

## Controversias

**Rosa María Virolés Piñol**

*Magistrada de la Sala IV del Tribunal Supremo. Madrid.*

**Correspondencia**

rosamaria.viroles@justicia.es

### I. INTRODUCCIÓN

Como cuestión previa, he de mostrar mi agradecimiento a los organizadores de este II Congreso de Médicos Inspectores de la Administración de la Seguridad Social, en especial en la persona de su presidente D. José Manuel Vicente Pardo, por su invitación para intervenir en el mismo, lo cual es un gran honor para mí compartir e incluso disentir, —puesto que mi intervención corresponde a la mesa de “Controversias” (En el ámbito laboral: Capacidad /Incapacidad/Discapacidad) moderada por Dña. Araceli López-Guillén García— sobre algunas de las cuestiones polémicas que nos son habituales a todos los aquí convocados.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que en tan breve espacio de tiempo es imposible abordar con profundidad la totalidad de las cuestiones que se suscitan ante los órganos de la jurisdicción social, y en concreto que lleguen a ser resueltas por el Tribunal Supremo, sobre la materia asignada a esta mesa de debate, voy a limitarme a alguna de ellas exponiendo los criterios jurisprudenciales, sin perjuicio de las cuestiones que surjan en el coloquio que espero cumpla su objetivo.

### II. CONCEPTO DE “PROFESIÓN HABITUAL”

#### 1. Aproximación al concepto

Teniendo en cuenta que la declaración de incapacidad permanente total, procede cuando la situación física o psíquica del trabajador le inhabilita para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta, resulta clave para la declaración de incapacidad permanente la determinación del concepto de profesión habitual.

La prestación de incapacidad permanente total se caracteriza, por que el trabajador que accede a esta prestación no presenta unas limitaciones que le incapaciten para cualquier actividad, a diferencia de la situación de incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez, sino que sólo le afectan para el ejercicio de su profesión habitual.

En las normas de Seguridad Social no encontramos una definición del término “profesión habitual”, por lo que han sido los Órganos de la Jurisdicción Social, y en concreto la jurisprudencia que emana del Tribunal Supremo en su doctrina unificadora, los que han asumido la tarea de configurar este concepto.

Ahora bien, esta tarea no es ni ha sido pacífica, puesto que, como se verá, los Tribunales han mantenido diversas posiciones, que van desde asimilar la profesión habitual en unos a la categoría profesional o bien al grupo profesional o, incluso, a las tareas que normalmente presta el trabajador en el desarrollo de sus tareas o funciones asignadas a su concreto puesto de trabajo. Es fundamental pues, determinar qué se entiende por profesión habitual y profesión distinta, a efectos de determinar la posible

compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total que pueda reconocerse y un trabajo remunerado.

En principio —y según el Instituto Nacional de la Seguridad Social— hay que distinguir si la incapacidad tiene su origen o es consecuencia de un accidente (laboral o no) o de enfermedad (común o profesional):

- En caso de accidente, se considerará por profesión habitual la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrir el accidente.
- En los casos de enfermedad (común o profesional), es aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental, durante el período de 12 meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente.

En la interpretación que han dado los Tribunales puede observarse una tendencia expansiva desde los primeros pronunciamientos del Tribunal Central de Trabajo hasta los más recientes de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en doctrina unificadora.

Tiempo atrás, el extinto Tribunal Central de Trabajo identificó la profesión con el concreto puesto de trabajo, es decir, el conjunto de cometidos del puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, independientemente de los correspondientes a su categoría profesional, si bien ya en 1977 pasó a identificar la profesión habitual con el conjunto de tareas que conformaban la categoría profesional del trabajador (SSTCT de 1-3; y de 15-4-1977).

El Tribunal Supremo —creador de nuestra jurisprudencia— ha atendido en gran parte de sus resoluciones hasta la Ley 27/2011, al contenido funcional que se establece en las Ordenanzas Laborales.

La STS de 17-1-1980 señala que el punto de referencia es la labor que “el trabajador está cualificado para realizar y a lo que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional. De este modo, en la calificación de la invalidez, no sólo se han de tener en cuenta las funciones correspondientes a la categoría profesional del presunto incapaz, sino también aquéllas que le sean exigibles dentro de la movilidad funcional ordinaria (art. 39 ET)”. Son muchas las resoluciones que han venido después refiriendo y aplicando este con dicho criterio expuesto y que definen la profesión habitual como el conjunto de tareas exigibles dentro de la movilidad funcional ordinaria. También las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores han mantenido este criterio.

