

Compatibilidad del percibo de prestaciones por incapacidad permanente total con el salario derivado de segunda actividad.

La Sala firma que la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total 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, como en este caso sucede, persiste la patología que dio lugar a la Incapacidad Permanente.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia de 03 de mayo de 2012

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 1809/2011

Ponente Excmo. Sr. MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL

En la Villa de Madrid, a tres de Mayo de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Graduado Social D. Floriá Belinchón i Castelló en nombre y representación de D. Carmelo, contra la sentencia dictada el 29 de marzo de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 3406/10, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lérida, de fecha 15 de marzo de 2010, recaída en autos núm. 563/09, seguidos a instancia de D. Carmelo contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre SEGURIDAD SOCIAL.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Letrado de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de marzo de 2010, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por Carmelo contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), declaro dejar sin efecto la resolución del INSS de fecha 31-3-09, declaro compatible la tarea que como bombero fue declarada en segunda actividad, reconociendo el derecho del actor a continuar en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de bombero con el derecho a seguir percibiendo la pensión ya reconocida y condeno al INSS a que reconozca y a la TGSS a que continúe abonando al actor una pensión vitalicia y mensual equivalente al 55% de su base reguladora de 2.021,47 euros, más las correspondientes mejoras y revalorizaciones, desde el 1-4-09".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **1.º.-** El demandante, Carmelo, nacido el NUM000 -52, está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el núm. NUM001, y su profesión habitual es la de bombero. **2.º.-** Por resolución del INSS de fecha 14-2-06 declaró al actor en una situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de bombero derivada de enfermedad común, no se prevé que la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría que permita la reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años, reconociéndole una pensión del 55% de la base reguladora de 2.021,47 euros con fecha de efectos económicos del 19-1-06. Previamente había sido valorado por el ICAM el 19-1-06 recogiendo diagnóstico y limitaciones funcionales "intervención de aneurisma en la arteria cerebral media izquierda, con buen resultado, desaconsejado realizar grandes esfuerzos físicos". **3.º.-** El 5-2-09 el INSS de conformidad con los arts 141.1 y 143.2 de la LGSS pone en conocimiento del actor que se ha iniciado expediente de revisión de oficio de su actual situación de Incapacidad Permanente en grado de total de la que actualmente es pensionista por desempeño de un puesto de segunda actividad en el mismo cuerpo o grupo profesional respecto del cual se le declaró la incapacidad permanente. **4.º.-** El Servei de Recursos Humans de la Direcció General de Prevenció, Extinció d'Incendis i Salvaments, certificó en fecha de 20-3-09, que el actor actualmente presta los servicios en esta Dirección General como bombero de primera de segunda actividad desde el 14.2.06, de acuerdo con el art. 1.1 del decreto 241/2001 de 12 de septiembre, que regula la situación de segunda actividad del personal al servicio del

