

Roj: **STS 2908/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2908**Id Cendoj: **28079140012017100532**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/07/2017**Nº de Recurso: **1652/2016**Nº de Resolución: **607/2017**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ PV 737/2016,**
STS 2908/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 10 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casacion para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Angel Moral Saez-Diez, en nombre y representación de MUTUALIA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 15 de marzo de 2016, recaída en el recurso de suplicación núm. 270/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao, dictada el 26 de noviembre de 2015, en los autos de juicio núm. 343/2015, iniciados en virtud de demanda presentada por MUTUALIA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2, contra D. Segundo, Fundiciones Funbarri-Durango, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social sobre incapacidad permanente. Ha sido parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de noviembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Bilbao, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMAR la demanda presentada por MUTUA MUTUALIA frente a INSS, TGSS, Segundo y FUNDICIONES FUMBARRI DURANGO SA, absolviendo a los mismos de la pretensiones frente a ellos ejercitadas, confirmando la resolución administrativa que declara la responsabilidad de la MUTUA MUTUALIA.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « **PRIMERO** .- D. Segundo, prestó servicios para la empresa DURANGO INVESTMENTS SL del 7.5.98 al 31.3.99, del 1.4.99 al 31.5.04 los prestó para la empresa FUNDACIONES DURANGO SL, del 1.6.04 prestó servicios para FUNDICIONES FUNBARRI DURANGO SA, que tiene cubiertas las contingencias profesionales con MUTUALIA. Todas estas empresas constituyen un única empresa con cambio de denominación social. El Trabajador ha venido prestando servicios en el puesto de rebaba y chorro de arena. **SEGUNDO** .- El trabajador en 2012 es objeto de estudio por la Mutua por posible neumoconiosis, siendo diagnosticado de silicosis crónica simple sin alteración funcional respiratoria. El trabajador fue reubicado en septiembre de 2012 en la sección de pintura y acabado. En la sección de rebaba los porcentajes de exposición al sílice superaban los límites de exposición desde, al menos, el 2005 y hasta el 2012. En la sección de pintura y acabado la exposición era del 10% respecto a lo permitido. En noviembre de 2014 se acredita la evolución de la patología, con silicosis crónica complicada sin alteración clínica ni funcional. Por resolución del INSS de 5.3.15 se reconoce al trabajador afecto a IPT, con responsabilidad exclusiva de Mutua Mutualia, fecha de efectos de 11.3.15 y base reguladora de 2.643,25 euros.»



TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de MUTUALIA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, nº 2, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 15 de marzo de 2016, recurso 270/2016, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua MUTUALIA interpuesto frente a la Sentencia de 26 de noviembre de 2015 del Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao, dictada en sus autos nº 343/2015, frente al INSS y TGSS, confirmando la sentencia recurrida. Procede la imposición de costas a la Mutua recurrente incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 500 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el letrado D. José Angel Moral Saez-Diez, en nombre y representación de MUTUALIA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 5 de mayo de 2015, recurso 754/2015.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 4 de julio de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao dictó sentencia el 26 de noviembre de 2015, autos número 343/2015, desestimando la demanda formulada por MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 2, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Segundo y FUNDICIONES FUMBARRI DE DURANGO SA sobre RESPONSABILIDAD EN ENFERMEDAD PROFESIONAL, absolviendo a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada.

Tal y como resulta de dicha sentencia, D. Segundo ha prestado servicios para la empresa Durango Investments SL desde el 7 de mayo de 1998 al 31 de marzo de 1999, del 1 de abril de 1999 al 31 de mayo de 2004 para la empresa Fundiciones Durango SL y desde el 1 de junio de 2004 para la empresa Fundiciones Fumbarri Durango SA, que tiene cubiertas las contingencias profesionales con la Mutua Mutualia. Se trata de la misma empresa con cambio de denominación social.