El artículo 8 de la Ley 24/1997 de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, vino a dar nueva redacción al art. 137 LGSS, y también a consagrar esta interpretación más amplia cuando dispone en su apartado quinto que:

“la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca. (...) A efectos de la determinación del grado de incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente”.

Se amplía la determinación de la incapacidad porque se hace en referencia a la profesión que ejercía el interesado pero también al grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, y ello recogiendo la jurisprudencia citada, que definía la profesión habitual, con las funciones exigibles al trabajador dentro de la movilidad funcional ordinaria (art. 39.1 ET).

El nuevo concepto de profesión habitual se delimita no sólo atendiendo a “la profesión que ejercía el interesado”, sino también a la “del grupo profesional”, parámetro este último más amplio y que genera ciertas complicaciones calificatorias, ya que la

constitución de los grupos profesionales no contiene referencia alguna a las profesiones. Por otro lado, esta referencia al grupo profesional va a ser menos favorable para el trabajador porque puede crear supuestos de desprotección si la afectación de la capacidad laboral impide ejercer las tareas de su profesión u oficio pero puede ejercer otras funciones o tareas de distinta profesión encuadrada dentro de su grupo profesional.

La reforma efectuada en el artículo 137.2 LGSS por la Ley 24/1997 identificaba profesión habitual como grupo profesional, expresamente contempla que a efectos de la determinación del grado de la incapacidad se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. Ello, desde una interpretación literal del artículo 137.2 LGSS no vigente, puesto que será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del art. 137, que señalaba debían dictarse en el plazo de un año. Entretanto se seguirá aplicando la legislación anterior. El plazo previsto fue ampliado por la D. A. trigesimovena de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31/12) de modo que las disposiciones reglamentarias previstas, deberían haber sido aprobadas por el Gobierno durante el ejercicio 1999. Dado que el desarrollo reglamentario previsto no se ha llevado a cabo aún, se mantiene el texto original del art. 137 LGSS.

## 2. Modificaciones que introduce la Ley 27/2011 en la pensión de Incapacidad permanente, y Análisis jurisprudencial

Destaca la norma la conveniencia de arbitrar mecanismos que favorezcan la inclusión y acceso al empleo de calidad, permitiendo una compatibilidad entre el tránsito de políticas pasivas a medidas activas, favoreciendo una mayor flexibilización en el régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente, con la finalidad de moderar la incompatibilidad existente en la legislación. Asimismo, y en orden a evitar los problemas que surgen en relación con las reglas de incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente, se recomienda que, al alcanzar el pensionista de incapacidad la edad de jubilación, el régimen de compatibilidad de su pensión se regule en términos similares a los establecidos para la pensión de jubilación.

El art. 3 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, modifica el art. 141 LGSS en orden a las “compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por invalidez permanente”, estableciendo la nueva redacción del apartado 1 del artículo 141 de la LGSS que “en caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado”, añadiendo “o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada”, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, añadiendo “siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”.

La norma es un tanto confusa, si tenemos en cuenta que por el momento no existe definida una incapacidad permanente total para el grupo profesional. Ahora bien, si consideramos el criterio de las funciones a que alude en su último inciso y si atendemos, según la Exposición de Motivos, a su finalidad clarificadora en relación con colectivos donde hay funciones de segunda actividad, como bomberos o policías, se concluye que lo pretendido es permitir la compatibilidad de la pensión con la segunda actividad, —lo que, además, se compadece con que, a los efectos de una revisión de grado, se valoren las funciones originarias y no las funciones de segunda actividad, STS de 10.10.2011, rec. 6799/2011—.

Así, y como señala la STS de 28 de febrero de 2005 (Rec. 1591/2004), desde una interpretación literal del artículo 137.2 LGSS la declaración de incapacidad permanente total habría que reconducirla al grupo profesional. Esta perspectiva parece la más acertada, puesto que previsiblemente en algún momento entrará en vigor esta redacción del artículo 137 LGSS y facilita la calificación de esta situación puesto que sí existe un

concepto legal de grupo profesional, en concreto en el artículo 22 ET, que define el grupo profesional como el que agrupa unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, que podrá incluir diversas categorías y distintas funciones.

La Jurisprudencia tiene señalado que el grado de incapacidad permanente total concurre cuando, no pudiendo el trabajador desempeñar su profesión habitual, puede realizar otra más liviana o sedentaria, como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1987, entre otras muchas, «aunque mayores problemas encierra la determinación de lo que deba entenderse por profesión habitual, lo que, según las Sentencias de esta misma Sala de 10 de febrero y 6 de octubre de 1998 —Recursos 2266/97, y 1606/98, respectivamente—, “no equivale al concreto puesto de trabajo, ni a la concreta categoría profesional, sino a la profesión en sí misma, valorándose la pérdida de capacidad para su desempeño de manera más importante que la pérdida de tal capacidad para un concreto puesto de trabajo e incluso para una determinada categoría, dado que la pérdida en cuestión se protege mediante una pensión vitalicia”».