cuerpo de bomberos de la Generalitat de Catalunya, según dictamen médico que tenga disminuida de forma previsiblemente permanente su capacidad para cumplir el servicio ordinario relativo a la realización de las tareas operativas de intervención directa en siniestros, correspondientes a su escala y categoría para desarrollar otras tareas del ámbito de referencia en situación de segunda actividad. Que de acuerdo con la Resolución de 26-4-06 del Secretario General de Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación se declaró el paso a la situación de segunda actividad al actor, funcionario del cuerpo de bomberos de la Generalitat de Catalunya y se le adscribió a la Región de Emergencias de Lleida realizando funciones de mantenimiento de vehículos en horario normal de lunes a viernes. **5.º.-** El 31-3-09 el INSS dictó resolución revisando la declaración de incapacidad total de la que era beneficiario el actor y lo declara afecto de incapacidad permanente parcial con derecho a la liquidación económica que más abajo se indica, previa compensación de las cantidades ya percibidas.- Previamente había sido valorado por el ICAM en fecha 2-3-09 considerando el siguiente diagnóstico y limitaciones funcionales "intervención de aneurisma en la arteria cerebral media izquierda, con buen resultado". **6.º.-** Contra dicha resolución del INSS el demandante interpuso reclamación previa, que fue desestimada el 31-3-09. **7.º.-** El demandante presenta intervención de aneurisma en la arteria cerebral media izquierda, con buen resultado. **8.º.-** El actor actualmente presta los servicios en la Dirección General como bombero de primera de segunda actividad desde el 14-2-06, de acuerdo con el art. 1.1 del decreto 241/2001 de 12 de septiembre, que regula la situación de segunda actividad del personal al servicio del cuerpo de bomberos de la Generalitat de Catalunya, según dictamen médico que tenga disminuida de forma previsiblemente permanente su capacidad para cumplir el servicio ordinario relativo a la realización de las tareas operativas de intervención directa en siniestros, correspondientes a su escala y categoría para desarrollar otras tareas del ámbito de referencia en situación de segunda actividad. Que de acuerdo con la Resolución de 26-4-06 del Secretario General del Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación se declaró el paso a la situación de segunda actividad al actor, funcionario del cuerpo de bomberos de la Generalitat de Catalunya y se le adscribió a la Región de Emergencias de Lleida realizando tareas de mantenimiento de vehículos en horario normal de lunes a viernes. **9.º.-** La base reguladora de la prestación de Incapacidad Permanente Total asciende a 2.021,47 euros mensuales y la fecha de efectos económicos es el 1-4-09 y la base reguladora de la prestación de Incapacidad Permanente Parcial asciende a 2.449,77 euros mensuales".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia con fecha 29 de marzo de 2011 en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Estimar el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de 15 de marzo de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Lleida en los autos n.º 563/2009, seguidos a instancia de D. Carmelo contra dicho recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social, la cual debemos revocar, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados de la misma".

CUARTO.- Por el Graduado Social D. Floriá Belinchón i Castelló, en nombre y representación de D. Carmelo se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 24 de marzo de 2011, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 23 de abril de 2010.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de abril de 2012, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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. En concreto, se trata de un bombero de la Generalitat de Cataluña al que se le diagnosticó el 19/1/2006 "intervención de aneurisma en la arteria cerebral media izquierda, con buen resultado, desaconsejado realizar grandes esfuerzos físicos", por lo cual fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de bombero, derivada de enfermedad común, por Resolución del INSS de 14/2/2006, con derecho al cobro de la correspondiente pensión, pasando a realizar una segunda actividad, a petición suya y de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.1 del Decreto 241/2001, de 12 de septiembre, que regula la situación de segunda actividad del personal al servicio del cuerpo de bomberos de la Generalitat de Cataluña, siendo adscrito provisionalmente a desempeñar funciones de mantenimiento de vehículos en la Región de Emergencias de Lleida, lo que fue confirmado por Resolución de 26/4/2006 del Secretario General del Departamento de Interior, con efectos de la misma fecha de declaración de la IPT, esto es, el 14/2/2006. Sin embargo, en el marco de un expediente de revisión de la incapacidad -en el que el diagnóstico permaneció inalterado- el INSS dictó Resolución de 31/3/2009 declarando al trabajador afecto a una incapacidad permanente parcial, con derecho a la indemnización a tanto alzado correspondiente previa compensación con las cantidades ya percibidas en concepto de pensión. En el Fundamento de Derecho n.º 1 de dicha Resolución consta como motivo de la decisión que "las lesiones que padece son compatibles con las tareas que conlleva el puesto de trabajo en segunda actividad que viene realizando desde 14/2/2006".

Impugnada judicialmente dicha Resolución revisora del INSS, el Juez de lo Social estimó la demanda y mantuvo al actor en situación de IPT. Pero el TSJ de Cataluña, en la sentencia ahora recurrida en casación unificadora, de fecha 29/3/2011, estimó el recurso de duplicación interpuesto por el INSS y, revocando la sentencia de instancia, confirmó aquella Resolución revisora, declarando al trabajador en situación de IP parcial.