Ha prestado servicios en el puesto de rebaba y chorro de arena. En la sección de rebaba los porcentajes de exposición al sílice superaban los límites de exposición desde, al menos, el 2005 y hasta el 2012. En la sección de pintura y acabado la exposición era del 10% respecto a lo permitido.

En el año 2012 D. Segundo fue diagnosticado de silicosis crónica simple, sin alteración funcional respiratoria, siendo reubicado en septiembre de 2012 en la sección de pintura y acabado.

Por resolución del INSS de 5 de marzo de 2015 se reconoce al trabajador afecto de IPT, con responsabilidad exclusiva de la Mutua Mutualia.

2.- Recurrida en suplicación por MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 2, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia el 15 de marzo de 2016, recurso número 270/2016, desestimando el recurso formulado.

La sentencia razona que el trabajador ha estado sometido, al menos entre los años 2005 y 2012, a porcentajes de exposición al sílice que superaban los límites de exposición, habiendo estado en activo con posterioridad al año 2008, habiendo iniciado la situación de IT en el año 2012, siendo ese mismo año diagnosticado de silicosis y reubicado en otro puesto de trabajo, continuando la evolución de la enfermedad, que dio lugar a que al trabajador se le reconociera en situación de IPT mediante resolución de 5 de marzo de 2015, por lo que, en aplicación de lo ya resuelto por la Sala -entre otras en los recursos 535/2015, 888/2015, 1665/2015, 1702/2015, 1842/2015 y 2216/2015- procede desestimar el recurso manteniendo la responsabilidad de Mutua Mutualia.

3.- Contra dicha sentencia se interpuso por el letrado D. José Ángel Moral Saez-Diez, en representación de MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 2, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 5 de mayo de 2015, recurso número 754/2015.



El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la parte recurrida INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 5 de mayo de 2015, recurso número 754/2015, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia de 20 de noviembre de 2014, autos 384/2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de Vizcaya, en procedimiento sobre prestación de incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad profesional, instado por Constantino contra el recurrente, la Tesorería General de la Seguridad Social, Mutualia e Indumetal Recycling SA, confirmando la sentencia impugnada.

Consta en dicha sentencia que D. Constantino viene prestando servicios para la empresa Indumetal Recycling SA,, desde el 1 de julio de 1996, como especialista de 2ª y realizando las tareas propias de carretillero desde el año 2003. La empresa tiene concertadas las contingencias profesionales con la Mutua Mutualia. El 4 de julio de 2003 le diagnostican al trabajador hipoacusia sensorial bilateral que afecta a zona conversacional y limitaciones orgánicas y funcionales, siendo declarado afecto de lesiones permanentes no invalidantes el 16 de julio de 2003, derivadas de enfermedad profesional. En el año 2002 la hipoacusia era leve en el oído derecho y avanzada en el izquierdo, en el año 2004, la hipoacusia era avanzada en ambos oídos, en el año 2010 era avanzada en ambos oídos con alteración de la vía ósea derecha e izquierda. En el año 2011 la hipoacusia era avanzada en ambos oídos con alteración de la vía ósea derecha e izquierda con audífono en el oído izquierdo y en el 2013 audífonos en ambos oídos. El actor ha estado expuesto al ruido desde el 1 de julio de 1996, fecha de ingreso en la empresa, hasta la actualidad. El actor ha estado expuesto constantemente al ruido a consecuencia de su trabajo, durante más de treinta años. Utiliza de forma permanente protectores auditivos, cuyo uso es incompatible con el uso de audífonos.

