pensión de Invalidez del Régimen General en pensión de jubilación del Régimen Especial de la Minería del Carbón.

Conociendo el tipo de enfermedad profesional que es la silicosis, el supuesto específico que se plantea es muy habitual en la práctica. Aquellos trabajadores que dedicaron parte de su carrera profesional a desarrollar trabajos con riesgo de enfermedad profesional y que después de muchos años abandonan esa actividad, cuyas características determinan su inclusión en el Régimen General gozarán de los mismos beneficios que los trabajadores del REMC.

Esta es la idea de fondo que subyace en las resoluciones judiciales que admiten la aplicación de la norma del art. 22 de la O.M. de 3 de abril de 1973, a los pensionistas de invalidez permanente del Régimen General debida a una enfermedad profesional contraída con anterioridad en la Minería del Carbón. Ese precepto regula la jubilación de los inválidos permanentes totales. A tal efecto señala los criterios para reconocer el derecho de un pensionista del Régimen Especial que accede a la pensión de jubilación, siempre y cuando la pensión de incapacidad permanente total no haya sustituido a la pensión de jubilación, es decir, lo que no admite el legislador que se convierta en pensión de jubilación una pensión de incapacidad reconvertida con anterioridad, a saber, en términos del art.22.1:

Para poder causar pensión de jubilación en el supuesto a que se refiere el párrafo anterior, será condición que la pensión de invalidez permanente total no hubiera sustituido, en virtud de opción ejercitada de conformidad con las normas sobre incompatibilidad de pensiones, a la de jubilación que el interesado percibiera de cualquier Entidad gestora de este Régimen Especial.

Sin perjuicio de lo dicho, el precepto admite la posibilidad de que el inválido permanente total no sea pensionista del REMC, en el momento de solicitar la pensión de jubilación¹²⁷⁷, al considerar las

¹²⁷⁷ El TS en Sentencia de 20-6-1995 (AR./5214) niega el derecho a un pensionista de jubilación del Régimen General, que renunció a una pensión de inválido permanente total del REMC a convertir su pensión de jubilación por otra pensión de jubilación pero del REMC, acogiéndose a que el precepto exige que se acceda desde una

cotizaciones efectuadas a otro Régimen de la Seguridad Social durante el período comprendido entre la fecha de efectos de la invalidez permanente total y la del hecho causante de la jubilación en virtud del principio de reconocimiento recíproco de cuotas.

El TS en interpretación a este precepto estableció la siguiente doctrina que contiene la Sentencia de 26-7-1993 (Ar./5981):

TERCERO.-Como ya resulta de lo expuesto, la Sala, con ocasión de resolver anteriores recursos de casación para la unificación de doctrina en los que se planteaba análoga cuestión que la ahora debatida, ha sentado línea jurisprudencial consolidada, manifestada, entre otras, en sus SS. 19 junio, 16 octubre y 15 noviembre 1991, 15 enero, 12 marzo y 21 mayo 1992¹²⁷⁸. Procede reiterar tal doctrina, dando aquí por íntegramente reproducidos sus fundamentos. Conforme a tal línea jurisprudencial, interpretativa del art. 22 de la Orden Ministerial de 3-4-1973, no es obstáculo a la concesión de la jubilación solicitada que la invalidez permanente total previamente reconocida lo haya sido en el Régimen General, cuando esta última situación derivare de silicosis contraída con ocasión de anteriores trabajos realizados en el sector de la minería de carbón, con encuadramiento en el correspondiente Régimen Especial. Igualmente declara la jurisprudencia citada, partiendo de que la silicosis es una enfermedad irreversible de muy lenta evolución que muy frecuentemente se manifiesta tiempo después de haberse dejado de trabajar en actividad con alto riesgo al respecto, que cuando aparece dicha enfermedad, mediando tales antecedentes laborales, en época en la que se presta servicios en sector distinto, se ha de presumir que fue contraída con ocasión de los trabajos anteriormente realizados en la minería del carbón.

pensión de incapacidad permanente total: "Ahora bien, ese beneficio de conversión de pensiones que se contempla en el artículo 22 de la Orden de 3 de abril de 1973 se circunscribe únicamente a los pensionistas por invalidez permanente total para la profesión habitual del Régimen Especial de la Minería del Carbón. No es aplicable a quien, como el trabajador del caso de autos, ha dejado de serlo por haber pasado a ser pensionista de jubilación en el Régimen General, renunciando a la pensión de invalidez permanente total del Régimen Especial".