SEGUNDO.- Recurre ahora ante esta Sala Cuarta del TS el trabajador aportando como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del TSJ de Cataluña el 23/4/2010. En ella se trata también de un bombero de la Generalitat que, diagnosticado por diabetes tipo 1, pasó a desempeñar una segunda actividad en el propio cuerpo de bomberos, en virtud de Resolución del Departamento de Interior de 20/2/2007 (impugnada por el trabajador pero confirmada por sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de Lérida el 6/2/2008), al estimar que el trabajador "padece una incapacidad que impide, de manera previsiblemente permanente, el desarrollo de algunas de las tareas propias de su escala y categoría, acordando asignándole provisionalmente al almacén de la Región de Lérida para tareas de logística, por aplicación del mismo Decreto 241/2001. Posteriormente, se tramita el expediente de incapacidad permanente, dictando el INSS Resolución de 10/4/2008, denegatoria de tal situación de incapacidad permanente. Impugnada en vía judicial esta Resolución por el trabajador, éste obtuvo demanda estimatoria del Juzgado de lo Social declarándolo "en situación de IPT para su profesión habitual de bombero, derivada de enfermedad común", sentencia confirmada por el TSJ de Cataluña en la sentencia de 23/4/2010 que se aporta como contradictoria.

Aunque es cierto que entre el caso de autos y el de la sentencia de contraste existe una diferencia, a saber, que en la de autos el problema surge a partir de un expediente de revisión mientras que en la de contraste surge ya en la inicial Resolución del INSS denegatoria de la incapacidad permanente, lo cierto es que las pretensiones y fundamentos esgrimidos en uno y otro caso son los mismos, siendo idéntico el debate en duplicación, esto es, la influencia del hecho del desarrollo de una segunda actividad en el mismo cuerpo de bomberos sobre la posibilidad de declarar una IPT para la profesión habitual de bombero, llegándose sin embargo a pronunciamientos contradictorios. Así, la sentencia recurrida, argumenta y resuelve que *"Conforme a la normativa de los servicios de prevención y extinción de incendios de Catalunya (Ley 5/94, de 4 de mayo y Decreto 242/01), la segunda actividad es una situación administrativa que tiene por objeto básico garantizar una adecuada aptitud psicofísica del personal del cuerpo de bomberos mientras permanece en activo, de manera que es posible el pase a esa "segunda actividad" cuando exista prueba médica suficiente de una merma de capacidad para el cumplimiento en condiciones óptimas de las labores operativas de intervención directa en siniestros, sin que ello suponga modificar la escala, ni la categoría en la que está encuadrado el trabajador, como tampoco sus retribuciones, de manera que pasará a desempeñar un puesto de trabajo diferente, pero perteneciente, ya no sólo al mismo grupo profesional, sino a la misma categoría y retribución, lo que nos sitúa dentro del ámbito de la movilidad funcional del artículo 39 del ET, en la medida en que las funciones propias de la categoría profesional de bombero no incluyen exclusivamente la realización de las labores de intervención directa en la extinción de incendios, sino también las atribuidas al recurrido; conviene añadir que la situación administrativa de segunda actividad no está prevista exclusivamente para los supuestos en que exista una previa reclamación de incapacidad permanente, sino que es posible también, sin que tal calificación exista, dado que no se trata de un sistema de reubicación o recolocación de trabajadores con capacidad mermada, sino de un sistema por virtud del cual las labores operativas de intervención directa serán realizadas por quienes se encuentren en perfecto estado psico-físico, por lo que, de conformidad a los preceptos citados más arriba, no es posible reconocer al trabajador en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de bombero a quien se encuentra en situación de segunda actividad "*. En cambio, la sentencia de contraste afirma que: *" Por tanto, se trata de dilucidar si a la hora de valorar la capacidad funcional del actor para el desarrollo de su profesión habitual de bombero, hay que atender a las tareas o funciones inherentes a la misma en cuanto a tal, o las que viene realizando el demandante en segunda actividad. Y en esta materia se ha pronunciado en el Tribunal Supremo en sentencia de 23.02.06 que, aunque referida a otro cuerpo diferente (el de policía), aborda la cuestión de cómo incide la existencia de la situación administrativa de segunda actividad a la hora de valorar una posible incapacidad permanente para el desarrollo de la profesión, concluyendo que a la hora de determinar la merma que pudiera aquejar al trabajador, ha de hacerse al conjunto de actividades que integran la profesión habitual, y no sólo a las de la segunda actividad. Sin perjuicio de reconocer que cabe que medien puestos administrativos dentro de un determinado servicio de bomberos, lo cierto es que la profesión apuntada requiere una adecuada aptitud física y psíquica, como lo imponen las normas que regulan el acceso a tales servicios y el sistema de evaluación continua de tales aptitudes en el curso de la carrera, que supera la normalmente media de los ciudadanos. 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.- En el caso de autos, con independencia de que el actor se encuentre en situación de segunda actividad, atendiendo a las lesiones que presenta, se considera que está incapacitado para realizar la mayor parte de las actividades inherentes de la primera actividad, esto es, las funciones operativas que constituyen el núcleo esencial de la profesión de bombero, en la medida en que ésta conlleva la exposición a avisos sorpresivos y a situaciones de riesgo y complejidad en el salvamento, de duración indeterminada. Situaciones que son incompatibles con el necesario orden de horarios en la dieta y mediación que la enfermedad del actor requiere para estar controlada "*.