La sentencia entendió que en el concreto caso de las enfermedades profesionales no puede atenderse a la fecha del hecho causante, puesto que aquélla marca el momento de constatación del estado determinante del derecho a la correspondiente prestación y el derecho al cobro de la misma; pero el estado incapacitante representa la culminación de un previo período más o menos prolongado de exposición al agente morboso, y siendo éste lo que realmente es objeto de la cobertura, la consiguiente responsabilidad debe repartirse entre las entidades que sucesivamente realizaron tal cobertura. Se le reconoció en situación de IPP por sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de los de Bilbao de 20 de noviembre de 2014.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores que fueron declarados en situación de incapacidad permanente -IPT en la sentencia recurrida, IPP en la sentencia de contraste- derivada de enfermedad profesional, habiendo estado expuestos a los riesgos que les desencadenaron dichas enfermedades durante un dilatado periodo de tiempo, en parte anterior al 1 de enero de 2008 y en parte posterior a dicha fecha -en la sentencia recurrida desde 2005 y en la de contraste desde 1996-, reconociéndoseles la incapacidad permanente encontrándose en activo, desempeñando su trabajo. Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida conste que la exposición al sílice acontece, al menos, desde el año 2005 y que el diagnóstico inicial de la enfermedad se produzca en el año 2012 y el agravamiento en el año 2014, en tanto en la de contraste consta que el trabajador estuvo expuesto al ruido desde el 1 de julio de 1996, siendo la declaración de lesiones permanentes no invalidantes del año 2003, agravándose sus dolencias hasta desembocar en la declaración de IPP el 30 de noviembre de 2014, ya que lo esencial es que en ambos supuestos el trabajador ha estado sometido a riesgos que han originado la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional durante un lapso de tiempo que abarca un periodo anterior y otro posterior al 1 de enero de 2008.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.-1.- El recurrente alega infracción, por incorrecta aplicación, del artº 126.1 de la Ley General de la Seguridad Social vigente entonces de 1994 (RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio), en relación con el artº 68.2 a) de la misma Ley, en su redacción dada por la Ley 51/2007. en relación con los arts. 87.3, 200 y 201.1 de la misma Ley; en relación a su vez con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en sus sentencias de 15 de enero de 2013 (RCUD 1152/2012), 18 de febrero de 2013 (RCUD 1376/2012), 12 de



marzo de 2013 (RCUD 1959/2012), 25 de marzo de 2013 (RCUD 1514/2012) y 26 de marzo de 2013 (RCUD 1207/2012), entre otras varias más.

El recurrente alega que procede, al menos, la declaración de riesgo de responsabilidad compartida del INSS ya que el trabajador estaba expuesto al riesgo de enfermedad profesional desde 1998, o desde el año 2005, hasta su cese en el trabajo en el año 2015 por IPT derivada de enfermedad profesional, por lo que la exposición a dicho riesgo ha sido tanto antes como después del 1 de enero de 2008, lo que supone que el INSS debe responder por el periodo en el que asumía la cobertura de la enfermedad profesional.

2.- La sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 2013, recurso 1959/2012 , se ha pronunciado, respecto a la responsabilidad en orden al abono de prestaciones derivadas de enfermedad profesional, en un supuesto en el que la declaración de incapacidad permanente es posterior a la entrada en vigor de la DF octava de la Ley 51/2007 , si bien el periodo en el que se contrajo la enfermedad es anterior a dicha fecha, argumentando que en el periodo en el que se produjo la enfermedad el Instituto Nacional de la Seguridad Social era el responsable de la prestación, por aplicación de la doctrina mantenida de forma reiterada para los accidentes de trabajo: "Se mantiene en aquella inicial decisión -y en las muchas que la reiteran- que la responsabilidad corresponde a quien asegurase la contingencia en la fecha del accidente, porque la cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, el cual puede manifestarse con posterioridad al siniestro".

