



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**ASPECTOS JURÍDICOS DE LA
SILICOSIS EN EL SECTOR DE
LA PIZARRA**

Realizado por Berta Irene Docampo Gacio

Curso académico 2019/2020

PALABRAS CLAVE

Silicosis, pizarra, enfermedad profesional, incapacidad permanente, prestación, atribución del pago, Seguridad Social, mutua.

RESUMEN

La principal enfermedad profesional que afecta al sector de la pizarra es la silicosis. Esta enfermedad es causada por la inhalación de polvo de sílice y produce problemas respiratorios asociados con otras enfermedades graves. La incapacidad permanente por silicosis se encuentra regulada en una normativa difusa y contradictoria que obliga a la jurisprudencia a dar solución a los problemas que eso conlleva.

La silicosis se clasifica en primer, segundo y tercer grado dependiendo de su gravedad. La de primer grado no es causa de incapacidad a menos que concurra con otras enfermedades o que no exista posibilidad de reubicación en puesto sin riesgo pluvígeno. La de segundo grado causa incapacidad permanente total y la de tercer grado, absoluta.

Con el cambio normativo del año 2008 que atribuye a las mutuas el pago directo de las contingencias derivadas de enfermedad profesional, surge la problemática respecto a la determinación de la entidad obligada cuando en un mismo trabajador concurren varias entidades aseguradoras. En ese caso, la jurisprudencia fijará el criterio del reparto proporcional en función del tiempo asegurado. Asimismo acordará la aplicación de la doctrina de los actos propios en los supuestos de revisión y modificación de la incapacidad permanente.

KEY WORDS

Silicosis, slate, profesional disease, occupational disease, permanent disability, benefit, payment attribution, social security, mutual organization.

ABSTRACT

Silicosis is the main occupational disease that affects the slate sector. This disease is caused by the inhalation of silica dust and it causes respiratory problems associated with other serious diseases. Permanent disability due to silicosis is regulated in a diffuse and contradictory normative that forces jurisprudence to solve the problems that this entails.

Silicosis is classified in first, second and third level depending on its severity. The first one is not a cause of disability unless it concurs with another disease or there is no possibility of relocation in a job without powder risk. The second level causes permanent total disability and the third one the absolute.

The normative change on 2008 that attributes to the mutual organizations the direct payment of the contingencies derived from occupational diseases brings with it the problem of determining which entity is obligated to pay when several insurance entities concur in the same worker. In that case, the jurisprudence will set the proportional distribution according to the insured time. It will also establish the application of the doctrine of own acts in the cases of revision and modification of permanent disability.

GLOSARIO DE ABREVIATURAS

AT: Accidente de trabajo

EP: Enfermedad Profesional

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social

LGSS: Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

LPRL: Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. LA ENFERMEDAD PROFESIONAL DE SILICOSIS.....	7
2.1. Aspectos generales.....	7
2.1.1. Concepto de enfermedad profesional.....	7
2.1.2. La silicosis como enfermedad profesional en el sector de la pizarra.....	9
2.2. Incapacidad permanente por silicosis.....	12
2.2.1. Incapacidad permanente: concepto y modalidades.....	12
2.2.2. Grados de silicosis y su valoración de cara a una posible incapacidad permanente.....	16
3. IMPUTACIÓN DEL PAGO DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE.....	21
3.1. El cambio de la responsabilidad de la cobertura de las contingencias derivadas de enfermedad profesional.....	21
3.2. La concurrencia de responsabilidades.....	24
4. LA REVISIÓN DE LOS GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADOS DE SILICOSIS.....	27
5. CONCLUSIONES.....	30
6. BIBLIOGRAFÍA.....	31
7. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.....	32

1. INTRODUCCIÓN

España es el principal productor de pizarra del mundo. Pese a ello, existe un gran desconocimiento del sector y, especialmente, de los aspectos jurídicos que le afectan. Probablemente la causa de eso se encuentre en el carácter localista de la materia ya que se ciñe principalmente a las comarcas de Valdeorras (Ourense), Cabrera y el Bierzo (León) y Quiroga (Lugo), donde es la principal fuente económica y de trabajo. Además, el asunto a tratar tiene importancia por ser uno de los sectores donde actualmente se diagnostican más casos de silicosis. Este hecho seguramente sea uno de los motivos de que exista un volumen relativamente alto de litigiosidad en esta materia.

Mediante el presente trabajo se pretende un acercamiento a los puntos de mayor judicialidad relativos a la incapacidad permanente por enfermedad profesional derivada de la silicosis en el sector de la pizarra. Se trata de una materia regulada en multitud de normas dispersas e, incluso, contradictorias entre sí, lo que genera lagunas legales en muchos de sus aspectos claves. Este es el principal motivo por el que se considera necesaria la elaboración de este trabajo a fin de que la sistematización de los aspectos más relevantes facilite el estudio de la materia de cara a la defensa de los intereses de alguno de los operadores involucrados (principalmente, las empresas pizarreras, los trabajadores del sector, las Mutuas y el Instituto Nacional de la Seguridad Social).

Además, lo aquí recogido puede ser de utilidad tanto para las personas relacionadas con el sector y/o con las regiones afectadas como para todo aquel interesado en los aspectos jurídicos de la silicosis de forma global puesto que la mayor parte de lo desarrollado es también de aplicación para otros sectores productivos (sobre todo para los extractivos de rocas con presencia de sílice).

La metodología utilizada ha consistido en el análisis de las sentencias del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de los años 2018 y 2019 así como las sentencias más relevantes relativas a la enfermedad profesional por silicosis en el sector de la pizarra. El examen de esta jurisprudencia ha permitido el reconocimiento de las

principales materias sobre las que existe controversia y la solución proporcionada por los tribunales en cada caso.

Una vez obtenida esta información, se ha procedido a la elaboración de la estructura del trabajo que, si bien fue sufriendo variaciones a lo largo de su redacción, sirvió de base para la búsqueda de bibliografía relacionada que pudiese dotar de mayor fundamento a los argumentos esgrimidos. Al ser muy escasa la bibliografía que trate los aspectos jurídicos de la silicosis (y mucho más que hablen del sector de la pizarra), se acudió también a la encargada de estudiar la incapacidad permanente por enfermedad de modo genérico. Junto a esto, se consideró oportuna la búsqueda de información relacionada con los aspectos médicos de la silicosis y económico-administrativos del sector de la pizarra para dotar al trabajo de una visión global del asunto.

2. LA ENFERMEDAD PROFESIONAL DE SILICOSIS

2.1. ASPECTOS GENERALES

2.1.1. Concepto de enfermedad profesional

Se puede definir la enfermedad profesional como la “enfermedad contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades especificadas reglamentariamente, provocada por la acción de los elementos o sustancias indicadas para cada enfermedad profesional”¹. En términos similares se pronuncia el artículo 157 de la Ley General de la Seguridad Social² elaborando “la noción de EP a partir de dos conceptos y el establecimiento de una necesaria relación entre ellos. El primer concepto es etiológico, la EP ha de derivarse del trabajo por cuenta ajena; el segundo es enumerativo y se corresponde con el contenido del cuadro de actividades y elementos o sustancias que provocan la EP; y la tercera, la relación de causalidad, está concebida con carácter mucho más rígido que en el AT, de modo que la EP no se puede producir

1 Definición de “enfermedad profesional” elaborada por la Real Academia Española, Diccionario del español jurídico [consulta electrónica el 23 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/enfermedad-profesional>.

2 España. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

“con ocasión” del trabajo por cuenta ajena, sino necesariamente “a consecuencia” de él”³.