El Tribunal Supremo (Sala de lo Social), relaciona la profesión habitual y el concepto de grupo cuando, en la referida sentencia de 28 de febrero de 2005, dice que “El concepto del grupo se halla en el art. 22.2 del Estatuto de los Trabajadores y no ha tenido acceso a las normas de Seguridad Social. Aquel precepto lo define como “el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales”. Definición no precisamente clarificadora, pero que contiene una referencia útil a la solución del problema que hoy se debate, al precisar que el grupo puede incluir diversas categorías y distintas funciones. En definitiva el grupo puede incluir diversas profesiones. Estimar que el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria. Tesis que hemos de rechazar, sin que ello quiera decir que efectuemos una identificación entre profesión habitual con la aptitud para un preciso y determinado puesto de trabajo. En definitiva, en tanto no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario del precepto de la Ley, debe subsistir el concepto de la primitiva versión y profesión habitual deberá ser aquella a la que el trabajador hubiera venido desempeñando”.

Igualmente, el Tribunal Supremo, en la STS de 27 de abril de 2005, considera que “No se olvida en el razonamiento de la sentencia recurrida que “no cabe identificar”, a los efectos de calificación de los grados de la incapacidad permanente, “profesión habitual con puesto de trabajo habitual ni con categoría” profesional. En este punto la resolución impugnada no se aparta de la doctrina jurisprudencial en la materia de la que son exponentes, entre otras, las sentencias de esta Sala de 17 de enero de 1989 y la ya citada de 12 de febrero de 2003 (rec. 861/2002); de acuerdo con la primera de ellas “la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional”; y esta consolidada jurisprudencia inspira también con toda evidencia a la segunda sentencia citada, cuando afirma que la profesión habitual “permite su ejercicio en empleos o puestos distintos, pero propios del mismo grupo profesional, en el sentido que lo define el art. 22.2 del Estatuto de los Trabajadores”. Sin perjuicio de esta premisa doctrinal, la sentencia recurrida no ha considerado la inclusión o no en la profesión habitual de bombero de la “segunda actividad” de los trabajadores de los servicios de prevención y extinción de incendios porque tal hipotética operación de movilidad funcional o de modificación de la función laboral no se ha planteado, ni ejercitado, y ni siquiera consta que fuera posible en el caso”.

Esta falta de conceptualización legal de lo que ha de configurarse como profesión habitual aboca a que haya de estarse a la interpretación que en cada momento puedan determinar los Tribunales; situación que sólo al legislador compete mitigar mediante su oportuna y necesaria configuración legal, máxime cuando de tal configuración o concepción se hace depender la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con la realización de otros trabajos compatibles con su estado como se verá.

Cabe recordar también Sentencia de TS, Sala 4.ª de lo Social, 22 de Mayo de 2012, en la que se examina un supuesto de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual y se analiza la existencia de una segunda actividad. En el caso, el demandante que tiene reconocida una incapacidad permanente total para su profesión habitual de bombero en virtud de Resolución dictada por el INSS el 13 de mayo de 2005, se encuentra en situación de segunda actividad. Por Resolución del Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación de la Generalitat se acordó mantener al actor en segunda actividad. El actor reclamó en vía judicial que se declare que continúa afecto de Incapacidad Permanente para su profesión de bombero y que se le reconozca el derecho a seguir percibiendo la pensión que le corresponda según el grado de incapacidad. La sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda y la sentencia de suplicación revoca la anterior resolución al considerar que no cabe considerar en situación de Incapacidad Permanente para la profesión de bombero a quien, en situación de segunda actividad, sigue realizando funciones que forman parte de su profesigramas laboral. Las funciones que se deben tener en cuenta para calificar la incapacidad permanente total son las fundamentales de la profesión habitual de bombero, sin que sea obstáculo para ello el reconocimiento de una situación de segunda actividad, o el hecho de que las tareas desempeñadas en ella sean de carácter liviano y sedentario o de índole administrativa. Hay que tener en cuenta a efectos de la calificación de incapacidad permanente todas las funciones que integran objetivamente la “profesión” y, por ello, a la hora de determinar la marca de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la profesión habitual. En la medida en que la sentencia recurrida no ha aplicado este criterio y ha valorado las lesiones del actor considerando, de manera exclusiva o, al menos, fundamental su proyección sobre el ámbito funcional de la segunda actividad ha de estimarse.

