

Roj: **STS 4265/2012 - ECLI:ES:TS:2012:4265**Id Cendoj: **28079140012012100402**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/05/2012**Nº de Recurso: **2111/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CAT 4498/2011,**
STS 4265/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós 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. Florià Belinchón I Castelló, actuando en nombre y representación de **D. Fernando** contra la sentencia dictada con fecha 18 de abril de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 3950/2010, formulado contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida, en autos núm. 639/2009, seguidos a instancia de D. Fernando frente al **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS)**.

Han comparecido en concepto de recurridos el Letrado D. Andrés Ramón Trillo García actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS).

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de marzo de 2.010 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: **1º**) El demandante, Fernando, nacido el NUM000-61, está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el núm. NUM001, y su profesión habitual es la de **bombero**. **2º**) Que el demandante actualmente presta los servicios como bombero de primera de segunda actividad desde el 24-5-2005, de acuerdo con el art. 1.1 del decreto 241/2001, de 12 de septiembre por el que se regula la situación de segunda actividad del personal al servicio del cuerpo de bomberos de la Generalitat de Catalunya, según dictamen médico que tiene disminuida de forma previsiblemente permanente su capacidad para cumplir el servicio ordinario relativo a la realización de tareas operativas de intervención directa en siniestros, correspondientes a su escala y categoría por Resolución de 31-10-05 del Secretario General del Departamento de Interior Relaciones Institucionales y Participación se declaró el paso a situación de segunda actividad adscribiéndolo a la Región de Emergencia de Lleida realizando funciones de soporte en el funcionamiento operativo, logístico y administrativo a la Unidad de Gestión de la Región, en jornada ordinaria, horario continuado. **3º**) El 13-5-05 el INSS dictó resolución por la que declaraba al actor en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de bombero, reconociéndole una pensión del 55 % sobre una base reguladora de 1.951,70 euros, con económicos desde el 5-4-05. Previamente a dicha resolución, el 5-4-05 el trabajador había sido examinado por el ICAM, que dictaminó que presentaba "tendinitis crónica supraespinoso ambos hombros, hernia discal L5-S1, hernia discal C5-C6 y profusión discal C6-C7 crónica rodilla izquierda, limitación de sobreoferta dinámica del raquis y extremidades superiores "siendo la contingencia determinante "enfermedad común", con "propuesta enfermedad incapacidad permanente.



4º) El 5-2-09 se inició expediente de revisión de oficio, y el 30-4-09 el INSS dictó resolución acordando "revisar por mejoría la declaración de incapacidad permanente de la que era beneficiario, y declararle en consecuencia no afecto en el momento actual de incapacidad permanente en ninguno de sus grados". Previamente a dicha resolución, el actor fue reconocido de nuevo por el ICAM el 3-4-09, que dictaminó que presentaba "tendinosis leve supraespinoso hombro izquierdo sin limitación funcional, discopatía cervical leve sin radiculopatía, discopatía lumbar con profusión discal L5-S1 sin radiculopatía objetivable, rodilla izquierda sin clínica inflamatoria y balance articular completo", con propuesta de "revisión de la incapacidad: mejoría". 5º). El demandante presentó reclamación previa contra la resolución del INSS de 30-4-09, que fue desestimada el 6-7-09. 6º). El 29-10-2009 el Tribunal Médico tras el reconocimiento médico del actor emite dictamen sobre el paso a segunda actividad del actor, considerando que presenta unas patologías que le impiden efectuar las tareas operativas de intervención directa en siniestros. Dicho tribunal está constituido por dos médicos pertenecientes al ICAM. Por resolución de 25-11-09 el Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación acordaron mantener al actor en situación de segunda actividad. 7º) El actor presenta tendinosis supraespinoso hombro izquierdo, tendinitis crónica supraespinoso ambos hombros hernia discal LS-SI, hernia discal C5-C6 radiculopatía subaguda CG izquierda y C7 bilateral y crónica C5 izquierda, C6 bilateral y 08 bilateral y profusión discal 06-07 con EMG positivo, discopatía cervical leve, discopatía lumbar con profusión discal LS-SI, radiculopatía subaguda SI bilateral, crónica L4 derecha y crónica LS bilateral, profusión discal DII-D12, codo derecho atrapamiento del nervio cubital en el codo, sinovitis crónica rodilla izquierda sin clínica actual inflamatoria. 8º). La base reguladora de la prestación de incapacidad permanente es de 1.951,70 euros mensuales y la fecha de efectos económicos es el 1-5-09".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "*Que estimando la demanda interpuesta por Fernando contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), declaro mantener y continuar al actor 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 1.951,70 euros, más las correspondientes mejoras y revalorizaciones, desde el 1-5-09*".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Letrada el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), contra la sentencia dictada con fecha 18 de abril de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que consta el siguiente fallo: "*Estimar el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de 29 de marzo de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida en los autos nº 639/2009, seguidos a instancia de D. Fernando 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*".