El artículo 157 LGSS encuentra su desarrollo en el Real Decreto 1299/2006⁴ cuyo Anexo I recoge de manera detallada una serie de patologías médicas y las relaciona con las actividades profesionales que las ocasionan. “La existencia de una lista de enfermedades profesionales relacionada con actividades y agentes tiene como principal ventaja, además de la seguridad jurídica que proporciona, la de reducir los problemas de prueba del nexo causal. En efecto, una vez diagnosticada la enfermedad, constatada la existencia del agente listado, y acreditada la realización de la actividad para la que aquella está prevista, la calificación como profesional es prácticamente automática”⁵ ya que goza de presunción *iuris et de iure*.

Para la determinación de una patología como enfermedad profesional adquieren una posición primordial los diversos informes médicos existentes sobre la situación médica del trabajador, entre otros: los del Equipo de Valoración de Incapacidades, los emitidos por las Mutuas, de organismos especializados en el estudio de determinadas patologías profesionales así como los informes periciales. Estos informes deberán declarar si la enfermedad que padece el trabajador es una de las recogidas en el Anexo 1 del RD 1299/2006, el agente que produjo tal enfermedad (que deberá estar también incluido en dicho Anexo) y, finalmente, es recomendable que el dictamen establezca la posible relación de causalidad entre el elemento enfermante, enfermedad y la actividad laboral realizada (pese a que, como se indicó previamente, la prueba de la relación de causalidad se vea favorecida por la presunción *iuris et de iure*)⁶.

3 PEDRAJAS MORENO, A.: “La enfermedad profesional: concepto y manifestaciones”, *Revista de Justicia Laboral*, n. 37, 2009, [versión digital], págs. 15-36.

4 España. Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

5 FERRANDO GARCÍA, F. M.: “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n. 161, 2014 [versión digital], págs. 81-112.

6 FERRANDO GARCÍA, F. M.: “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, op. cit. págs. 81-112.

2.1.2. La silicosis como enfermedad profesional en el sector de la pizarra

La enfermedad profesional por antonomasia en el sector pizarrero es la silicosis. “La silicosis, término derivado del latín *sílex* (pedernal), es quizá la enfermedad ocupacional más antigua dentro del grupo de las nemoconiosis, pudiendo existir incluso en el paleolítico (...) Este tipo de enfermedad ocupacional resulta por la inhalación repetida de polvo de sílice (SiO₂) o cristales de cuarzo”⁷ que son depositados en los pulmones causando fibrosis y problemas respiratorios. Además, esta patología puede darse asociada con silicotuberculosis, otras infecciones, enfermedades autoinmunes, complicaciones locales, respiratorias y carcinogénicas⁸.

Si bien es una enfermedad que muestra un descenso en el diagnóstico de nuevos casos, existiendo una tendencia a la baja entre el año 2003 y el 2007, a partir del 2010 la tendencia es al alza. El Instituto Nacional de Silicosis destaca el abundante diagnóstico de silicosis en trabajadores activos y el aumento de los casos de silicosis complicada en la primera revisión médica, así como una mayor prevalencia en trabajos con roca ornamental (granito y pizarra) y marmolerías (conglomerados de cuarzo)⁹.

La pizarra se extrae en canteras al aire libre y posteriormente se cortan, tallan y pulen en naves de elaboración. El trabajo en la cantera se desarrolla en los frentes de arranque, realizándose al aire libre y utilizando diversos tipos de maquinaria. Las categorías profesionales de estos trabajadores son: palista de cargadoras y retrocargadoras, conductores de dumpers, barrenistas de carros perforadores y sondas, barrenistas con martillos manuales, operarios que controlan los hilos diamantados, y encargados de cantera. Por su parte, la elaboración y transformación de la pizarra se lleva a cabo en el interior de naves cubiertas. Los operarios que en ellas trabajan desempeñan las

7 ABÚ-SHAMS, P; FANLO, P.; LORENTE, M. P.: “Silicosis”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, vol. 28, n. extraordinario 1, 2005 [versión digital], pág. 84.

8 ABÚ-SHAMS, P; FANLO, P.; LORENTE, M. P.: “Silicosis”, op. cit., pág. 87. En el mismo sentido, DELGADO GARCÍA, D. D.: “Silicosis: Controversy in detection”, *Revista de medicina y seguridad del trabajo*, n. 60 (234), enero-mazo 2014 [versión digital], págs. 4-8.

9 LÓPEZ AYLAGAS, B.; BOREN ALTÈS, E.; PUGET BOSCH, D.; COLOMINA CAPDERRÒS, L., “Silicosis declaradas en Mutua ASEPEYO (2011-2014)”, *Revista de la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo*, 2016, págs. 154-165.

categorías de: palistas, exfoliadores (lajadores) de rochones, serradores, labradores, distribuidores, cortadores (cizallistas), embaladores, operario de puente-grúa, carretilleros y encargados de nave¹⁰.

La exposición continuada al polvo de sílice procedente de la pizarra hace que muchos de los trabajadores de este sector terminen padeciendo silicosis, principalmente los exfoliadores de rochones, serradores, labradores y cortadores por ser los más expuestos a dicha sustancia así como por trabajar en un entorno cerrado lo que dificulta la ventilación.

El inevitable riesgo de contraer esta afección debido a las labores realizadas se ve incrementado por la falta de concienciación en el sector sobre esta problemática. Así, “si bien en otros tipos de minería, existe una cultura asentada en relación con los reconocimientos médicos de los trabajadores y la clasificación pulvígena de las labores, no ocurre lo mismo en este sector de la minería de las rocas ornamentales, en donde la existencia de la citada cultura va aumentando lentamente a medida que se van realizando estudios epidemiológicos y reconocimientos médicos por los organismos oficiales”¹¹. Probablemente contribuya a esta falta de concienciación el hecho de que generalmente exista un periodo de latencia de varios años entre la exposición al polvo de sílice y la exteriorización de la enfermedad, pudiendo incluso llegar a manifestarse con posterioridad a la finalización de la actividad laboral causante¹².

Esta falta de concienciación social sobre la gravedad de la exposición al sílice debe ser contrarrestada con unas medidas más severas y actualizadas que velen por la protección de la salud de los trabajadores. Sin embargo, “los organismos oficiales legitimados para

10 CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE EL MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, Y EL PRINCIPADO DE ASTURIAS (INSTITUTO NACIONAL DE SILICOSIS) Y LA PARTICIPACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA, *Memoria del estudio epidemiológico médico-técnico en trabajadores de pizarra de Galicia*, Instituto Nacional de Silicosis, Zona de Valdeorras (Ourense), diciembre 2007 [online] Disponible en: http://www.ins.es/documents/10307/10512/fichero73_1.pdf.

11 CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE EL MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, Y EL PRINCIPADO DE ASTURIAS (INSTITUTO NACIONAL DE SILICOSIS) Y LA PARTICIPACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA, *Memoria del estudio epidemiológico médico-técnico en trabajadores de pizarra de Galicia*, op. cit.

12 FERRANDO GARCÍA, F. M.: “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, op. cit., págs. 81-112.

exigir la adopción de medidas preventivas existentes en el mercado (...) temen que su actuación severa pueda llevar consigo el cierre de explotaciones o su deslocalización, trasladándolas a países del tercer mundo en los que todavía se puede envenenar impunemente..., y esa especie de chantaje tácito, de orden psicológico, opera como un freno”¹³.