Se pronuncia en los siguientes términos:

«La *sentencia de 16 de junio de 2009* , que reitera la *sentencia de 2013*, señala, siguiendo el criterio que estableció en esta materia la *sentencia del Pleno de 1 de febrero de 2000* , que "la responsable de los riesgos profesionales, es aquella que los tenía asegurados en el momento de producirse el accidente" y que ello es así "porque en el sistema español de Seguridad Social la protección de los accidentes se establece con una técnica próxima a la de aseguramiento privado, organizándose la cobertura a partir de la distinción entre contingencias determinantes (las reguladas *arts. 115 a 118 de la LGSS*), situaciones protegidas y prestaciones (*art. 38 de la LGSS*), en forma análoga a la que en el marco del seguro se asocia a la distinción entre el riesgo, el daño derivado de la actualización de éste y la reaparición, de forma que mientras en relación con las contingencias derivadas de riesgos comunes lo que la Seguridad Social asegura o garantiza son unas concretas prestaciones, en relación con los accidentes de trabajo lo que se hace es asegurar la responsabilidad empresarial derivada del accidente desde que ésta se produce". La *sentencia de 19 de enero de 2009* *precisa* , con cita de la *sentencia de 1 de febrero de 2000* , 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 sirve 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 porque éste es el riesgo asegurado".

Es cierto que aquí no estamos ante un accidente de trabajo, cuya actualización es fácilmente determinable en el tiempo, sino ante una enfermedad profesional que se caracteriza, como ha destacado la doctrina científica y jurisprudencial, por su carácter progresivo y latente, de forma que entre su iniciación y su manifestación a través de una incapacidad para el trabajo o en un reconocimiento médico puede transcurrir un largo periodo de tiempo con desarrollo de actividad laboral para diversos empresarios y con establecimiento de la cobertura con distintas aseguradoras. Pero en esto ha consistido precisamente uno de los rasgos característicos de la protección de la enfermedad profesional que ha recurrido a diversas técnicas para resolver el problema de la imputación de la responsabilidad.

Entre esas técnicas pueden citarse la selección de determinadas fechas o periodos convencionales para las prestaciones temporales (periodo de observación y subsidio de incapacidad temporal) o el establecimiento de un mecanismo público de unificación del aseguramiento que elimina los problemas de la delimitación de responsabilidades entre empresas y aseguradoras. El seguro de enfermedades profesionales (*Decreto 792/1961* y *Orden de 9 de mayo de 1962*) estableció un régimen mixto, en el que se combinaban ambas técnicas: 1ª) responsabilidad de la aseguradora con cobertura vigente en el momento de iniciación de la situación protegida (*arts. 21 , 44.2 y 53 de la Orden de 9 de mayo de 1962*) y 2ª) asunción en exclusiva de la cobertura de las pensiones por un organismo público, el Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (*art. 19 de la Orden de 9 de mayo de 1962*).

Este régimen mixto se ha mantenido en el nuevo sistema de la Seguridad Social hasta la entrada en vigor de la Ley 51/2007 el 1 de enero de 2008, porque, como dice *nuestra sentencia de 14 de julio de 2009* , las Mutuas no podían asumir el aseguramiento de la responsabilidad empresarial por las enfermedades profesionales en las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia; responsabilidad que correspondía al INSS



y a la TGSS como sucesores del Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (*disposición final 1ª y disposición transitoria 1ª del Real Decreto-Ley 36/1978*), aunque sí podían aquellas tener a su cargo, mediante las correspondientes opciones, la cobertura en las prestaciones de incapacidad temporal por enfermedad profesional.

Con el nuevo régimen vigente a partir de 1 de enero de 2008 se elimina la cobertura unificada a través del Fondo Compensador, con lo que se planteará el problema de establecer los criterios de imputación de la responsabilidad en una situación de concurrencia de gestoras en el tiempo, lo que ha hecho, aunque con insuficiencia de rango, la resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 27 de mayo de 2009 -como antes hizo la resolución de 16 de febrero de 2007 (BOE de 27 de febrero)-.