Y sobre la misma cuestión, la Sentencia de TS, Sala 4.ª de lo Social, 3 de Mayo de 2012 señala que la cuestión que se trata de dilucidar es la del alcance que tiene, a los efectos de la calificación de un trabajador como inválido permanente total para su profesión habitual, el hecho de que esté desempeñando una “segunda actividad” en la misma empresa y en el mismo grupo profesional al que estaba adscrito. También aquí, se trata de un bombero, categoría 1.ª al servicio de una administración autonómica, que aparte de otros cometidos de carácter administrativo, de prevención o de planificación de la propia actividad, comprendía —lógicamente— tareas tales como la intervención personal y directa en la extinción de incendios o en los siniestros análogos en los habitualmente participan dichos profesionales. Así pues, aunque sea desde una perspectiva distinta (la compatibilidad), en tanto no resulte de aplicación la previsión modificativa del art. 141.1 de la LGSS contenida en el art. 3. Dos de la nueva Ley 27/2011, por la que, a partir del 1-1-2013, la compatibilidad entre la pensión de IPT y el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta parece condicionada a que las nuevas funciones “no coincidan con aquellas que dieron lugar” a la propia pensión, es decir, en la actualidad, a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante, ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran esa “profesión habitual”, no sólo a las que se puedan desempeñar como segunda actividad, sobre todo cuando persiste la patología que dio lugar a la IP.

Además, no puede obviarse que, el art. 3 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, añade un apartado 3 al art. 141 de la LGSS donde se establece que “el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta ajena o propia, que determine su inclusión en alguno de los regímenes

del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta Ley”.

De este modo, la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio con el trabajo que, con la finalidad de favorecer la integración de la persona con discapacidad, se admitía en la jurisprudencia —STS de 30.1.2009, 1849/2008—, se limita ahora desde la edad de acceso a la pensión de jubilación.

La STS/IV de 28 de febrero de 2005, resuelve supuesto en que la sentencia de instancia declaró al actor afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual de operario de fábrica y condenó a los demandados a satisfacerle la correspondiente prestación. El INSS y la TGSS interpusieron recurso de suplicación que fue estimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Esta sentencia introdujo en el relato de hechos probados la afirmación de que el trabajador estaba integrado en el Grupo Profesional del Convenio Colectivo de las Industrias Químicas y, al amparo de lo dispuesto en la norma convencional, acabó desestimando la pretensión, por referir las dolencias a las múltiples actividades incluidas en el Grupo profesional mencionado. Señala la STS que, estimar que el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria. Se estima el recurso de casación formulado.

En la STS/IV de 26 de marzo de 2012, el problema jurídico a resolver, consiste en determinar qué actividad ha de ser tenida en cuenta como profesión habitual a efectos de una eventual declaración de incapacidad permanente total, cuando dicha actividad más prolongada en el tiempo es de naturaleza política o político-representativa. La profesión “habitual” es la ejercida prolongadamente, y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante. La profesión que el demandante desempeñó desde el 17 de junio de 2003 hasta el 14 de julio de 2008, la de teniente de alcalde y alcalde sucesivamente, ha de ser la que se tenga en cuenta a los efectos de valorar su capacidad residual para el trabajo. Se desestima el recurso de casación para unificación de doctrina.

La STS/IV de 8 de junio de 2005, estima que se entiende por profesión habitual la que el trabajador ejercía habitualmente en el momento en que comienza la patología determinante de este grado de incapacidad, abstracción hecha de que, antes o después, haya realizado otra el trabajador incapacitado. El artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social se está refiriendo a las labores desarrolladas en el momento de sobrevenir el accidente, que son el medio de vida del trabajador, para identificar la profesión habitual, que, por esas razones, no es la desempeñada al tiempo de la emisión del dictamen del EVI. Se estima la demanda. Se aprecia en parte el recurso de Suplicación. Se estima el recurso de Casación para la unificación de doctrina.

