

Id Cendoj: 28079140012009100861
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 3671/2008
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: MILAGROS CALVO IBARLUCEA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA x
- x JUBILACIÓN x
- x ENFERMEDAD PROFESIONAL x
- x ENFERMEDAD COMÚN x
- x PENSIÓN (INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA) x

Resumen:

RCUD. Incapacidad permanente. Pensionista de jubilación. Solicitud de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional. Intepretación del art. 138,1 LGSS.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. **ALBERT TOLEDO OMS** actuando en nombre y representación de **D. Ángel** contra la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 4001/2007, formulado contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Veinticinco de Barcelona, en **autos núm. 51/2006, seguidos a instancia de D. Ángel contra MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 1, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ROCA SANITARIO, S.A. y FREMAP. MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 61 sobre INVALIDEZ PERMANENTE.**

Han comparecido en concepto de recurridos el Abogado D. FLORENTINO GÓMEZ CAMPOY actuando en nombre y representación de **FREMAP. MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 61** , el Procurador D. FRANCISCO DE PAULA MARTÍN FERNÁNDEZ actuando en nombre y representación de **MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 1**, y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre y representación del **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** .

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de diciembre de 2006 el Juzgado de lo Social núm. Veinticinco de Barcelona dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º)** El demandante Ángel , con DNI nº NUM000 , y fecha de nacimiento el día 24.12.32 figura afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta en el régimen general para su profesión habitual de operario fábrica sanitarios radiadores. **2º)** El demandante es pensionista de jubilación desde el 1.12.92 y después de ser examinado por el ICAM que emitió un informe de fecha 20.07.05 por resolución del INSS 7.09.05 se declaró que no procedía

declarar ningún grado de incapacidad derivada de enfermedad profesional. **3º)** Contra esta resolución interpuso una reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral, que se desestimó por resolución administrativa expresa, agotando así la vía administrativa. **4º)** Hay conformidad de las partes en la base reguladora de la prestación de Incapacidad Permanente que es de 25.674,83 euros anuales y la fecha de efectos el 26.05.05. **5º)** El trabajador prestó servicios como operario en la fábrica de la empresa demandada Roca Sanitario, S.A. en el centro de trabajo de Gavà-Viladecans, desde el 6.07.65 hasta el 22.11.88, momento en el que cesó por despido, con la categoría de peón y desde diciembre de 1966 como especialista de Grado 11. El trabajador prestó servicios durante 7 años en la sección de porcelana y 16 años en el esmaltado de bañeras (folios nº 100, 107 y revés). **6º)** En las fechas en las que el demandante trabajaba por cuenta de Roca Sanitario, S.A. la empresa tenía concertado el riesgo derivado de contingencias profesionales con la Mutua codemandada Mutua Midat Cyclops del 1.01.61 al 31.12.01 y estaba al corriente del pago de las cuotas de la Seguridad Social. Desde el 1.01.02 la empresa lo contrató con la Mutua Fremap con la que está al corriente de pagos (folios nº 86 y 89). **7º)** En fecha 15.12.81 el INSS determinó en escrito dirigido a la empresa Roca Radiadores, lo siguiente: "A los efectos oportunos, cúmplenos comunicarles que, por nuestro Dispensario de Enfermedades Profesionales, el productor de esa empresa que se cita al margen, ha sido diagnosticado NO ENFERMEDAD PROFESIONAL". (folio núm. 102). **8º)** El demandante presenta las siguientes lesiones: "Silicosis, Pneumoconiosis debida a otros silix. Bronquitis y bronquiolitis agudas (diagnosticado el 1998). Obstrucción crónica del flujo aéreo de grado severo, en tratamiento con broncodilatadores a dosis máximas."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: *"Estimo en su totalidad la demanda presentada por parte de Ángel contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUAL CYCLOPS, FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y de la Seguridad Social nº 61 y la empresa ROCA SANITARIOS, S.A. y declaro a la parte actora en situación de incapacidad permanente en grado de ABSOLUTA derivada de enfermedad profesional, y en su derecho de percibir una pensión mensual por importe de 100% de la base reguladora de 25.674,83 euros anuales, más revalorizaciones, mínimos incrementos legales y millones que legalmente se establezcan desde la fecha de efectos de 26.05.05, y condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social a someterse a esta declaración y al pago de la pensión reconocida en la cuantía y forma indicadas."*

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Letrado D. JUAN GONZÁLEZ MUÑOZ actuando en nombre y representación de MUTUAL MIDAT CYCLOPS y por el Letrado de la Administración de la seguridad social actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 16 de septiembre de 2008 , en la que consta el siguiente fallo: *"Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por MUTUAL MIDAT CYCLOPS, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 1 contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de los de Barcelona en fecha 22 de diciembre de 2006 , recaída en los autos 51/2006, en virtud de demanda deducida por Ángel , contra dicha recurrente, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ROCA SANITARIO, S.A. y FREMAP en reclamación por incapacidad permanente y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos dicha resolución, con la consecuencia de la desestimación de la demanda por falta de derecho del actor y la absolución de las demandadas de las peticiones en ella contenidas, con devolución del depósito efectuado y, en su caso, de las consignaciones en metálico efectuadas o la cancelación del seguro prestado de la cantidad objeto de condena, una vez esta sentencia sea firme."*