Ahora bien, para que pueda haber delimitación de responsabilidades entre aseguradoras tiene que existir concurrencia de éstas en el tiempo y eso solo ha sido posible, respecto a las prestaciones derivadas de incapacidad permanente y la muerte, a partir de 1 de enero de 2008. La concurrencia de aseguradoras no ha sido posible hasta esta fecha porque la cobertura de las situaciones de necesidad correspondientes a estas prestaciones correspondía en exclusiva al Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, al que se asignaban los recursos correspondientes a esa cobertura (*art. 20 de la Orden de 9 de mayo de 1962 en relación con el art. 11.a) del Decreto 3.159/1966*).

Por ello, hay que concluir que durante el periodo que aquí tiene que ser considerado -de 1974 a 1998- el asegurador real ha sido el citado Fondo, integrado en el INSS desde 1978, por lo que no cabe declarar la responsabilidad de la Mutua demandante que solo podría haber cubierto el riesgo a partir de 1 de enero de 2008».

3.- En la citada sentencia se apunta que en el futuro se planteará el problema de establecer los criterios de imputación de la responsabilidad en una situación de concurrencia de gestoras en el tiempo, señalando que tal cuestión solo podía plantearse, respecto a las prestaciones derivadas de incapacidad permanente y muerte, a partir de 1 de enero de 2008 ya que la concurrencia de aseguradoras no ha sido posible hasta esta fecha porque la cobertura de las situaciones de necesidad referentes a estas prestaciones correspondía en exclusiva al Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

CUARTO.-1.- Pasamos a examinar algunos supuestos anteriores al 1 de enero de 2008, resueltos por esta Sala, en los que se plantea la cuestión relativa a la Mutua responsable del abono de prestaciones, en supuestos de sucesión de Mutuas o de aseguramiento por el INSS.

2.- La sentencia de 2 de septiembre de 2006, recurso 2008/2005 examina qué Mutua debe abonar el subsidio de IT, derivada de enfermedad común, cuando estando concertado el riesgo con una mutua al inicio de la IT, le sucede otra durante el periodo de IT, concluyendo que la responsable es la segunda mutua. Contiene el siguiente razonamiento:

«La cuestión ha sido resuelta por la sentencia de esta Sala, invocada como contradictoria, sentencia de 2 de octubre de 2007, recurso 1310/2206 , que ha seguido la doctrina contenida en las sentencias de 27 de febrero de 2001, recurso 1225/00 y 4 de febrero de 2003, recurso 2134/02 . La primera de las sentencias citadas contiene el siguiente razonamiento: "El razonamiento de nuestras sentencias precedentes a favor de atribuir a la entidad aseguradora que sucede la responsabilidad en la continuación del pago de la prestación de incapacidad temporal generada durante la vigencia de un convenio de asociación o aseguramiento anterior combina argumentos de interpretación gramatical, sistemática y teleológica. Tales argumentos se pueden resumir como sigue: 1) el art. 70.2 LGSS establece una regla de unidad e integridad de aseguramiento ("Los empresarios asociados a una mutua ... habrán de proteger en la misma entidad a la totalidad de sus trabajadores correspondientes a centros de trabajo situados en la misma provincia"), reiterada en el art. 69.1 del RD 1993/1995 (Reglamento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo), regla que parece contraria a la concurrencia en el mismo centro de trabajo de diversas entidades encargadas de la gestión de la misma contingencia; 2) tal concurrencia de aseguradoras resultaría además desaconsejable en términos de gestión, en cuanto que "atribuir el pago del subsidio a la primera aseguradora cuando ya la nueva aseguradora ha asumido la gestión produciría un evidente efecto desincentivador para esta última ... pues es obvio que disminuiría su interés en realizar, respecto de los trabajadores excluidos las funciones de seguimiento y control de sus situaciones de incapacidad temporal"; 3) los artículos 70.2 y 71.1 del citado Reglamento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo establecen sin distinción alguna que, "una vez formalizada la cobertura", la Mutua asumirá tanto la gestión (art. 70.2) como el pago (art. 71.1) de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes de los trabajadores al servicio de sus asociados, condición que ostenta sin duda el trabajador con contrato de trabajo suspendido por causa de tal incapacidad; 4) la solución de asignar la responsabilidad en el caso litigioso a la nueva aseguradora equilibra los intereses de las entidades en presencia, pues "igual que debe asumir (la nueva aseguradora) el pago de las incapacidades