La STS/IV Sentencia de 26 de septiembre de 2007, señala en relación al concepto de Incapacidad Permanente Total analizado que, es irrelevante a efectos de aplicar la concurrencia de la identidad requerida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (ahora, art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), que en la sentencia recurrida el trabajador hubiera desarrollado una primera actividad desde el año 1990 pasando el 2 de octubre de 2001 a desarrollar una segunda actividad y el 2 de noviembre de 2002 a desarrollar una tercera actividad mientras que en la sentencia de contraste el actor desempeñó la actividad de mecánico de automóviles durante 22 años y la de guarda de edificio durante 380 días. Asimismo es irrelevante, en el análisis de la contradicción, que en la sentencia recurrida no conste si hubo o no periodo de I. T., en tanto en la de contraste consta que el actor estuvo en situación de I. T. con anterioridad a la solicitud de invalidez permanente y también carece de relevancia que en la sentencia

recorrida el actor cambia de actividad laboral, previo acuerdo con la empresa y en la de contraste no, pues lo relevante es, el determinar qué profesión ha de tomarse en cuenta, entre las sucesivas desarrolladas por el trabajador, a efectos de determinar si su situación es constitutiva de incapacidad permanente total.

En la STS/IV de 20 de septiembre de 2005, sobre compatibilidad del ejercicio profesional con el cobro de la pensión, se reclama contra la sentencia que estimó el recurso de suplicación contra el fallo sobre compatibilidad de pensión por incapacidad permanente con el ejercicio de la actividad profesional actual. Es claro que la actividad a desarrollar por el demandante tras el alta (gestión administrativa de la empresa de transportes) supone la realización de tareas diversas a aquellas que realizaba cuando fue declarado en situación de incapacidad permanente total (transportista-repartidor). La unidad referida al ejercicio de una actividad económica no supone que se ejercite una sola actividad profesional: no desaparece la peculiar identidad de cada una de las actividades que conforman en su globalidad dicha actividad económica. Precisamente la confluencia de dos componentes en el ejercicio de una actividad económica: uno específico y central (la realización del trabajo lucrativo) y otro genérico y común a toda actividad organizada (gestión y administración). Se desestima el recurso de casación.

La STS de 7 de febrero de 2002, señala que a efectos de la declaración de incapacidad permanente total, no se considera profesión habitual la inmediata anterior ejercida durante un breve período de tiempo. Así se pone de manifiesto en esta sentencia, se considerará como profesión habitual la desempeñada durante más de veinticinco años como dependiente y no la desarrollada cuatro meses como administrativa, aunque haya mediado un intervalo de desempleo entre una y otra y ello hubiera supuesto que en los doce meses anteriores a la iniciación de la incapacidad temporal el período trabajado sólo hubiera prestado servicios como administrativa.

La STS/IV de 12 de febrero de 2003, en supuesto de trabajador que ejerce la profesión de camionero, señala que para valorar la situación de incapacidad permanente total cabe distinguir entre el concepto de puesto de trabajo y la profesión habitual del trabajador, y si ésta permite prestar servicios en puestos distintos, pero pertenecientes al mismo grupo profesional en el sentido del art. 22.2 ET. Al actor se le han retirado los permisos de conducir C y D, debido a que las lesiones ocasionadas por tres accidentes de trabajo, le han provocado la pérdida de las aptitudes necesarias para llevar a cabo la 3 conducción de vehículos de gran tonelaje, tareas fundamentales y básicas en el ejercicio de su profesión. En tal caso, debido a que el permiso clase B no le fue retirado, no puede denegarse la prestación de incapacidad permanente total, exigiendo al trabajador que conduzca otra clase de vehículos de menor dimensión, considerando la conducción como una sola profesión.

### III. ALTA POR INSPECCIÓN MÉDICA, Y NUEVA BAJA POR EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD. PROCESOS PATOLÓGICOS DISTINTOS

Se trata de una cuestión que surge reiteradamente en la práctica y en la que el Inspector Médico puede desarrollar una importante función colaboradora con la jurisdicción en aras a que ésta forme su convicción.

En la reciente STS de 15 de octubre de 2013, se analiza el supuesto de un trabajador que sigue proceso de Incapacidad Temporal, siendo alta por mejoría por la Inspección Médica, con el diagnóstico de: IAM, enfermedad coronaria de dos vasos, angioplastia más stent no farmacológico, gonalgia izquierda sin limitación funcional y síndrome ansioso depresivo. El trabajador causa nueva baja por I. T. por el Servicio médico de salud y es diagnosticado por el médico de cabecera de: Rotura crónica de ligamento cruzado anterior, gonartrosis femorotibial izquierda y hemartrosis.

El INSS deniega la prestación de Incapacidad Temporal derivada de la segunda baja médica, al considerar que el Servicio de Salud no estaba facultado para cursar esta baja.