¹²⁷⁸ Sobre esta doctrina, véase también, además de las citadas, las siguientes Sentencias: STS 14-6-1993 (Ar./4671),

En este mismo sentido la STSJ Castilla-La Mancha de 7 de junio de 1993 (Ar./3204) considera que:

"[...] es criterio jurisprudencial que aun cuando el interesado estuviese encuadrado en el Régimen General en la fecha en la que se le declaró la invalidez y hubiesen transcurrido varios años desde su último trabajo en minas de carbón, le es de aplicación el Régimen Especial de la Minería del Carbón a efectos de la conversión de la pensión de Invalidez en Jubilación, siempre y cuando tal invalidez esté motivada por «silicosis», todo ello según Sentencias del Tribunal Supremo dictadas para unificación de doctrina, de 16-10-1991, 15-11-1991, 15-1-1992, 12-3-1992 y 21-5-1992.

c) Que debemos considerar al interesado pensionista de Invalidez Total para su profesión, del Régimen Especial de la Minería del Carbón, por su enfermedad profesional «Silicosis», y por tanto, de conformidad con lo establecido en los arts. 22 y concordantes de la Orden de 3-4-1973, en nueva redacción dada por Orden de 10-3-1977, en situación asimilada al alta, a efectos de causar derecho a pensión de jubilación de tal Régimen Especial, con el coeficiente corrector o bonificación de edad correspondiente, por lo que al tener derecho a la misma, cesará en el percibo de la pensión de invalidez que tenía reconocida, de conformidad con la referida Orden y art. 91 de la Ley General de la Seguridad Social de 30-5-1974.

Ciertamente la Sala aplica la doctrina del TS para admitir el acceso a la jubilación del Régimen Especial a un pensionista de otro Régimen de la Seguridad Social, en aras proteger aquellas situaciones tan comunes en la práctica como sería la de trabajadores del REMC a quienes se les detecta la enfermedad profesional cuando ya han abandonado la actividad profesional con riesgo.

Por tanto, es clara la doctrina que asimila al pensionista de incapacidad permanente total por silicosis del Régimen Especial de la Minería del Carbón con el pensionista de incapacidad permanente total por enfermedad profesional-silicosis incluido en el Régimen General a efectos de acceder en las mismas condiciones a la pensión de jubilación del REMC.

Al respecto se plantea cuál es la categoría profesional a tener en cuenta a la hora de calcular la base reguladora de la pensión. En la STSJ Castilla y León/Valladolid, de 8-11-1999 (Ar./4679) se resuelve un supuesto igual al planteado. La regla aplicable es la prevista en el art. 22.2 de la OM de 3 de abril de 1973 que señala el criterio para calcular la base reguladora de esa pensión, como es el cómputo de las bases

normalizadas de cotización que hayan estado vigentes durante un período de tiempo ininterrumpido previo al ejercicio del derecho, igual al que, en cada momento, sea preciso para la determinación de la base reguladora, para la categoría o especialidad profesional que tuviera el interesado al producirse la invalidez permanente¹²⁷⁹.

El Tribunal Supremo por su parte en relación con la categoría profesional que debe tenerse en cuenta a efectos de base reguladora de la prestación (en caso de jubilación de los incapacitados permanente totales) ha establecido en sentencias de 3-4-1997 (2196) y 17-6-1998 (Ar./5402) la doctrina de la categoría de mayor riesgo, es decir que para determinar la categoría del trabajador que permitirá calcular el salario y la base reguladora se tendrá en cuenta si el trabajador ha desempeñado varios trabajos de categorías diferentes a lo largo de su carrera profesional aquella de mayor riesgo de contraer la enfermedad que coincide normalmente con la que se desempeña durante un período de tiempo superior." De manera que la categoría del trabajador que cuenta es aquella que tuviera en el momento de contraer la enfermedad y no la del momento de la declaración de la invalidez, ni la fecha del dictamen de la UVAMI¹²⁸⁰.