TERCERO.- Por el Letrado D. **ALBERT TOLEDO OMS** actuando en nombre y representación de D. Ángel se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 12 de noviembre de 2008. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada con fecha 2 de julio de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Recurso núm. 709/2004 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 27 de marzo de 2009 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado mediante escritos presentados por el Abogado D. FLORENTINO GÓMEZ CAMPOY actuando en nombre y representación de FREMAP. MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 61, por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y por el Procurador D. FRANCISCO DE PAULA MARTÍN FERNÁNDEZ actuando en nombre y representación de MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 1, y con fechas 29 de abril de 2009, 1 de junio de 2009 y 24 de junio de 2009, respectivamente.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE. Instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de octubre de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante, nacido en 1932, y perceptor de pensión de jubilación desde el 1 de diciembre de 1992, reclama el reconocimiento de pensión de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, que le fue reconocida por el Juzgado de lo Social. La sentencia recurrida revoca la anterior y, dejando imprejuizado el recurso del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL estima el recurso de la Mutua razonando que nadie que haya accedido a la pensión de jubilación y tenga cumplidos sesenta y cinco años, a excepción de la singularidad que cita a continuación puede optar aquella prestación de incapacidad permanente, aunque la causa obedezca a contingencia profesional.

Recurre el trabajador en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 2 de julio de 2004 por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia .

En la sentencia de comparación, el trabajador nacido en 1925 y perceptor de pensión de jubilación desde 1985, solicita en 2002 pensión de invalidez derivada de enfermedad profesional, la sentencia de contraste confirmó la recaída en la instancia, reconociéndole la prestación en el grado de total para su profesión. Señala la sentencia referencial que la cuestión aparece resuelta por el *artículo 138.1 in fine de la Ley General de la Seguridad Social* en su redacción dada por la Ig. 35/2002 de 12 de julio en la que se impide el acceso a la incapacidad permanente derivada de causas comunes cuando el beneficiario en la fecha del hecho causante tenga cumplida la edad de la pensión de jubilación, sin que dicho impedimento afecte al acceso a la incapacidad permanente cuando deriva de contingencias profesionales.

Concurre entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* .

SEGUNDO.- El recurrente alega la infracción del *artículo 138.1 de la Ley General de la Seguridad Social* por considerar la interpretación hecha en la recurrida contraria a la literalidad del precepto y opuesta a su espíritu de evitar el lucro fraudulento de prestaciones, aplicando inmotivadamente la capacidad restrictiva del precepto.

La dicción del *artículo 138.1 de la Ley General de la Seguridad Social* en su último párrafo niega el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, si deriva de contingencias comunes, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el *apartado 1.a) del artículo 161 de esta Ley* y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. Esta específica exclusión permite interpretar la norma como destinada a establecer una excepción a la posibilidad de obtener la prestación de incapacidad permanente, excepción que se significaría en dos extremos no alternativos sino acumulativos, la edad y los requisitos para acceder a la jubilación de una parte y de otra el origen común de las dolencias. Con esta restricción se consagra como regla general la posibilidad de acceder a la prestación por invalidez desde una situación de jubilación o de requisitos para obtenerla, siempre que el origen de la contingencia sea profesional lo que se cohonesto con lo dispuesto, como señala la sentencia de contraste, en el *artículo 36.9 del Real Decreto 84/1996 de 26 de Enero* asimilando al alta a quienes hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento de dicho Régimen..... después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una invalidez permanente debido a dicha contingencia.

Con ello se mantiene el trato privilegiado que a las contingencias profesionales otorga el legislador, que en el *artículo 125.3* considera en alta de pleno derecho, a efectos de accidente de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque el empresario hubiere incumplido sus obligaciones, y en el *apartado cuarto del artículo 124* , tampoco exige periodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que deriven de accidente de trabajo o enfermedad profesional, siendo también diferentes las reglas de cálculo de la base reguladora.

El conjunto de las disposiciones favorables a esa protección más elevada y las características que acompañan a las dolencias con origen en las contingencias profesionales evidencian el propósito del legislador, con su excepción relativa a la contingencia común, de amparar el reconocimiento de la prestación solicitada, por lo que deberá entenderse que fue la sentencia de contraste la que aplicó la buena doctrina con lo que procede unificar lo resuelto.

TERCERO.- Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso interpuesto, casar y anular la sentencia impugnada y resolviendo el debate de suplicación, desestimar el recurso de igual naturaleza interpuesto por la MUTUA, con devolución de las actuaciones a la Sala de suplicación para que se pronuncie sobre el recurso interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. **ALBERT TOLEDO OMS** actuando en nombre y representación de **D. Ángel**. Casamos y anulamos la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y resolviendo el debate de suplicación desestimamos el recurso de igual naturaleza interpuesto por **MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 1**, formulado contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Veinticinco de Barcelona, en autos núm. 51/2006, **seguidos a instancia de D. Ángel contra MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 1, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ROCA SANITARIO, S.A. y FREMAP. MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 61 sobre INVALIDEZ PERMANENTE**, con devolución de las actuaciones a la Sala de Suplicación para que se pronuncie sobre el recurso interpuesto por el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.