Formulado recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión a resolver por el Tribunal Supremo consiste en “determinar si la Orden de 21 de marzo de 1.974, en el actual marco normativo, exige para obtener prestaciones por incapacidad temporal que, en aquellos casos en los que el asegurado las obtuvo por una baja derivada de una determinada patología y es dado de alta por los Servicios Autonómicos de la Inspección Médica, sean éstos únicamente quienes puedan cursar nueva baja médica para obtener nuevas prestaciones cuando el segundo proceso patológico es distinto del inicial.

Consta en la *sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de abril de 2012 (rec. 1701/2011)*, que el demandante inició proceso de incapacidad temporal el 07/01/2008 tras un “*infarto agudo de miocardio*”, del que fue dado de alta por mejoría por la Inspección Médica el 03/10/2008. El 23/02/2009, es decir, cuatro meses después, es dado de baja nuevamente si bien no por la Inspección Médica sino por el médico de cabecera del Servicio Público de Salud por una dolencia distinta —“*rotura crónica de ligamento cruzado anterior, gonartrosis femorotibial izquierda y hemartrosis*”—. Tras solicitar prestación económica por incapacidad temporal como consecuencia de la segunda baja, ésta fue denegada. La Sala de suplicación revoca la sentencia de instancia para denegar el derecho a la prestación, tras realizar una interpretación de lo dispuesto en la Orden de 21 de marzo de 1974, Orden de 19 de junio de 1997 y RD 1117/1998, que modifica el RD 575/1997, por entender que lo que dichas normas no amparan es la prolongación de un proceso de incapacidad temporal a que haya puesto fin la intervención de los servicios de la Inspección Médica a través del alta, mediante la expedición de una nueva baja por el médico de cabecera, y como en el momento del alta ya existía una dolencia no invalidante a nivel de la rodilla, y al no constar la validación de ese parte de baja por el ICAM, no puede considerarse que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal”.

Constado de la comparación de la sentencia recurrida con la de contraste aportada, la concurrencia del requisito de la contradicción (art. 219 LRJS), procede que la Sala entre en el fondo de la cuestión suscitada y señale la doctrina que resulte ajustada a derecho. Y lo hace señalando lo siguiente:

“La cuestión planteada, tal y como se ha dicho antes, queda entonces referida a determinar si la Orden de 21 de marzo de 1974 (BOE número 94, de 19 de abril, disposición número 8069, página 7993) por la que se regulan determinadas funciones de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en materia de altas médicas, continúa vigente en toda su expresión literal o cuando se trata de patologías distintas esa norma se ha visto afectada o derogada parcialmente por disposiciones posteriores.

Dicha cuestión ha sido resuelta por esta Sala IV del Tribunal Supremo en doctrina unificadora, en sentencia de 30-enero-2012 (rcud. 111/2011) —designada de contraste— y en la posterior de 7-febrero-2012 (rcud. 1456/2011) que reitera aquélla. Como señalamos en la de fecha 30-enero-2012, designada de contraste en el presente recurso:

“[...] antes de traer aquí el texto íntegro de la norma conviene decir que esa disposición se enmarca como regulación complementaria y necesaria de lo que se dispone en otra Orden de la misma fecha, 21 de marzo de 1974, publicada en el mismo BOE 94, de 19 de abril, cuyo número de orden es el 8068 (página BOE 7992), disposición por la que se modifican los artículos 17, 18 y 19 de la Orden de 13 de octubre de 1967, sobre prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social.

En el número 7 del artículo 17 de esa Orden de 13 de octubre de 1967 se incluía como consecuencia de la modificación operada por la Orden de 21 de marzo de 1974 (número 8068) la posibilidad de que la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social comprobase la situación sanitaria del trabajador en cualquier momento, así como las situaciones de alta y baja del mismo.

La Orden de 21 de marzo de 1974, ahora aplicada por el INSS recurrente para denegar las prestaciones solicitadas por el demandante (la que lleva el número 8069), viene a regular la actuación del Servicio de Inspección en tales casos, estableciendo en su artículo 1.º 1 que

*'la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, de oficio o en virtud de la información recibida de las Empresas o de los Servicios Médicos de las mismas podrá decretar, previas las actuaciones que estime procedentes el alta médica de los trabajadores que se encontraran en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común o accidente no laboral'. En el número 2 de este artículo se dice que 'El alta médica que se decrete de acuerdo con lo previsto en el número anterior determinará la extinción de la situación de incapacidad laboral transitoria, conforme a lo establecido en el apartado al del número 1 del artículo 10 de la Orden de 13 de octubre de 1967'.*

El artículo 2, en el que se centra el debate ahora, establece que *'Durante un periodo, que será determinado por la Inspección de Servicios Sanitarios y que no podrá ser inferior a seis meses, la baja médica de los trabajadores que hayan sido dados de alta de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, corresponderá a dicha Inspección'.*

A continuación ha de decirse que aún cuando la Orden que se acaba de transcribir formaba parte del sistema de control de situaciones de incapacidad temporal prevista en el artículo 17 de la Orden de 13 de octubre de 1967 sobre prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social, precepto que fue expresamente derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Orden de 19 de junio de 1997, por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, sobre determinados aspectos de la gestión y control de la prestación de incapacidad temporal, sin embargo en ningún momento se ha producido la derogación expresa de la Orden ahora examina, de 21 de marzo de 1974.