temporales existentes al comenzar su gestión, también quedará exonerada de continuar abonándolas, a partir del momento en que la empresa decida" no mantener el convenio de asociación; 5) el sistema financiero de reparto establecido para las contingencias comunes en el art. 87 LGSS significa que lo cotizado para el conjunto de los trabajadores se dedica a la cobertura de las contingencias del colectivo asegurado, sin acumular a largo plazo recursos para el futuro, pero no tiene trascendencia jurídica directa en el régimen de la acción protectora; y 6) por el contrario, "la Mutua, desde el momento en que se hizo cargo de la gestión de la incapacidad temporal por enfermedad común en la empresa pasó a percibir la fracción de las cotizaciones de todos los trabajadores - incluida la del enfermo mientras la empresa tuvo que cotizar por él - que corresponde a dicha contingencia para financiarla respecto de todos ellos", por lo que "es lógico que sea la Mutua la que deba responder de las prestaciones que se mantienen a partir de la fecha en que comienza su gestión".»

En el mismo sentido la sentencia de 17 de julio de 2012, recurso 2516/2011 .

3.- La sentencia de 20 de diciembre de 1993, recurso 707/1993 , determina la entidad aseguradora que debe de asumir la responsabilidad del abono de la prestación cuando el trabajador tiene reconocida una IPT derivada de accidente de trabajo, y se procede a su revisión, reconociéndole el grado de IPA derivado de enfermedad común. La sentencia resuelve que la responsabilidad debe ser compartida por ambas aseguradoras, con el siguiente razonamiento:

«.. el planteamiento contencioso de autos pone de relieve que en la configuración de la situación invalidante última -I.P.A.- que aqueja al trabajador demandante confluyen, de forma conjunta e indistinguible, tanto las lesiones derivadas del accidente laboral que, en su día, sufrió el mismo, como la patología de enfermedad común manifestada posteriormente. No es dable admitir, de lo actuado en el expediente administrativo de invalidez, que solo la mencionada patología sea susceptible de generar, por sí misma, el efecto absolutamente invalidante para el trabajo o que, esto último, lo genere la agravación de las lesiones originariamente sufridas que tuvieron su causa en accidente de trabajo.

CUARTO.- En base a lo que se deja expuesto, teniendo en cuenta la respectiva cobertura aseguradora de la Entidad Gestora de la Seguridad Social y de la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y conforme a la *doctrina de esta Sala -sentencias de 9-6-87 y 29-9- 87, entre otras-* la responsabilidad debe ser compartida por ambas, toda vez que la agravación de la situación invalidante de autos, aunque declarada por vía revisoria, se revela ajena al cuadro de patología derivado del accidente de trabajo, cuyas secuelas, sin embargo, entrañantes de una I.P.T., concurren, juntamente con las ulteriores lesiones derivadas de enfermedad común, a la conformación global del cuadro lesivo merecedor de la calificación de I.P.A.

QUINTO.- Por todo lo expuesto y de conformidad con el dictámen del Ministerio Fiscal el recurso debe ser estimado, lo que conlleva la casación y anulación de la sentencia recurrida.... procede con mantenimiento de la estimación del recurso de suplicación, al que se contrae la sentencia recurrida, declarar que la responsabilidad en el abono de la prestación por I.P.A. reconocida a la parte actora- recurrente debe ser compartida hasta el importe correspondiente a la I.P.T. por accidente de trabajo por la Mutua Patronal PAKEA y por el resto hasta el 100% del importe de la pensión de I.P.A. por el INSS».

En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de 7 de julio de 1995 .