Pese a todo, la preocupación del legislador español por la silicosis como enfermedad profesional viene de antiguo y queda patente con la promulgación, en plena Guerra Civil, del Decreto de 29 de abril de 1938 ¹⁴ del gobierno republicano en el que, habida cuenta de la suspensión de la entrada en vigor de la primera Ley de Enfermedades profesionales de 13 de julio de 1936¹⁵ debido a la situación política del país, se establece una protección aislada y específica de los trabajadores que padecen silicosis, convirtiéndose así en la primera enfermedad profesional en adquirir tal protección.

La persistencia de la silicosis como enfermedad profesional en la sociedad española llega hasta nuestros días, motivo por el que el legislador la declara como tal en la normativa vigente sobre enfermedades profesionales. Así, el RD 1299/2006 recoge la silicosis en el grupo 4 que corresponde a las enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados, agente A – polvo de sílice libre, sub-agente 01 – Silicosis. Esta norma relaciona esta patología con una serie de actividades, siendo las directamente relacionadas con el sector pizarrero: los trabajos en canteras, el tallado y pulido de rocas silíceas así como los trabajos de canterías.

13 BARROS ARIAS-CASTRO, G. y LANDÍN AGUIRRE, E.: “Problemática jurídica en torno a la silicosis desde la normativa general sobre prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *Diario La Ley*, n. 6561, Sección Tribuna, 2006 [versión digital], pág. 3.

14 España. Decreto, de 29 de abril de 1938, Gaceta de la República, n. 121, 1 de mayo de 1938, pp. 631 y ss.

15 España. Ley, de 13 de julio de 1936, de Enfermedades profesionales. Gaceta de Madrid, n. 197, 15 de julio de 1936, pp. 515 y ss.

2.2. INCAPACIDAD PERMANENTE POR SILICOSIS

2.2.1. Incapacidad permanente: concepto y modalidades

“La incapacidad permanente es una prestación económica que trata de cubrir la pérdida de rentas salariales o profesionales que sufre una persona, cuando estando afectada por un proceso patológico o traumático derivado de una enfermedad o accidente, ve reducida o anulada su capacidad laboral de forma presumiblemente definitiva”¹⁶.

El artículo 193 de la LGSS define la incapacidad permanente como “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.” No obstante, dicha definición legal debe ser matizada puesto que actualmente ni la doctrina¹⁷ ni la jurisprudencia¹⁸ exigen la existencia de un tratamiento prescrito previo. Incluso, la propia Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en la instrucción tercera de la Resolución de 27 de mayo de 2009, contempla la existencia de incapacidades permanentes no precedidas de una situación de incapacidad temporal¹⁹.

La exigencia de disminución o anulación de la capacidad laboral para el reconocimiento de una incapacidad permanente se considerará atendiendo al conjunto de lesiones,

16 ALCÁNTARA Y COLÓN, J. M.: “La problemática de la silicosis grado I, como determinante de la incapacidad permanente total. La silicosis en el sector del Silestone”, *Diario La Ley*, n. 8521, Sección Tribuna, 2015, p. 1.

17 GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C. M.: *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Comares, Granada, p. 31.

18 A título ejemplificativo, y tratando supuestos de seguridad social relativo al sector de la pizarra, STS de 29 de noviembre de 2017 (rec. 3092/2016); STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2012 (rec. 2024/2008); STSJ de Galicia de 6 de julio de 2015 (rec. 128/2014); STSJ de Galicia de 31 de mayo de 2012 (rec. 2024/2008).

19 España. Resolución de 27 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones en materia de cálculo de capitales coste y sobre constitución por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social del capital coste correspondiente a determinadas prestaciones derivadas de enfermedades profesionales.

enfermedades y secuelas que pueda padecer el trabajador, el ejercicio de qué actividades profesionales se ven afectadas por las dolencias y la afectación concreta que en cada individuo tiene y que puede variar de un trabajador a otro²⁰. Por lo tanto, “lo determinante conforme al precepto legal es la disminución o anulación de la capacidad laboral, no la de ganancia, que nada tiene que ver como factor determinante de la incapacidad permanente”²¹.

Sin embargo, a la hora de interpretar esta normativa, se hace necesario tener en cuenta los principios recogidos en la Constitución española en su artículo 41 al establecer que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”, el derecho a la integridad física recogido en el precepto 15, la obligación de los poderes públicos de fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales del artículo 40.1 y la protección a la salud recogida en el artículo 43. Así, cabría plantearse si no iría en contra de esos principios la denegación de una incapacidad permanente a una persona que padece una enfermedad profesional irreversible que la hace no apta para la actividad a la que se ha dedicado la mayor parte de su vida, con un bajo nivel cultural, formación profesional escasa y con una edad avanzada que dificulta seriamente su acceso a un mercado laboral cada vez de más difícil acceso; sobretodo, tratándose de una enfermedad como la silicosis que presumiblemente empeorará con el paso del tiempo pese a no continuar la exposición al agente desencadenante de la dolencia.

Además, “el obligar a un trabajador desprotegido, a continuar en su puesto de trabajo «envenenándose» un poquito más para llegar a adquirir una dosis de daño mayor suficiente para alcanzar la invalidez, sería cuasidelictivo pues supone una conducta consciente de originar un mal grave e irreversible, y una violación frontal de lo dispuesto en el art. 25.1 LPRL”²².

20 ROQUETA BUJ, R.: *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 24.

21 ALBERT EMBUENA, V. L.: *La capacidad permanente contributiva. Aspectos sustantivos y procesales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 58.

22 BARROS ARIAS-CASTRO, G. y LANDÍN AGURRE, E.: “Problemática jurídica en torno a la

La defensa de estos principios constitucionales tiene su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Galicia en la que reiteradamente se establece que ante la dolencia de silicosis simple, que por sí misma no supone una incapacidad permanente, se deberá reconocer la incapacidad permanente total de no ser posible la recolocación del trabajador en un puesto en el que no exista riesgo pulverígeno²³.

La clasificación de la incapacidad permanente se encuentra recogida en el artículo 194 de la LGSS. Sin embargo, en virtud de la disposición transitoria vigésima sexta del mismo texto normativo, este precepto no se encuentra en vigor al no existir las disposiciones reglamentarias a las que se refiere al apartado 3 del artículo 194. Por consiguiente, para la determinación de los distintos grados de incapacidad permanente se utilizará la redacción del artículo 194 de la LGSS recogida en la ya mencionada disposición transitoria vigésima sexta. Esta redacción fija los siguientes grados: incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez.

Antes del examen de las distintas modalidades de incapacidad permanente, se hace necesario el análisis del concepto “profesión habitual” en los supuestos de enfermedad profesional. Según el artículo 194 LGSS vigente, se entenderá como tal “aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine”. Por otra parte, el artículo 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969²⁴ acota el periodo de tiempo a los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez.

Sin embargo, esta definición no parece válida para las enfermedades profesionales como la silicosis que suponen un periodo de latencia grande, pudiendo aparecer la

silicosis desde la normativa general sobre prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, op. cit., pág. 4.

23 A modo ejemplificativo, STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2018 (rec. 4574/2017).

24 España. Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

sintomatología de la misma incluso varios años después del cese de la actividad profesional, cabiendo la posibilidad de que el trabajador se encontrase ocupado en otro sector productivo que no implique el contacto con el polvo de sílice. A este respecto se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia número 4871/2018 afirmando que “determinadas situaciones que en una aplicación literal de la norma reglamentaria deberían conducir a considerar como habitual la profesión ejercida durante los doce meses anteriores a la incapacidad temporal o a la solicitud de las prestaciones de incapacidad permanente, escapan, sin embargo, de los fines de protección de la norma reglamentaria, de ahí que, utilizando el criterio finalista, nada debería impedir atender a profesiones anteriores cuando las circunstancias fácticas concurrentes permitan descartar radicalmente la existencia de manipulación en el cambio de profesión”²⁵.