(...) Pero aunque esa derogación no se ha producido, con posterioridad se ha promulgado un conjunto normativo que ahora se va a describir y que incide necesariamente en la interpretación que haya de darse a la Orden de 21 de marzo 1974.

La Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio, en relación con la expedición de bajas médicas cuando previamente se haya expedido alta médica por los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, establece que *'Cuando en un proceso de incapacidad temporal se haya expedido el parte médico de alta por los servicios médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, durante los seis meses siguientes a la fecha en que se expidió aquélla, los correspondientes partes médicos de baja, únicamente podrán ser expedidos por la Inspección Sanitaria del correspondiente Servicio Público de Salud, en relación al proceso patológico que originó el alta'.* En sentido contrario, cuando se trate de distintos procesos patológicos que dieron lugar a la situación inicial con alta, y a la nueva baja que se curse dentro de los 180 días siguientes, ésta no deberá ser expedida por la Inspección Sanitaria.

La norma transcrita viene a completar el sistema de gestión y control de la prestación de incapacidad temporal, regulada en el R. D. 575/1997, de 18 de abril, y tiene su desarrollo reglamentario en la Orden de 18 de septiembre de 1998, por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 1997, que desarrolla a su vez aquél Real Decreto 575/1997, en cuya Disposición Adicional Única también se dice que *'De conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera del Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio, cuando en un proceso de incapacidad temporal se haya expedido el parte médico de alta por los servicios médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, durante los seis meses siguientes a la fecha en que se expidió aquélla, los correspondientes partes médicos de baja únicamente podrán ser expedidos por la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del correspondiente Servicio de Salud, en relación con el proceso patológico que originó el alta, de oficio o a propuesta del facultativo del Servicio de Salud'.*

Por otra parte, las normas citadas y las que ahora se dirán, tal y como se afirma en la exposición de motivos del R. D. 1117/98, se enmarcan dentro de las 'medidas de racionalización y efectividad en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal, que pretende, garantizando el derecho de las personas que se encuentran realmente en la situación de incapacidad protegida, combatir las actuaciones de abuso y fraude, mediante un control más preciso de la incidencia de las dolencias padecidas en

la capacidad laboral del interesado, todo ello en el marco del programa del Gobierno de lucha contra el fraude social'.

La clave entonces que se contiene en las referidas normas a efectos de la determinación del Órgano que haya de cursar la nueva baja en los seis meses siguientes al alta de la anterior situación de incapacidad temporal que se hubiese cursado por los servicios médicos adscritos al INSS a los efectos del percibo de la prestación es la de que se trate, o no, del mismo proceso patológico que originó el alta.

Entonces, esa distinción entre la naturaleza de la patología que origina la primera baja sobre la que se proyecta el alta otorgada por la Inspección de Servicios Sanitarios y la nueva baja es fundamental para conocer quién haya de otorgarla, de manera que el artículo 2 de la Orden de 21 de marzo de 1974 habrá de interpretarse de manera armónica con la normativa posterior y afirmar que cuando se trata de distintos procesos patológicos los que originaron la primera y la segunda situación de baja, será el correspondiente facultativo de los Servicios Públicos de Salud el competente para otorgar la segunda, tal y como acertadamente decidió la sentencia recurrida en el caso que aquí examinamos.

(...) En la misma línea, la interpretación anterior se complementa y refuerza con el contenido del artículo 128.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción que le dio la Ley 40/2007, aplicable al caso de autos por razones temporales, desde el momento en que en el párrafo segundo se decía que una vez agotado el plazo máximo de duración de la prestación de doce meses *'el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, a los efectos previstos en los párrafos siguientes. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes'*.

De nuevo el elemento clave de interpretación que contiene la norma para determinar el órgano competente para cursar la nueva baja en estos casos es el de si se trata de la misma o similar patología, como lo es cuando se trata de exigir o no un nuevo periodo de actividad laboral cotizada de seis meses para generar el derecho a la prestación de incapacidad temporal derivado de la misma o similar patología, a que se refiere el artículo 131 bis LGSS. Si se trata de patología distinta no se exige ese periodo de ocupación cotizada.