4.- La sentencia de 2 de octubre de 1997, recurso 4575/1996 , se ha pronunciado sobre la misma cuestión, conteniendo el siguiente resumen de la doctrina de la Sala:

«Para la resolución del debate de suplicación, último tramo de la sentencia estimatoria de unificación de doctrina, debe tenerse en cuenta lo decidido ya por esta Sala en casos equivalentes sobre imputación de responsabilidades entre la mutua de accidentes de trabajo, responsable de las prestaciones correspondientes a los siniestros profesionales, y el INSS que lo es por la enfermedad común. En la ya citada *sentencia de 7 de julio de 1995* , y en otra anterior de 20 de diciembre de 1993, se ha establecido sobre el particular la siguiente doctrina: a) la prestación correspondiente al nuevo grado de incapacidad tiene efectos desde la fecha en que se dictó la resolución en que se debió acceder a ella, y b) la Mutua mantiene su responsabilidad en la misma cuantía que hubo de asumir por el accidente y el INSS ha de satisfacer la diferencia que resulta de la que corresponde a la nueva prestación».

5.- La sentencia de 28 de octubre de 2002, recurso 82/2002 , aborda el supuesto en el que al trabajador se le reconoce una IPP derivada de accidente de trabajo, que es indemnizada por la Mutua y, con posterioridad, el trabajador insta la revisión, reconociéndosele una IPT, derivada de enfermedad común. La sentencia concluye que el INSS es el único responsable del abono de la prestación de IPT. Contiene el siguiente razonamiento:

« *la Mutua mantiene su responsabilidad en la misma cuantía que hubo de asumir por el accidente y el INSS ha de satisfacer la diferencia que resulta de la que corresponde a la nueva prestación* ". Lo que en el supuesto de autos, dado que la agravación de la situación invalidante aunque declarada por vía revisoria se revela ajena al



cuadro de patología derivado del accidente de trabajo, cuya secuelas sin embargo entrañantes de incapacidad permanente parcial, concurren con las lesiones derivadas de enfermedad común, a la conformación global del cuadro lesivo merecedor de la incapacidad permanente total, conlleva a que la responsabilidad del pago de la pensión resultante ha de recaer en este caso, sobre el INSS, en razón precisamente a que la responsabilidad en cuanto a las secuelas de accidente de trabajo ya fueron asumidas por la Mutua de Accidentes, que abonó la indemnización a tanto alzado establecida para la situación de invalidez permanente parcial, aún cuando, como señala la sentencia de Sala General también citada de 12 de junio de 2000 " *este reparto no puede considerarse como constitutivo de una norma general válida para todos los casos, puesto que, según las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos, pueden o no aparecer razones para reducir el porcentaje delimitador de la responsabilidad del INSS, reducción que provocaría el correlativo incremento de la responsabilidad de la Mutua de Accidentes de Trabajo* ". Pues, no se aprecia la concurrencia de razón alguna que pudiese servir de apoyo para alterar tal distribución, cuando ya las solas secuelas derivadas de enfermedad común, determinan la situación de incapacidad permanente total.»

QUINTO.- . Procede la estimación en parte del recurso de casación para la unificación de doctrina y la declaración de responsabilidad compartida entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Mutualia, Mutua colaboradora con la Seguridad Social número 2, en los términos que se dirá, en virtud de los siguientes motivos:

Primero: La enfermedad profesional, a diferencia de lo que sucede con el accidente de trabajo, si bien se exterioriza en un momento determinado, se ha venido desarrollando a lo largo del tiempo, de forma silente e insidiosa, por la exposición del trabajador a determinadas sustancias, elementos o condiciones de trabajo, lo que impide que pueda establecerse que la entidad responsable es la aseguradora del momento en el que se manifiesta la enfermedad.