Así, la Sala consideró oportuna esta interpretación flexibilizadora ya que “calificar como profesión habitual del trabajador demandante la de autónomo de comercio ejercida apenas un corto espacio de tiempo en los doce meses anteriores a la solicitud de las prestaciones de incapacidad permanente, generaría una clara situación de iniquidad cuando lo padecido es una enfermedad profesional de larga latencia, como es la silicosis, causada durante el ejercicio de una profesión peligrosa, peligrosa o tóxica (sic.) cuál es la desempeñada por el trabajador demandante en el sector de la pizarra durante más de 21 años sin tacha de profesionalidad y que se ha abandonado y a la que no se ha podido reincorporar por motivos ajenos a su propia voluntad. Lo más lógico en este caso, además de lo más justo, es acudir a la profesión en la cual se han generado las dolencias por aplicación del criterio fijado para los accidentes en el artículo 194.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 2015”²⁶.

En cuanto a los grados de incapacidad permanente, son desarrollados en los puntos 3, 4, 5 y 6 del artículo 194 de la LGSS así como en el artículo 12 de la Orden de 15 de abril de 1969. Según estos preceptos, la incapacidad permanente parcial es la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución en su rendimiento

25 STSJ de Galicia de 7 de diciembre de 2018 (rec. 2784/2018).

26 STSJ de Galicia de 7 de diciembre de 2018 (rec. 2784/2018) op.cit.

normal para dicha profesión. Sin embargo, existen discrepancias entre ambas normas puesto que la de 1969 exige una disminución del sesenta por ciento de su capacidad de ganancia mientras que la LGSS fija el porcentaje mínimo en el treinta y tres por ciento del rendimiento normal del trabajador, siendo el porcentaje de la LGSS el aplicable por ser la norma de rango mayor.

La capacidad permanente total supone la inhabilitación para la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Por su parte, se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Finalmente, se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

2.2.2. Grados de silicosis y su valoración de cara a una posible incapacidad permanente

Como ya se indicó anteriormente, los informes médicos son cruciales a la hora de diagnosticar la existencia de una enfermedad profesional así como la gravedad de la misma. Para esta labor los médicos se regirán por sus conocimientos técnicos y se fundamentarán en criterios estándar elaborados por la comunidad científica que establecen baremos para determinar, de la forma más objetiva posible, la repercusión de las dolencias en la capacidad laboral del paciente. Sin embargo, existe una pluralidad de criterios diferentes que genera una falta de uniformidad de los resultados de la valoración, hecho que propicia el conflicto en cuanto a la calificación de la contingencia y a la determinación de su gravedad, siendo necesaria su resolución en sede judicial²⁷.

Para la determinación de la incapacidad laboral por enfermedad profesional por silicosis existe un amalgama de normas, algunas de ellas incluso preconstitucionales²⁸ que

27 F.M. FERRANDO GARCÍA, “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, op. cit., págs. 81-112.

28 Las principales normas serían Orden de 9 de mayo de 1962 que aprueba el Reglamento del Decreto

dificultan la aplicación armonizada y generan inseguridad jurídica. Se trata de una suerte de “legislación de «collage» en la que, en vez de existir normativas completas que solucionen los problemas de una forma sistemática y bajo la rúbrica adecuada, se va legislando a base de «ocurrencias» o parcheando con modificaciones urgentes deslocalizadas que, fuera de contexto, van dando respuesta a aspectos puntuales, modificaciones que muchas veces pasan desapercibidas incluso para los especialistas (...), sin una técnica de derogaciones explícitas que clarifique esa selva de posibles preceptos todavía vivos, pertenecientes a diferentes familias legislativas con fuerzas interiores irreconciliables o principios contradictorios y de imposible coexistencia”²⁹. En este sentido recientemente se manifestó el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) realizando un análisis pormenorizado de la diversa legislación aplicable a la incapacidad profesional derivada de una silicosis simple, mostrando las diversas contradicciones entre las disposiciones normativas y la necesidad de que esta situación se vea solventada³⁰.

No obstante, para el encuadre de las diversas manifestaciones de la enfermedad de silicosis dentro de una de las categorías de incapacidad permanente destaca la Orden de 15 de abril de 1969³¹, cuyo artículo 45 recoge las normas particulares para la silicosis, diferenciando las dolencias en silicosis de primer, segundo y tercer grado.

El artículo 45 de la Orden de 15 de abril de 1969 delimita el primer grado de silicosis para los supuestos de silicosis definida y típica que por sí misma no cause ninguna disminución en la capacidad para el trabajo. En principio, este nivel de afección no tendría la consideración de situación constitutiva de invalidez. En estos términos se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de junio de

792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de Fallecidos por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; Orden de 15 de abril de 1969 que establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social; Ley General de la Seguridad Social.

29 BARROS ARIAS-CASTRO, G. y LANDÍN AGUIRRE, E.: “Problemática jurídica en torno a la silicosis desde la normativa general sobre prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, op. cit., pág. 3.

30 STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de mayo de 2019 (rec. 2330/2018).

31 España. Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

2018³² al declarar que la silicosis simple que padece el trabajador no es constitutiva de incapacidad permanente total.

Sin embargo, esta afección leve de silicosis podría ser constitutiva de una incapacidad permanente de concurrir con otras enfermedades, lo que supondría la equiparación a la silicosis de segundo grado (de existir bronconeumopatía crónica, cardiopatía orgánica o cuadro de tuberculosis sospechoso de actividad o lesiones residuales de esta etiología) o incluso al tercer grado (de concurrir con afecciones tuberculosas que permanezcan activas).

Si en la determinación de toda enfermedad profesional son relevantes los informes médicos, en el supuesto de concurrencia de silicosis con tuberculosis activa éstos son esenciales ya que la diferencia entre la equiparación con el segundo grado de silicosis (y por tanto de una incapacidad permanente total) o con el tercero (correspondiéndole una incapacidad permanente absoluta) se ciñe a la determinación de la actividad como residual o no. El concepto “residual” es amplio y da lugar a subjetividades. Esto, sumado a la inexistencia de criterios médicos uniformes para la determinación de tal concepto, permite la concurrencia informes médicos en un sentido y en el opuesto respecto al mismo trabajador. De suceder esto, será necesario acudir a la vía judicial para que los tribunales, a través de un proceso de individualización de las particularidades del caso concreto y atendiendo a la sana crítica, resuelvan este conflicto.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia se ha tenido que pronunciar al respecto en diversas ocasiones como, por ejemplo, en su sentencia número 7195/2015³³ donde reconoce la capacidad permanente total por considerar residual la tuberculosis pulmonar de una mujer que trabajaba como embaladora-cortadora de pizarra o, más recientemente, en su sentencia de 31 de mayo de 2019³⁴ en la que el tribunal considera equiparable a la silicosis de segundo grado el cuadro clínico consistente en silicosis

32 STSJ de Galicia de 8 de junio de 2018 (rec. 1071/2018).

33 STSJ de Galicia de 11 de diciembre (rec. 3158/2014).

34 STSJ de Galicia de 31 de mayo de 2019 (rec. 475/2019).

simple, infección latente de tuberculosis y trastorno depresivo de un labrador de pizarra.