6.4.2. Incremento de la pensión de invalidez al cumplir la edad de jubilación.

Se trata de un supuesto específico previsto en el art. 20 de la Orden Ministerial de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.

Este precepto relativo a la cuantía de la pensión de los inválidos absolutos y grandes inválidos al cumplir la edad de jubilación, que fue

¹²⁷⁹ Es necesario además, según la regla 2ª del precepto que el beneficiario ingrese las aportaciones de empresario y trabajador correspondientes al período comprendido entre la fecha de declaración de la incapacidad permanente total y la del hecho causante.

¹²⁸⁰ Ver al respecto las sentencias del Tribunal Supremo que cita la Sentencia de 8-11-1999 del TSJ de Castilla y León/Valladolid: 11-1-1994, 19-4-1994, 11-3-1996, 7-5-1996, 14-10-1997, 19-1-1999.

modificado por Orden de 10 de marzo de 1977 y Orden de 8 de abril de 1986, establece el derecho de los pensionistas de invalidez permanente absoluta y gran invalidez, incluidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón de solicitar un incremento de la cuantía de la pensión cuando alcance la edad de 65 años (real o ficticia), equiparando de esta suerte su pensión con la pensión de jubilación que le correspondería por reunir el requisito de la edad.

Este supuesto, a diferencia del previsto en el anterior epígrafe, no significa una transformación de la pensión de invalidez en pensión de jubilación sino más bien una modificación en la cuantía¹²⁸¹.

La norma no exige que esas incapacidades deriven de una contingencia concreta (común o profesional) por lo que es aplicable también a los incapacitados por enfermedad profesional¹²⁸². Para aplicar esta norma se exige que concurren dos requisitos: 1) el solicitante del incremento no sea titular de ninguna otra pensión de la Seguridad Social, o en su caso, renuncie a ella y, 2) que la pensión de invalidez permanente absoluta o gran invalidez no hubiera sustituido a la pensión de jubilación (en virtud de la opción ejercitada por el beneficiario de dicha pensión por aplicación de las normas sobre incompatibilidad).

La Disposición Transitoria 7ª bis de la Orden 3-4-1973 matiza la concurrencia de estos requisitos. Así el párrafo primero de esa Disposición establece que no existe esa incompatibilidad si se trata de una pensión complementaria de silicosis, prevista en el art. 6 de los Estatutos de las Mutualidades Laborales del Carbón o en el art. 13 de los

¹²⁸¹ MARTÍNEZ BARROSO señala que “el art. 20 de la citada Orden no supone que se transforme la contingencia protegida; no implica, por tanto, que un inválido absoluto o gran inválido deje de serlo para convertirse en un jubilado por razón de edad – como erróneamente establece algún pronunciamiento judicial – sino sólo que se modifica el importe de su pensión de invalidez y los correspondientes derechos derivados, al llegar a la edad de jubilación”. Vid. *Sistema jurídico...*, p. 257.

¹²⁸² El apartado 4, no obstante, matiza que se consideran inválidos permanentes de este Régimen Especial, en grado de incapacidad absoluta y gran invalidez, “quienes hayan sido declarados como tales en virtud de la situación asimilada a la de alta especialmente establecida por la contingencia aludida, en razón de haber ocupado puestos de trabajo que ofrezcan riesgos de la enfermedad de que se trate, siempre que el último de dichos puestos haya dado lugar, en su día, a la inclusión del interesado en el campo de aplicación de este Régimen Especial”.

Estatutos de la Caja de Jubilaciones y Subsidios de la Minería Asturiana¹²⁸³.

La jurisprudencia del TS (Sentencia de 3-7-89 (Ar. 5424) ha considerado que en aplicación de esta norma, es incompatible la percepción del incremento de la pensión señalado con la percepción de otra pensión de la Seguridad Social, entendiéndose que si se dieran ambas circunstancias el beneficiario debe optar por una u otra pensión¹²⁸⁴.