Se cumplen, pues, los requisitos de igualdad sustancial y de contradicción exigidos por el artículo 217 de la LPL, siendo irrelevante la diferencia antes señalada, tal como, para supuestos en que también se daba esa divergencia, afirmó esta Sala en Sentencia de 25/3/2009 (R. 3402/07), con cita de otras anteriores y reiterada en STS de 10/10/2011 (R. 4611/2010).

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, la cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala Cuarta del TS y lo ha hecho en el sentido de la sentencia de contraste, doctrina que debemos mantener por un elemental principio de seguridad jurídica. Así, la recién citada STS de 10/10/2011 reitera la doctrina de esta Sala Cuarta (SS de 12/2/2003, 28/2/2005, 10/6/2008, 23/2/2006 y 25/3/2009) afirmando que puede resumirse en los siguientes puntos:

" 1) El sistema de calificación de la incapacidad aún vigente (DT 5.^a bis LGSS *en relación con el art. 137 de la misma Ley*) *tiene carácter profesional, con las excepciones de las lesiones permanentes no invalidantes y la gran invalidez, y, en este sentido, la remisión del número 3 del art. 137 a un porcentaje de incapacidad no envía a una valoración fisiológica por baremo, sino a una estimación aproximada en términos de una apreciación sensible de la repercusión de las lesiones en la capacidad de ganancia en el marco de la profesión habitual.*

2) La profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional.

3) Este criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que, en función del estado del trabajador, puedan haberse adoptado en la relación de empleo: el sistema de calificación es independiente de las incidencias que puedan producirse en esa relación.

4) En las normas de distribución competencial sobre esta materia, tanto en la LGSS como el RD 1300/1995 y en la Orden de 18-1-1996, no se establece ninguna vinculación de los órganos de calificación por las incidencias o decisiones que puedan producirse en la relación de empleo.

5) A efectos de la calificación de la incapacidad permanente han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la "profesión".

La aplicación de los anteriores criterios al caso particular que nos ocupa, en el que, como vimos, se trata de un bombero, categoría 1.^a, al servicio de una administración autonómica, de modo similar al de los policías locales que se analiza en alguna de las mencionadas sentencias de esta Sala, el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de sus funciones, que, conforme se deduce del relato fáctico y de la incuestionada normativa autonómica de aplicación (Ley 5/1994 y Decreto 241/2001), 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 (Disp. Final 12.^a), 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, como literalmente nos aclara el ordinal sexto de la declaración de hechos probados en este caso, "persiste la patología que dio lugar a la IP".*

En definitiva, como igualmente hemos decidido en varios de nuestros citados precedentes, en la medida en que la sentencia recurrida, al revocar la resolución de instancia, no ha aplicado aquellos criterios y solo ha valorado las lesiones del actor considerando de manera exclusiva -o, al menos, fundamental- su proyección sobre el ámbito funcional de la segunda actividad, de acuerdo con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, ha de estimarse el recurso".

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 Graduado Social D. Floriá Belinchón i Castelló en nombre y representación de D. Carmelo, contra la sentencia dictada el 29 de marzo de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 3406/10, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lérida, de fecha 15 de marzo de 2010, recaída en autos núm. 563/09, seguidos a instancia de D. Carmelo contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre SEGURIDAD SOCIAL. Revocamos la sentencia recurrida y, resolviendo en suplicación, confirmamos íntegramente la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 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. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.