Pese a que el artículo 45 de la Orden de 15 de abril de 1969 establece que la silicosis en primer grado solo supone una incapacidad si ésta concurre con una serie de enfermedades, la jurisprudencia³⁵, mediante una interpretación flexibilizadora del conjunto de normas relativas a esta materia en consonancia con los principios recogidos en nuestra carta magna, viene a reconocer la situación de incapacidad permanente total siempre que no exista la posibilidad de una reubicación del trabajador dentro de la empresa en un puesto en el que no haya exposición al polvo de sílice. De este modo, se aplicaría el artículo 48 de la Orden de 9 de mayo de 1962 del que, en una interpretación amplia en consonancia con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo para otras enfermedades profesionales, podría desprenderse que “cuando la enfermedad profesional padecida, cual es el caso, presenta carácter irreversible, inhabilitando para el desempeño de cualquier puesto de trabajo para la categoría profesional ostentada por el trabajador, resulta evidente que procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total y el abono de la pensión correspondiente”³⁶. Respecto a esa inexistencia de un puesto de trabajo, no se puede exigir la prueba negativa a la empresa dado que sería diabólica³⁷ lo que no es óbice para que se deban presentar todos los elementos disponibles necesarios para convencer al tribunal sobre tal inexistencia.

A raíz de esta línea argumental, cabe sopesar si tiene sentido la existente dualidad de exigencias respecto a medidas de salud laboral para los trabajadores con silicosis simple y los trabajadores sanos. Así, al considerar que una persona con silicosis de primer grado no es apta para trabajar en un lugar debido a la existencia de polvo de sílice en suspensión que agravaría la dolencia que ya le ha creado, también se debería de entender que esa situación laboral tampoco es apta para los trabajadores sanos puesto que previsiblemente correrán con la misma suerte. Es por ello que “es necesario establecer unas medidas de prevención objetivas que garanticen la salud de los

35 En este sentido, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de julio de 2019 (rec. 560/2019); STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2018 (rec. 5261/2017); STSJ de Galicia de 11 de enero de 2018 (rec. 3878/2017).

36 STS de 11 de junio de 2001 (rec. 4570/1999).

37 STSJ de Galicia de 22 de noviembre de 2011 (rec. 3671/2011).

trabajadores, tanto los sanos como los que padeciendo la enfermedad, no están limitados para trabajar”³⁸.

Por otro lado, de existir un puesto en la empresa en el que no exista riesgo pulvígeno o de tener el trabajador una profesión diferente a la generadora del daño y que no suponga peligro para su salud, se atenderá al tenor literal del artículo 45 de la Orden de 15 de abril de 1969, no reconociéndose incapacidad permanente alguna. En este sentido es interesante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia número 4871/2018 de 7 de diciembre³⁹ en la que debe pronunciarse sobre la existencia de incapacidad permanente total de un trabajador que sufre silicosis de primer grado derivada de su antigua profesión en el sector de la pizarra pero su actividad actual es la de autónomo de comercio. El trabajador pretende la incapacidad defendiendo que de no extender a su caso la interpretación jurisprudencial del artículo 48 de la Orden de 9 de mayo de 1962, se produciría una desigualdad censurada en el artículo 14 de la Constitución Española entre los trabajadores a los que se les diagnosticó la enfermedad cuando aún trabajaban en el sector frente a los que ya no. Sin embargo, la Sala descartó tales argumentos por entender que “la aplicación extensiva de la anterior doctrina judicial no es admisible al no haber un módulo de comparación válido para aplicar el principio de igualdad pues si bien es cierto que a quienes trabajan se les considera incapacitados permanente en el grado de total si no hay puesto compatible con su estado en la empresa, no es menos cierto que si no lo hay, no se les reconoce ningún grado de incapacidad permanente.”

Además, en dicha sentencia el tribunal también se tiene que pronunciar respecto de la posibilidad de declarar al trabajador en situación de incapacidad permanente parcial debido a las mayores dificultades de acceder éste a un empleo en su profesión habitual. Esta posibilidad también es rechazada por el tribunal al entender que “el acogimiento de la pretensión subsidiaria de incapacidad permanente en el grado de parcial (...) sería tanto como que los jueces nos arrogáramos la posición de legisladores cambiando el sentido de la norma”. De esta sentencia así como del artículo 45 de la Orden de 15 de abril de 1969 queda patente la imposibilidad de declaración de incapacidad permanente

38 ALCÁNTARA Y COLÓN, J. M.: “La problemática de la silicosis grado I, como determinante de la incapacidad permanente total. La silicosis en el sector del Silestone”, op. cit., pág. 8.

39 STSJ de Galicia de 7 diciembre de 2018, op. cit.

parcial de los trabajadores del sector de la pizarra adolecidos de silicosis.

Por otro lado, el segundo grado de silicosis se encuentra regulado en el artículo 45.2 de la Orden de 15 de abril de 1969 que engloba dentro de la misma “los casos de silicosis definida y típica que inhabiliten al trabajador para desempeñar las tareas fundamentales de su profesión habitual”. Además, indica que "tendrá la consideración de situación constitutiva de invalidez permanente y se equipará al de incapacidad total para la profesión habitual”. Se trata, pues, de una dolencia agravada siendo aquí también determinantes los informes médicos para la determinación de la silicosis como típica o definida.

Además, siguiendo la línea de lo establecido para la silicosis de primer grado, se prevé una equiparación con la silicosis de tercer grado de concurrir con afecciones tuberculosas que permanezcan activas.

Por último, el mayor grado de silicosis es el tercero y comprende los supuestos en los que la enfermedad se manifieste al menor esfuerzo físico, resultando incompatible con todo trabajo. Esta afección tendrá la consideración de situación constitutiva de invalidez permanente y se equipará al de incapacidad absoluta para todo trabajo. Por tanto, el artículo 45.3 de la Orden de 15 de abril de 1969, al igual que pasa con la incapacidad permanente parcial, no contempla la gran incapacidad derivada de la enfermedad profesional de silicosis. Asimismo, teniendo en cuenta lo desarrollado previamente, se puede afirmar que la existencia de afecciones tuberculosas activas supondrán la equiparación con el tercer grado de silicosis independientemente de la gravedad de la silicosis en sí misma.

3. IMPUTACIÓN DEL PAGO DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE

3.1. EL CAMBIO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA COBERTURA DE LAS CONTINGENCIAS DERIVADAS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

Con anterioridad al 1 de enero de 2008, a la hora de determinar la responsabilidad

prestacional de las pensiones derivadas de una incapacidad permanente existía una clara diferenciación entre si éstas estaban generadas por una enfermedad profesional o un accidente laboral. Así, le correspondía a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional a la que estaba asociado el empleador el pago de las derivadas de accidentes laborales y al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) las que tenían su fundamento en una enfermedad profesional⁴⁰.

Sin embargo, esta situación cambia radicalmente el 1 de enero de 2008 debido a la entrada en vigor de la Ley 51/2007, de 27 de diciembre⁴¹ que modificó los artículos 68.3,a), 87.3 y 201, apartados 1 y 3 de la LGSS suprimiendo la diferencia entre contingencias causadas por enfermedad profesional y por accidente laboral, pasando las primeras a ser también responsabilidad directa de la Mutua a la que está asociado el empleador.