En el caso de que el pensionista renuncie a otra pensión, la base reguladora se configura teniendo en cuenta las bases normalizadas de cotización vigentes aplicables a la categoría del trabajador en el momento de causar derecho a la pensión que se renuncia (el art. 20.2 de la Orden Ministerial fija como norma para calcular la base reguladora las bases normalizadas de cotización vigentes aplicables a la categoría del trabajador en el momento de causar la pensión de invalidez).

Calculada la base reguladora de la nueva pensión que se incrementa, el porcentaje aplicable es variable, al igual que en la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el período de cotización que acredita

¹²⁸³ Varias Resoluciones de la Dirección General de la Seguridad Social se han pronunciado sobre esta compatibilidad, a saber: Resolución de 22-7-1975, sobre si existe posibilidad de aplicación del artículo 20 de la orden de 3 de abril de 1973 (Minería del Carbón), a aquellos supuestos en que se declare, a partir de 1 de marzo de 1973, el grado de incapacidad reconocido a los pensionistas de invalidez permanente con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de dicha Orden, Resolución de la misma fecha sobre si existe posibilidad de aplicación de los artículos 20 y 22 de la Orden de 3 de abril de 1973 (Minería del Carbón), en el supuesto de reconocimiento del derecho a prestaciones de invalidez a pensionistas de jubilación, Resolución de 22 de enero de 1976, sobre aplicación del artículo 22 de la Orden de 3 de abril de 1973 (Minería del Carbón), a pensionistas de invalidez permanente total por accidente de trabajo o enfermedad profesional, que por padecer otra enfermedad determinante de incapacidad absoluta, perciben pensión del artículo 13 de los Estatutos de la Caja de Jubilación y Subsidios de la Minería Asturiana.

¹²⁸⁴ En este sentido, MARTÍNEZ BARROSO señala que "Así pues, la mejora introducida por el art. 20 OREMC puede hacerse efectiva aunque el solicitante perciba inicialmente dos prestaciones si oportunamente renuncia a la del régimen no minero, ejercitando la oportuna opción, y sin que el fallecimiento del pensionista impida el reconocimiento del derecho al incremento solicitado con anterioridad a su muerte, de cara a posibles derechos derivados", op. Cit., p. 260.

el solicitante, computando como periodo cotizado el tiempo de la pensión de invalidez permanente absoluta o gran invalidez.

La jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de que los pensionistas de invalidez permanente derivada de enfermedad profesional silicosis reconocida por la Seguridad Social por su inclusión en el Régimen General, al haber desempeñado trabajos por cuenta ajena que hayan motivado esa inclusión, puedan disfrutar de los beneficios correspondientes a los mineros del carbón, siempre que la enfermedad profesional sea consecuencia de la actividad previa desarrollada en la minería del carbón. La razón de extender las normas especiales previstas en el REMC en cuanto a la pensión de invalidez y de jubilación no es otra que la de dar respuesta al problema de muchos trabajadores de la minería que pasan a realizar actividades por cuenta ajena que determinan su inclusión en otro Régimen de la Seguridad Social y les sobreviene la enfermedad profesional-silicosis, una vez han dejado de prestar servicios en la minería.

De hecho la Disposición transitoria 7ª bis de la OREMC es modificada por la OM de 10-3-1977 para dar respuesta a un supuesto muy similar, si bien no se refiere a los inválidos permanentes del Régimen General sino a quienes no estando incluidos en el REMC hubieran accedido a la pensión de invalidez permanente absoluta o gran invalidez a través de la aplicación de las normas de los Estatutos de las Mutualidades Laborales del Carbón o Caja de Jubilaciones y Subsidios de la Minería Asturiana o del antiguo Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

El TS ha considerado en múltiples ocasiones la extensión del beneficio de incrementar la cuantía de la pensión de invalidez permanente absoluta o gran invalidez, aunque en el momento del reconocimiento de la pensión, el trabajador estuviera encuadrado en el Régimen General, siempre que la causa de la invalidez sea una enfermedad profesional que deriva de la actividad realizada en el REMC. El aspecto criticable de esta normativa y de la jurisprudencia que lo aplica es su carácter limitado a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial en algún momento de su carrera profesional ya que la silicosis, según el cuadro de enfermedades profesionales puede ser provocada por un solo elemento, el polvo de sílice, pero en actividades muy

distintas que pueden determinar la inclusión del trabajador en otro Régimen de la Seguridad Social¹²⁸⁵.