TERCERO.- Por el Graduado Social D. Florià Belinchón I Castelló, actuando en nombre y representación de **D. Fernando** 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 24 de junio de 2011. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada con fecha 23 de noviembre de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el Recurso núm. 546/2009.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 22 de noviembre de 2011 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado la Letrada de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 19 de diciembre de 2011.

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 conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de mayo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 desde el 24 de mayo de 2005 en situación de segunda actividad, con arreglo a las previsiones del Decreto 241/2001 de 12 de septiembre, por el que se regula la segunda actividad del personal al servicio del Cuerpo de Bomberos de la Generalitat, desempeñando sus servicios en virtud de la Resolución de 31 de octubre de 2005 que le adscribió a la Región de emergencia de Lleida. Iniciado el 5 de febrero de 2009 expediente de revisión de oficio,



el INSS dicta el 30 de abril de 2009 resolución acordando la revisión per mejoría y le declara no afecto de incapacidad permanente en ninguno de sus grados. Por Resolución del Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación de la Generalitat de 25 de noviembre de 2009 se acordó mantener al actor en segunda actividad. El actor reclamó en vía judicial que se declare que continua 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 profesigramo laboral.

Recurre el trabajador en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 23 de abril de 2010 también por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña .

En la sentencia de comparación, el trabajador, bombero al servicio de la Generalitat de Cataluña, había pasado a la segunda actividad por resolución de 20 de febrero de 2007. Con posterioridad, el 19 de abril de 2008 , el INSS deniega la declaración de incapacidad permanente. Reclamada la declaración de invalidez en vía judicial, la sentencia del Juzgado de lo Social declaró al trabajador afecto de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de bombero. La sentencia de contraste desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el INSS razonando que, con independencia de que el actor se encuentre en segunda actividad, atendiendo a las lesiones que presenta, se considera que está incapacitado para la mayor parte de las funciones operativas que constituyen el núcleo esencial de la profesión de bombero, siendo cuestión distinta si existe compatibilidad o no en el cobro de la prestación de incapacidad permanente y la retribución percibida por segunda actividad, materia que no forma parte del litigio.

Entre ambas resoluciones concurre la necesaria contradicción en los términos exigidos por el art. 217 de la LPL . Como señala la STS de 25 de marzo de 2009 (R.C.U.D. 3402/2007) a propósito de si en cuestión análoga a la planteada existe contradicción.

"Se objeta que se trata de un problema de calificación de la incapacidad y no hay identidad en las lesiones, alegando la doctrina de la Sala sobre el acceso al recurso de casación de unificación de doctrina de las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente. Se pone de relieve también que las lesiones se han manifestado de distinta forma, en la medida en que en el caso de la sentencia recurrida la actora estuvo, tras el accidente, un periodo prestando servicios normalmente hasta su pase en enero de 2006 a la segunda actividad, y se señala que las profesiones -policía local y "ertziana"- son distintas y que también lo son las regulaciones aplicables a la segunda actividad.

La diferenciación de este tipo de cuestiones a efectos de la contradicción ya se aceptó por la Sala en las sentencias de 23 de febrero de 2006 , 10 de junio de 2006 y 10 de junio de 2008 , en las que se suscitaba el mismo problema que aquí se plantea respecto a la consideración de la segunda actividad a la hora de definir el ámbito de la profesión habitual. Por razones obvias la solución debe aquí ser la misma no sólo para este problema, sino para el relativo al carácter determinante o condicionante del pase a la segunda actividad sobre la calificación de la incapacidad.

Tampoco cabe rechazar la existencia de contradicción por el hecho de que en la sentencia recurrida se produjera casi simultáneamente la declaración de invalidez permanente y adscripción a la segunda actividad y con posterioridad, la revisión por mejoría, en tanto que en la sentencia de contraste, se produjo en primer lugar el pase a la situación de segunda actividad y prácticamente un año después, se resuelve el expediente de invalidez con resultado denegatorio, pues en ambos casos lo que se está resolviendo es acerca de la trascendencia del pase a la segunda actividad a los efectos de establecer la referencia profesional respecto de la que determina el alcance incapacitante de las secuelas que cada actor padece."