A hora de determinar cual es la entidad responsable del pago de las contingencias en el supuesto de los accidentes de trabajo es fácilmente identificable qué Mutua cubre esa pensión: la responsable en el momento que tiene lugar el hecho causante, es decir, el accidente. Sin embargo, a raíz del cambio referente a las enfermedades profesionales, surge la problemática relativa a la determinación de la entidad responsable del pago de estas pensiones ya que en muchas ocasiones estas enfermedades se manifiestan de manera progresiva, existiendo un periodo de latencia, por lo que “sus consecuencias de inhabilitación para el trabajo o de muerte del afectado pueden tener lugar, a veces, en momentos muy alejados de su origen (en los casos en los que esta vinculación puede probarse), habiendo el sujeto atravesado incluso otras situaciones protegidas por la Seguridad Social (tales como el desempleo o la jubilación)”⁴². Puesto que la normativa existente no fija ningún criterio de imputación en estos casos, deberá ser la

40 Para una mayor profundización sobre la evolución del sistema de pensiones derivado de enfermedades profesionales véase: MORENO PUEYO, M. J.: “Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 168, 2014, págs. 127-156.

41 España. Ley 51/2007, de 27 de diciembre de 2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

42 BARCELÓN COBEDO, S.: “Responsabilidad de las mutuas de accidentes de trabajo en relación con las pensiones derivadas de enfermedad profesional”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, n. 9-10, 2014, págs. 249-258.

jurisprudencia la encargada de cubrir este vacío legal.

La primera vez que, tras la entrada en vigor de la Ley 51/2007, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la imputación del pago de las contingencias derivadas de una enfermedad profesional es en la sentencia de 15 de enero de 2013⁴³. En ella, el alto tribunal debe manifestarse sobre la imputación del pago de la pensión que corresponde a un trabajador al que en el año 2011 se le reconoce la incapacidad permanente absoluta por enfermedad profesional ya que padece silicosis derivada del servicio prestado como picador en minas de carbón desde el año 1969 hasta 1998, pasando posteriormente a percibir prestaciones por desempleo y después situación de alta por Convenio Especial. En el periodo comprendido entre 1969 hasta 1998 el trabajador presta servicios para tres empresas diferentes, cada una con una mutua distinta.

El Tribunal Supremo partirá de dos elementos para basar su decisión: “uno es la identidad existente entre las contingencias profesionales -accidente de trabajo y enfermedad profesional-, para imponer la técnica del aseguramiento, derivada del concepto que se asume del hecho causante. El otro es el hecho de que las instrucciones administrativas de la Seguridad Social no constituyen norma jurídica, sino un acto administrativo recogido en el art. 21 de la LRJ-PAC, por lo que carecen de todo valor normativo o reglamentario aún para el caso de que fuesen objeto de publicación oficial en el BOE”⁴⁴.

Así, el Tribunal Supremo utiliza la doctrina que había usado para la determinación de la entidad aseguradora responsable en los accidentes de trabajo⁴⁵ y entiende que, *mutatis mutandis*, también cabe su aplicación para el caso de enfermedad profesional⁴⁶. Por tanto, el pago de la pensión corresponderá a la entidad que asegurase la contingencia en

43 STS de 15 de enero de 2013 (rec. 1152/2012).

44 Traducción propia de: DE CASTRO MEJUTO, L. F.: “As enfermidades profesionais e as mutuas colaboradoras da Seguridade Social. Alcance da responsabilidade”, *Anuario da Facultade de Ciencias do Traballo*, n. 7, 2016 [versión digital], p. 285.

45 Doctrina creada por la STS de 1 de febrero de 2000 (rec. 200/1999).

46 DE CASTRO MEJUTO, L. F.: “A vueltas con el hecho causante en las enfermedades profesionales. Comentario a una sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* [versión digital], n. 17, 2013, p. 663.

el momento de exposición al polvo de sílice y no en el momento en que se manifiesta la enfermedad o en el que se declara la incapacidad permanente. De este modo, como todo el periodo laboral en el que el trabajador estuvo expuesto a sílice fue anterior al 2008, el Tribunal Supremo imputó la responsabilidad del pago de la prestación de incapacidad permanente por enfermedad profesional al INSS.

El Tribunal Supremo al establecer esta jurisprudencia desoyó lo dispuesto en la Resolución de 27 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, la cual determina que “la responsabilidad de las prestaciones corresponderá a la entidad gestora o mutua que tuviera la cobertura de las contingencias profesionales en el momento del cese en el último puesto de trabajo en el que existiese riesgo de la enfermedad profesional que motivase la incapacidad permanente”⁴⁷. El tribunal fundamenta su postura reiterando el criterio consolidado de que las instrucciones administrativas no son normas jurídicas y carecen de valor reglamentario pese a haber sido publicadas en el Boletín Oficial del Estado ya que se trata del criterio de la Administración que puede o no ser conforme a derecho y que no puede imponerse al criterio del órgano judicial⁴⁸.

3.2. LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES

Si bien la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013 soluciona la dicotomía entre el momento de generación de la enfermedad y el de manifestación del mismo, no resuelve la cuestión de la imputación del pago en el supuesto de que varias entidades hayan asegurado al trabajador durante el periodo de exposición al agente tóxico. “Se nos plantea entonces una alternativa: elegir como responsable a la última en asegurar o a las que lo fueron a lo largo de la vida laboral en la que se estuvo fraguando la enfermedad insidiosa que la silicosis representa”⁴⁹.

47 España. Resolución de 27 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social por la que se dictan instrucciones en materia de cálculo de capitales coste y sobre constitución por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social del capital coste correspondiente a determinadas prestaciones derivadas de enfermedades profesionales.

48 BARCELÓN COBEDO, S.: “Responsabilidad de las mutuas de accidentes de trabajo en relación con las pensiones derivadas de enfermedad profesional”, op. cit.

49 STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de enero de 2018 (rec. 1382/2017).

Para este problema la mayor parte de jurisprudencia⁵⁰ entiende que la solución más justa es la de la responsabilidad compartida en proporción al tiempo de exposición al riesgo asegurado. Esto es así ya que, desde su punto de vista, no sería razonable imputar la totalidad de la responsabilidad en el pago de la prestación a quien no aseguraba el riesgo ni por él percibía cotización alguna durante buena parte del tiempo de exposición al polvo de sílice⁵¹. Además, de no estimarse de este modo, supondría un enriquecimiento injusto de las entidades que se hayan beneficiado de las cuotas del riesgo asegurado pero que, pese a haberse contraído la enfermedad, no deban responsabilizarse del pago de las contingencias⁵². Esta doctrina jurisprudencial se aplicará de igual modo tanto si concurre el INSS con una o varias mutuas como si todas las entidades aseguradoras son mutuas⁵³.

La jurisprudencia también se pronuncia respecto a los documentos que se deben utilizar para el cómputo del porcentaje correspondiente a cada entidad. Así, entiende que no debe de estarse a los documentos oficiales de cotización ya que “aquí no se cuestiona la cotización del trabajador, sino el tiempo de exposición del mismo al riesgo de contraer la enfermedad profesional”⁵⁴ sino a todos aquellos medios probatorios que permitan determinar el tiempo de exposición. Por consiguiente, si bien los documentos oficiales de cotización pueden servir a fin de probar la duración de la exposición, no deben considerarse un medio de prueba determinante, pudiendo tenerse en cuenta otras pruebas como por ejemplo el informe de vida laboral del trabajador.

Este mismo criterio de atribución de responsabilidades entre las aseguradoras según el tiempo de exposición al riesgo también se aplica en los supuestos en que una misma persona haya trabajado en varias profesiones con riesgos pulvígenos diferentes

50 Entre otras, STSJ de Galicia de 8 de marzo de 2016 (rec. 1593/2015); STSJ de Galicia de 30 de enero de 2018 (rec. 4012/2017); STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2018 (rec. 4315/2017); STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2018 (rec. 4818/2017); STSJ de Galicia de 24 de enero de 2017 (rec. 3024/2016); STSJ de Galicia de 19 de enero de 2018 (rec. 3149/2017).