6.4.3. El acceso a la pensión de invalidez del pensionista de jubilación.

La normativa reguladora del Régimen Especial citado permite que el beneficiario de una pensión de jubilación pueda solicitar su declaración como inválido permanente total derivada de silicosis¹²⁸⁶.

Ello plantea si al pasar a esa situación puede percibir el complemento de la IPTotal cualificada, teniendo en cuenta que deja de ser pensionista de jubilación y por ello puede acceder a aquel complemento si reúne los requisitos exigidos¹²⁸⁷:. Existe jurisprudencia favorable pero también contraria a esta interpretación:

- Jurisprudencia favorable a esta interpretación: SSTS 5-10-1987 (6830), 20-12-1991 (9542), 4 y 30-5-1992 (1617, 1886), 27 y 30-4-1993 (3373, 3391), 19-2 y 20-12-1994 (1065, 10700), SSTSJ Asturias, 18-9-92 (4151), 18-2-1993 (575).

¹²⁸⁵ A mayor abundamiento la doctrina ha considerado criticable que la norma no se extienda a las situaciones de aquellos trabajadores que padecen silicosis pero que por realizar una actividad minera distinta no estén incluido en el REMC y por ello no se beneficien de esa regla. El TS ha negado el derecho a incrementar la pensión a quién ha trabajado en minas de caolín durante muchos años, en ambientes pulvígenos capaces de crear silicosis: STS 12-6-1995, 26-6-95, 7-11-95, 28-11-95 (4889, 5367, 9480, 8766). Esta es la opinión de MARTÍNEZ BARROSO, en *Sistema jurídico...* cit., p.263.

¹²⁸⁶ El art. 18 de la Orden de 3-4-1973 dedicado a la revisión se refiere a dos situaciones: 1) cuando el beneficiario tuviera con anterioridad a la revisión la condición de pensionista por invalidez permanente y 2) el beneficiario no tuviera esa condición, situación en la que se incluiría el pensionista de jubilación porque la condición exigida es la pensionista de incapacidad permanente.

¹²⁸⁷ M.R. MARTINEZ BARROSO pone de manifiesto que ese incremento de la pensión de invalidez es aplicable no sólo a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón, por aplicación expresa de las normas reguladoras del mismo, sino que se extiende a los trabajadores pertenecientes a otros sectores mineros por interpretación analógica que ha realizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pese a no existir norma alguna que contemple el beneficio de aplicar los coeficientes reductores previstos en materia de jubilación a las situaciones de incapacidad permanente total en el caso de otros sectores de la minería. Op. Cit., p. 239.

Mantiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 20-12-1994 (10700), Fundamento de Derecho Segundo que, resuelta ya tal cuestión en las sentencias de 30 abril 1993 y 19 febrero 1994, hay que partir de lo que se establece en el art. 16.2 de la Orden Ministerial 18 enero de 1967 y en el art. 35.1 de la Constitución, para concluir que los trabajadores o pensionistas tienen derecho a que el importe de su pensión de incapacidad permanente total se incremente en un 20 por 100 de su base reguladora, toda vez que tal derecho, que se desprende de lo que disponen los arts. 136.2 de la Ley General de la Seguridad Social y 6 del Decreto 1646/1972, no resulta desvirtuado ni suprimido por el hecho de que se haya producido el cese años antes de trabajar y el interesado fuese pensionista de jubilación en el momento en que se le reconoció la incapacidad permanente total derivada de silicosis.