SEGUNDO.- El recurrente alega la infracción del artículo 137-4 y apartado 1º del artículo 141 de la LGSS , por considerar que el hecho de mantener aptitudes que permiten al actor desempeñar una segunda actividad , distintas de la intervención directa en siniestros y que además no implican exigencias físicas, no supone conservar las necesarias para llevar a cabo la totalidad de las actividades que se identifican con la profesión de bombero.

Mientras la sentencia de contraste ha llegado a la conclusión, tras citar la sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 2006 que las funciones que se deben de 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, la recurrida, funda su decisión tomando como punto de partida los términos que figuran en la STS de 9 de noviembre de 2009 R.C.U.D. 3747/2008), sentencia en la que no se resolvió acerca del fondo ya que el recurso se desestimó por falta de contradicción



entre la sentencia recurrida y la STS de 23 de febrero de 2006 (R.C.U.D. 5135/2004) siendo sus términos los siguientes: *"Esa doctrina es citada y aplicada por la sentencia recurrida que valora todas las funciones de la profesión de bombero y, aunque reconoce que el recurrente no puede desempeñar las que requieren perfecto estado físico, entiende que si puede realizar otras tareas igual de importantes de esa profesión y de la categoría que tiene. En este sentido las doctrinas son coincidentes y no existe contradicción. La diferencia radica en que esa valoración del conjunto de la actividad profesional lleva a la sentencia recurrida a desestimar la pretensión, mientras que la sentencia de contraste no realiza tal valoración de la capacidad laboral residual. Esa valoración de la capacidad laboral residual no la hizo la sentencia de contraste que declinó su realización en favor del Tribunal que había dictado la sentencia de suplicación, ni puede hacerla ahora esta Sala porque el artículo 217 de la L.P.L. no lo autoriza, al no ser contrapuestos los fallos comparados en los términos que requiere, pues en un caso se ha declarado la inexistencia de incapacidad permanente, mientras que en el otro no se ha analizado la posible existencia de esa incapacidad."*

La cuestión planteada deberá ser resuelta con arreglo a la doctrina hasta ahora observada, sin fisuras, acerca de la problemática que se crea en los casos de trabajos con importantes exigencias físicas y comportadores de riesgos, cuando el afectado es destinado por su empleadora a la denominada segunda actividad. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2009 (R.C.U.D. 3402/2007) y a propósito de una resolución que había considerado *"que la valoración de la proyección funcional de las lesiones puede operar también considerando el ámbito de funciones que corresponde a la segunda actividad, en la medida en que ésta se integra en la profesión de policía local y presenta "menores requerimientos", está operando un criterio que se opone al artículo 137-2 de la Ley General de la Seguridad Social , tal como ha sido interpretado en supuestos semejantes al presente por las sentencias ya citadas de 23 de febrero de 2006 , 10 de junio de 2006 y 10 de junio de 2008 . En estas sentencias se establece que hay que tener en cuenta a efectos de la calificación de incapacidad permanente todas las funciones que integran objetivamente la "profesión" y que en el caso de los policías locales el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden tareas tales como la patrulla, el mantenimiento del orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática, 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 de la actora considerando, de manera exclusiva o, al menos, fundamental su proyección sobre el ámbito funcional de la segunda actividad ha de estimarse el recurso..."*.

En definitiva, la doctrina consolidada está aplicando la tesis adoptada por la sentencia de contraste, valorando el conjunto de actividades que caracterizan la profesión para la que solicita la declaración de Incapacidad Permanente.

Por razones de homogeneidad y seguridad jurídica la anterior doctrina es de aplicación al caso que se contempla al no existir nuevas razones que aconsejen su modificación.

TERCERO.- Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso, casar y anular la sentencia recurrida y en su lugar dictar otra en la que con desestimación del recurso interpuesto por el INSS, se confirme la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, sin que haya lugar a la imposición de las costas.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso para la unificación de doctrina interpuesto por el Graduado Social D. Florià Belinchón I Castelló, actuando en nombre y representación de **D. Fernando** contra la sentencia dictada con fecha 18 de abril de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 3950/2010 , formulado contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida , en autos núm. 639/2009, seguidos a instancia de D. Fernando frente al **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS)**. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, dictando nueva sentencia, y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el recurso de igual naturaleza, confirmando la sentencia del Juzgado de lo 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. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