Del mismo modo, y ahora en relación con la competencia para expedir altas médicas en los procesos de incapacidad temporal, en el párrafo 3.º del número 1.º del artículo 131 bis LGSS se dice que *'Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los terminas que reglamentariamente se establezcan'*, con lo que se cierra el bloque normativo que en conjunto resulta incompatible con una interpretación de la Orden de 21 de marzo de 1974 en la que no tenga lugar la distinción que antes se dijo, según las patologías que originaron los procesos de baja sean los mismos o no.]

(...) Aplicando los anteriores argumentos al caso que ahora hemos de resolver, ha de llegarse a la misma solución, pues —como queda dicho—, el demandante inició proceso de incapacidad temporal el 07/01/2008 tras un *'infarto agudo de miocardio'*, del que fue dado de alta por mejoría por la Inspección Médica el 03/10/2008. El 23/02/2009, es decir, cuatro meses después, es dado de baja nuevamente si bien no por la Inspección Médica sino por el médico de cabecera por una dolencia distinta —*'rotura crónica de ligamento cruzado anterior, gonartrosis femorotibial izquierda y hemartrosis'*—, de lo que se infiere con claridad que los procesos patológicos eran completamente distintos,

de manera que la interpretación integradora de la Orden de 21 de marzo de 1974 que antes se explicó, ha de conducir a la conclusión de que la nueva baja cursada por el médico de cabecera del Servicio Público de Salud, debió tener plena virtualidad al haberse expedido por quien era competente para ello”.

En sentencia de 27 de enero de 2009 (rcud. 616/2008) entre otras, asimismo se examina el supuesto de trabajadora que después de agotado el periodo de IT, tras serle denegada la incapacidad permanente, es dada de alta, pero no se reincorpora a la empresa porque al día siguiente inicia un nuevo periodo de IT por distinta enfermedad. La empresa la dio de baja al agotar el periodo máximo de IT y no le dio de alta al no haberse reincorporado a la empresa. El TS estima la pretensión de la trabajadora, apreciando un incumplimiento empresarial, que no obedece a una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, sino por el contrario a un error propiciado por las propias Entidades Gestoras, teniendo en cuenta que la empresa elevó consulta sobre la forma en que debía actuar, que motivaron que la empresa no diera de alta a la trabajadora, por lo que no se declara la responsabilidad empresarial en el abono de la totalidad de las prestaciones de IT devengadas por la trabajadora, sino únicamente del periodo fijado en el art. 131 LGSS, siendo el INSS responsable del abono de la restante prestación.

#### IV. INEPTITUD/INCAPACIDAD

Un supuesto que se hace necesario debatir, es el del trabajador al que no se le declara en grado alguno de incapacidad permanente, y no obstante ello está “incapacitado” o “no apto” para realizar su trabajo ordinario por inhabilidad o carencia de facultades.

El Tribunal Supremo en la STS/IV de 2 de mayo de 1990, entiende que si la incapacidad está acreditada, de manera que resulte indubitado que el trabajador no puede realizar su trabajo habitual a pesar de habersele denegado la Incapacidad Permanente, ha de apreciarse la compatibilidad lógica de la inexistencia de incapacidad permanente y la apreciación de la “ineptitud extintiva”.

Sin perjuicio de distintas soluciones dependiendo de las circunstancias del caso, una solución generalizada es la de la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del trabajador.

#### V. DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA

Se trata de una cuestión reiterada ante los Tribunales en sus distintas variantes.

Entre otros, ante supuesto de Incapacidad Temporal derivada de accidente de trabajo, existe reiterada doctrina jurisprudencial, que señala que la Mutua responsable del pago de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo es la aseguradora del riesgo profesional en el momento en que aquél ocurrió, no la que lo cubría en el momento que se reconoció judicialmente la causa o contingencia profesional. Así la STS/IV de 22 de enero de 2008 (rcud. 3998/2006) entiende que la noción de hecho causante, que es fundamental para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos de derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida en aquellos casos en los que los distintos efectos del accidente se despliegan de forma sucesiva (incapacidad temporal, incapacidad permanente, o muerte), no sirven para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo, pues a estos efectos la fecha del accidente es la única que cuenta, dado que éste es el riesgo asegurado, y por lo tanto es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezcan con posterioridad.

## VI. DEBATE

Sobre las cuestiones apuntadas y relacionadas, se abre intenso debate, de confrontación de experiencias profesionales y soluciones judiciales.

=====