51 STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2018 (rec. 4342/2017).

52 STSJ de Galicia de 19 de febrero de 2018 (4404/2017).

53 STSJ de Galicia de 23 de enero de 2018 (rec. 3547/2017).

54 STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de julio de 2019 (rec. 352/2019).

causantes de la misma enfermedad. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 27 de abril de 2011 al afirmar que “si partimos de un hecho probado bien establecido sobre el periodo de aseguramiento de cada una de ellas (y con la salvedad de aquellos supuestos excepcionales en los que se demuestre la concurrencia de circunstancias especiales que permitan tener por acreditado que la enfermedad proviene de un determinado periodo de exposición y aseguramiento), la solución lógica consiste en repartir entre todas ellas el importe de la prestación en proporción a su tiempo respectivo de aseguramiento”⁵⁵.

Pese a la existencia de la jurisprudencia asentada sobre el reparto proporcional al tiempo asegurado, el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social en varias ocasiones⁵⁶ han recurrido sentencias dictadas en este sentido defendiendo la tesis de que debe ser la última entidad aseguradora la responsable del gasto. Para ello acuden al recurso de casación para unificación de doctrina alegando la existencia de sentencias contradictorias entre la sentencia recurrida (que falla la imputación proporcional del pago en función del tiempo asegurado) y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón número 153/2015⁵⁷.

Esta sentencia resuelve el caso de un trabajador que fallece debido a una enfermedad profesional derivada de la exposición al amianto; estando aseguradas las contingencias derivadas de enfermedad profesional primero por el INSS y posteriormente por una mutua. El tribunal resuelve imputando el pago de las prestaciones de muerte y supervivencia a la mutua basándose en la declaración de hechos probados dictada en primera instancia. El Juzgado de lo Social de Zaragoza declaró como probado que no necesariamente hubo de contraerse la enfermedad profesional con anterioridad a enero del 2008 ya que el periodo de exposición al riesgo se alargó hasta su jubilación en 2009 (afirmación realizada pese a llevar trabajando en la empresa desde 1962).

Pese a lo fallado por esta sentencia, el Tribunal Supremo considera que no existen tales

⁵⁵ STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de abril de 2011 (rec. 630/2011).

⁵⁶ A modo de ejemplo, STS de 29 de noviembre de 2017 op. cit.; STS de 5 de julio de 2017 (rec. 1966/2016); STS de 13 de febrero de 2018 (rec. 2920/2016).

⁵⁷ STSJ de Aragón de 18 de marzo de 2015 (rec. 108/2015).

sentencias contradictorias por no coincidir los hechos más relevantes, esto es, por afirmar las sentencias recurridas que el riesgo a contraer la enfermedad existe con anterioridad y con posterioridad a enero del 2008 mientras que la Sentencia del TSJ de Aragón afirma que no necesariamente hubo de contraerse la enfermedad con anterioridad a esa fecha. Por consiguiente, el Tribunal Supremo falló la denegación del recurso de casación para la unificación de doctrina por no existir contradicción. Pese a ello, en estas sentencias el tribunal muestra su conformidad con la tesis de la imputación proporcional del pago para los supuestos en que exista riesgo durante un periodo de tiempo asegurado por varias entidades diferentes.

El problema de base está en la declaración de hechos probados puesto que, teniendo en cuenta la presunción *iuris et de iure* de la causalidad existente entre la actividad laboral ejercida y la enfermedad profesional contraída⁵⁸, no cabría una interpretación según la cual la actividad ejercida durante unos años no sea causante de la enfermedad profesional. Además, considerando que las enfermedades profesionales derivadas de la exposición a un agente (ya sea al amianto o al polvo de sílice) tienen un periodo de latencia amplio que hace que la enfermedad tarde incluso años en manifestarse, no es posible determinar ni probar el momento exacto de generación de la enfermedad. Por consiguiente, la declaración de hechos del juzgado de lo Social de Zaragoza podría decir de igual modo que no necesariamente se tiene que haber generado el riesgo en el periodo posterior al uno de enero de dos mil ocho.

4. LA REVISIÓN DE LOS GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADOS DE SILICOSIS

El encuadre de la enfermedad un trabajador dentro de un grado concreto de silicosis y de su correspondiente incapacidad no supone una categorización definitiva sino que puede ser revisada posteriormente. De este modo, “toda resolución inicial o de revisión por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente estará sujeta a una posible revisión, siempre que concurra alguna de las causas dispuestas legalmente y

⁵⁸ Véase apartado 2.1.1. de este texto.

se respete el plazo prescrito en la propia resolución”⁵⁹. De esta revisión quedarían al margen las resoluciones administrativas denegatorias de la solicitud inicial de incapacidad permanente.

En virtud del artículo 200 de la LGSS, las causas para que se pueda proceder a la revisión de una declaración de incapacidad son: agravamiento, mejoría, error de diagnóstico y la realización por parte del pensionista de un trabajo por cuenta ajena o propia incompatible con el estado del beneficiario.

Para que se pueda realizar dicha revisión, este precepto establece la obligación de que toda resolución por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, haga constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Por consiguiente, “tanto en el caso de revisión por mejoría como por agravación, el proceso se inicia porque superado el plazo prescrito, se produce una modificación en el estado incapacitante del beneficiario que resulta de tal entidad que conduce a una corrección del grado de incapacidad inicialmente reconocido”⁶⁰.

No obstante lo anterior, el plazo fijado en la resolución no operará si el pensionista de incapacidad permanente ejerce cualquier trabajo, ya sea por cuenta ajena o propia, o en los supuestos de error de diagnóstico, pudiéndose llevar a cabo la revisión en cualquier momento siempre que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima de jubilación (momento en que la pensión de incapacidad permanente pasa a denominarse pensión de jubilación).

En el caso concreto de la incapacidad permanente por silicosis, la revisión por mejoría es altamente improbable debido al carácter irreversible de la dolencia y al deterioro progresivo que suele causar en la salud de quienes la padecen.

59 MOLERO MARAÑÓN, M. L.: “A propósito de la incapacidad permanente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 8, 2005, p. 7.

60 MOLERO MARAÑÓN, M. L.: “A propósito de la incapacidad permanente”, op. cit., p. 9.

Al contrario, la causa más común de revisión es por agravación de la enfermedad. Reiterada jurisprudencia exige para que se acuerde la modificación del grado de incapacidad permanente por agravación la concurrencia de una serie de requisitos: no haber cumplido la edad mínima de jubilación; el empeoramiento de las dolencias o que, por la concurrencia de éstas con otras aparecidas con posterioridad, el cuadro clínico del trabajador sea más grave que cuando se le reconoció el grado de invalidez permanente que se pretende modificar; así como hecho de que el deterioro revista entidad cualitativa en el sentido de que la actual situación patológica integre un nuevo y superior grado invalidante⁶¹.

Con respecto a la revisión por error de diagnóstico, “se habrá de acreditar una equivocación médica por los Equipos de Valoración de Incapacidades sobre las lesiones o dolencias que sufre el beneficiario, sin que pueda entrar en esta causa el error en la incidencia de la capacidad laboral del trabajador por la enfermedad que padece”⁶².

Finalmente, en cuanto a la revisión por ejercicio laboral del beneficiario de la prestación de incapacidad, hay que diferenciar entre los distintos grados de incapacidad así como su compatibilidad con el trabajo. La incapacidad permanente total, al estar referida a la profesión habitual admite la compatibilidad con las actividades profesionales desempeñadas en un trabajo diferente para el que fue declarado incapaz. En cambio, la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio, haciendo, por tanto, incompatible dicho el ejercicio laboral con la percepción por dicha incapacidad⁶³.