Segundo: La enfermedad se contrae a lo largo del tiempo, por la exposición a los agentes, elementos o condiciones de trabajo causantes de la misma, lo que significa que a lo largo del, generalmente, dilatado periodo de tiempo en el que se ha contraído y desarrollado la enfermedad, se han podido suceder diferentes aseguradoras de dicha contingencia, en concreto, a partir del 1 de enero de 2008 el INSS no detenta la exclusividad en el aseguramiento, sino que este puede ser asumido por las Mutuas.

Tercero: La jurisprudencia de esta Sala que se ha pronunciado acerca de la responsabilidad de las Mutuas en el abono de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional, ya apuntaba, aunque este no era objeto del debate, la posibilidad de que se plantease el problema de establecer los criterios de imputación de la responsabilidad en una situación de concurrencia de gestoras en el tiempo. (STS de 12 de marzo de 2013, recurso 1959/2012 ; 4 de marzo de 2014, recurso 151/2013 y 6 de marzo de 2014, recurso 126/2013 , entre otras)

Cuarto: La jurisprudencia de esta Sala, en supuestos de sucesión de Mutuas en el aseguramiento, o en el supuesto de revisión del grado de una incapacidad reconocida por enfermedad común -asegurada en el INSS- a una incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo -asegurada en una Mutua- ha establecido la responsabilidad compartida de la entidad en la que estaban aseguradas las contingencias comunes y aquella otra en la que se encontraban aseguradas las contingencias profesionales.

Quinto: La regla general es que la responsabilidad corresponde a aquella entidad en la que está asegurada la contingencia en el momento en el que se produce el hecho causante. Sin embargo, al tratarse de enfermedad profesional, el hecho causante no se produce en un momento concreto y determinado, sino que va gestándose a lo largo del tiempo hasta que se exteriorizan las dolencias. Como durante el periodo anterior al 1 de enero de 2008 el trabajador estuvo sometido a los elementos susceptibles de generar la enfermedad profesional -silicosis crónica complicada- y durante este periodo el riesgo estaba asegurado en el INSS y con posterioridad a esa fecha siguió sometido a la exposición a dichos riesgos -periodo en el que la contingencia estaba asegurada en Mutualia- la responsabilidad derivada de las prestaciones que por contingencia de enfermedad profesional le han sido reconocidas al trabajador, ha de ser imputada a ambas entidades, en proporción al tiempo de exposición del trabajador a los citados riesgos.

SEXTO.- Por todo lo razonado procede la estimación en parte del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por Mutualia, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar en parte el pedimento subsidiario del mismo, declarando la responsabilidad compartida del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de Mutualia, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2 en el abono de la prestación que por incapacidad permanente total le ha sido reconocida al trabajador D. Segundo en proporción al tiempo que el trabajador estuvo expuesto al riesgo de contraer la enfermedad profesional. No se imputa la responsabilidad compartida entre ambas entidades en proporción al tiempo de aseguramiento ya que, tal como resulta del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, los porcentajes de exposición al sílice superaba los límites de de exposición al menos



desde el 2005, habiendo comenzado el trabajador a prestar servicios el 7 de marzo de 1998 . No procede la imposición de costas en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Ángel Moral Saez-Diez, en representación de MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL N° 2, frente a la sentencia dictada el 15 de marzo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación número 270/2016 , interpuesto por la citada recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao el 26 de noviembre de 2015 , en los autos número 343/2015, seguidos a instancia de MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 2, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Segundo y FUNDICIONES FUMBARRI DE DURANGO SA sobre RESPONSABILIDAD EN ENFERMEDAD PROFESIONAL. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos en parte el pedimento subsidiario del recurso de tal clase interpuesto por MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 2 estimando en parte el pedimento subsidiario de la demanda formulada, declarando la responsabilidad compartida del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de Mutualia, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2 en el abono de la prestación que por incapacidad permanente total le ha sido reconocida al trabajador D. Segundo , en proporción al tiempo de exposición del trabajador al riesgo de contraer la enfermedad. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.