Igualmente la STS 11-7-1994 (1995\8393) afirma que:

SEGUNDO.-Siguiendo la doctrina ... que se reitera en la de 27 y 30 abril 1993 y 19 febrero 1994, se debe entender que la jubilación no es incompatible con el trabajo por cuenta ajena, según se desprende del artículo 16.2 de la Orden 18 enero 1967, ni supone un abandono del mercado de trabajo, ni existe una limitación legal por razón de edad para ejercer el derecho al trabajo consagrado en el artículo 35.1 de la Constitución Española ya que la única incompatibilidad existe entre el trabajo y el percibo de la prestación económica de jubilación y por ello se entiende que siendo el demandante pensionista de invalidez en la actualidad, y no de jubilación, reúne los requisitos para percibir el complemento de la incapacidad total cualificada según lo dispuesto en el artículo 136.2 de la Ley General de la Seguridad Social y artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 junio; por lo que se debe estimar el recurso del actor de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, casando la sentencia recurrida, que quebranta la unidad de doctrina, y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el recurso de suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y confirmar la sentencia de instancia, estimatoria de la pretensión.

- En sentido contrario, entendiéndose que el complemento persigue un objetivo que no se cumple en la situación del jubilado que accede a la invalidez ("quienes ya tienen la condición de jubilados han dejado de ser población activa y, de este modo, el complemento deja de

tener sentido"¹²⁸⁸):STSJ Asturias 10 y 26-7-89 (52, 80, 81), 7-5-1990 (1594). Sin embargo se ha declarado la incompatibilidad entre la pensión complementaria de silicosis y la percepción del incremento creado por la Ley de 21-6-1972 en Sentencia del TSJ Castilla y León/Valladolid, 15-12-1994, Ar./481: "si bien se declara perfectamente compatible el incremento del veinte por ciento aludido con el percibo de cualquier otra cantidad siempre que ésta sea a cargo de cualquier otra entidad distinta a la Gestora de la Seguridad Social, la pensión complementaria de silicosis, reconocida en el art. 6 de los Estatutos de las Mutualidades del Carbón, procede también de la Seguridad Social".

¹²⁸⁸ Esta es la opinión de BARREIRO GONZALEZ, G., RODRIGUEZ QUIROS, J., CABEZAS ESTEVAM J.L., FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J., en *Régimen laboral y de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, León (Endesa-Junta de Castilla y León-Universidad de León), 1991, tomo II, p. 174, quienes aseguran que "tratar de volver al mundo laboral, al trabajo activo (...) no es admisible ni lógico por lo que el beneficio que supone el incremento del 20 por 100 de la base reguladora constituye una compensación para los que verdaderamente no pueden encontrar trabajo a causa de su incapacidad, que no es el caso del pensionista de jubilación", opinión que recoge y contrasta M.REYES MARTÍNEZ BARROSO en *Sistema jurídico de la Seguridad Social...cit.*, pp. 237-238: "La situación de pensionista de jubilación excluiría así la posibilidad de prestar cualquier tipo de trabajo por cuenta ajena, careciendo de sentido, por tanto, pretender la percepción de un incremento en la pensión de invalidez permanente total por dificultad de encontrar empleo desde dicha condición de pensionista por jubilación, y ello con independencia de que a tal situación se hubiese accedido antes de alcanzar los 65 años, pues ello supondría desconocer y defraudar la finalidad que el legislador persigue al establecer el incremento... que no es otra que compensar la mayor dificultad en quienes reúnen aptitud legal para ello dado su edad y grado de invalidez". "La tesis contraria considera que el incremento de pensión tiene por objeto indemnizar la carencia futura de trabajo, cuando su certidumbre se deriva de la falta de expectativas de obtenerlo creada por las condiciones personales del interesado, es decir, la asistencia de la incapacidad permanente total cuando quien la percibe no puede completar su importe mediante ingresos obtenidos en el desempeño de un trabajo dependiente, condición en la que se encuentra quien ha visto sustituida su pensión de jubilación por la de invalidez total, de modo tal que pueda aspirar a ocupaciones remuneradas, acordes con la aptitud laboral residual que el grado de invalidez por el que percibe asistencia supone".