La imputación del pago de la prestación en los supuestos de revisión e incapacidad permanente se rige por las mismas normas que si tal revisión no hubiese tenido lugar. Sin embargo, en este punto surge una problemática propia ya que, pese a que actualmente existe una jurisprudencia consolidada que aboga por el reparto de la

61 El cumplimiento de estos requisitos para la revisión de la incapacidad permanente en el sector de la pizarra es examinado por ejemplo en las STSJ de Galicia de 29 de marzo de 2019 (rec. 4303/2018) y STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2019 (rec. 4478/2018).

62 MOLERO MARAÑÓN, M. L.: “A propósito de la incapacidad permanente”, op. cit. p. 12.

63 <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/44539/45982> [consultado el 29 de diciembre de 2019].

responsabilidad del pago de las contingencias derivadas de una enfermedad profesional, los meses (incluso años) siguientes a la entrada en vigor de la Ley 51/2007, de 27 de diciembre, no se tenía tan claro cómo se debía interpretar la misma. Esta situación llevó a algunas entidades a asumir el pago de la totalidad de las contingencias cuando según la posterior jurisprudencia deberían de haberlo hecho sólo en una proporción o incluso que no se deberían de haber hecho responsables.

Está claro que, en virtud de la doctrina de los actos propios, una vez asumido el pago por una entidad, ésta debe ser consecuente y continuar con el pago del mismo. Sin embargo, surge la cuestión de si la doctrina de los actos propios también se aplicaría a la diferencia derivada de la modificación de una incapacidad permanente absoluta en total o si, por el contrario, cabría el reparto proporcional de la diferencia. Sobre esta cuestión la jurisprudencia⁶⁴ considera que al no haber cambio de contingencia (ya que es la misma enfermedad profesional que se ve agravada), atendiendo a la doctrina de los actos propios, la entidad responsable del abono de la prestación inicial de incapacidad permanente total debe continuar siendo la responsable del abono de la posterior prestación de incapacidad permanente absoluta.

5. CONCLUSIONES

La materia objeto de estudio se encuentra regulada en un amalgama de normas dispersas e incluso contradictorias que obligan a la jurisprudencia a solventar los problemas que ello causa y a cubrir numerosas lagunas jurídicas. Por ello, urge la creación de una nueva normativa que abarque todos los aspectos relacionados con incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional incluyendo también las especificidades relativas a la silicosis. Esto conllevaría la mejora de la protección del trabajador y una mayor seguridad jurídica.

También se hace necesario exigir medidas de protección de la salud laboral más efectivas para garantizar la menor exposición al polvo de sílice posible. En este sentido se debe atender tanto a los medios técnicos, como a las políticas de concienciación tanto

⁶⁴ Entre otras, TSJ de Galicia de 10 de abril de 2018 (rec. 5075/2017) y STSJ de Galicia de 8 de mayo de 2019 (rec. 4679/2018).

a los empresarios como a los trabajadores, como a métodos de vigilancia y sanción en caso de incumplimiento.

El reparto proporcional del pago de contingencias derivadas de incapacidad permanente por enfermedad profesional es la solución más justa y coherente con la normativa existente. No obstante, no debería de solucionarse esta cuestión por la vía judicial ya que tanto el INSS como las Mutuas dependen del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social por lo que a través de un eficaz desempeño de sus competencias debería establecer los criterios de imputación de responsabilidad así como unos procedimientos para solucionar los conflictos asumidos por los entes tutelados. De este modo, además de descargar de trabajo a los tribunales, cuando no se discute el derecho a la prestación, la cuantía o los efectos de la misma, también se evitaría involucrar al beneficiario de la prestación puesto que en sede judicial debe ser demandado para constituir la relación jurídica procesal.

Finalmente, cabe destacar la importancia de los informes médicos y de las pruebas periciales al respecto puesto que serán la base principal de toda defensa jurídica. Especial consideración merece su importancia a la hora de determinación del grado de silicosis puesto que la normativa actual parte de conceptos amplios e indefinidos que sumados a una falta de homogeneidad de los criterios médico-legales existentes, convierten muchas veces este punto en el elemento clave para la defensa de una modalidad de incapacidad frente a otra.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABÚ-SHAMS, P; FANLO, P.; LORENTE, M. P.: “Silicosis”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, vol. 28, n. extraordinario 1, 2005 [versión digital]
- ALBERT EMBUENA, V. L.: *La capacidad permanente contributiva. Aspectos sustantivos y procesales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017
- ALCÁNTARA Y COLÓN, J. M.: “La problemática de la silicosis grado I, como determinante de la incapacidad permanente total. La silicosis en el sector del Silestone”, *Diario La Ley*, n. 8521, Sección Tribuna, 2015
- BARCELÓN COBEDO, S.: “Responsabilidad de las mutuas de accidentes de trabajo en relación con las pensiones derivadas de enfermedad profesional”, *Aranzadi Social*.

Revista Doctrinal, n. 9-10, 2014,

- BARROS ARIAS-CASTRO, G. y LANDÍN AGUIRRE, E.: “Problemática jurídica en torno a la silicosis desde la normativa general sobre prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *Diario La Ley*, n. 6561, Sección Tribuna, 2006 [versión digital]

- DE CASTRO MEJUTO, L. F.: “A vueltas con el hecho causante en las enfermedades profesionales. Comentario a una sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* [versión digital], n. 17, 2013

- DE CASTRO MEJUTO, L. F.: “As enfermidades profesionais e as mutuas colaboradoras da Seguridade Social. Alcance da responsabilidade”, *Anuario da Facultade de Ciencias do Traballo*, n. 7, 2016 [versión digital]

- FERRANDO GARCÍA, F. M.: “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n. 161, 2014 [versión digital]

- GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C. M.: *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Comares, Granada, p. 31.

- Instituto Nacional de Silicosis, *Estudio epidemiológico médico-técnico en trabajadores de pizarra de Galicia, zona de Valdeorras (Orense)*, diciembre 2007 (http://www.ins.es/documents/10307/10512/fichero73_1.pdf).

- LÓPEZ AYLAGAS, B.; BOREN ALTÈS, E.; PUGET BOSCH, D.; COLOMINA CAPDERRÒS, L., “Silicosis declaradas en Mutua ASEPEYO (2011-2014)”, *Revista de la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo*, 2016

- MOLERO MARAÑÓN, M. L.: “A propósito de la incapacidad permanente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 8, 2005, p. 7.

- MORENO PUEYO, M. J.: “Pensiones de enfermedad profesional: el conflicto entre Mutuas e INSS”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 168, 2014

- PEDRAJAS MORENO, A.: “La enfermedad profesional: concepto y manifestaciones”, *Revista de Justicia Laboral*, n. 37, 2009, [versión digital]

- ROQUETA BUJ, R.: *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000

7. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Reconocimiento de incapacidad permanente sin incapacidad temporal previa a trabajadores del sector de la pizarra:

- STS de 29 de noviembre de 2017 (rec. 3092/2016)
- STSJ de Galicia de 6 de julio de 2015 (rec. 128/2014)
- STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2012 (rec. 2024/2008)
- STSJ de Galicia de 31 de mayo de 2012 (rec. 2024/2008).

Reconocimiento de incapacidad permanente total a un trabajador que tiene silicosis de primer grado pero es imposible la recolocación en un puesto de trabajo sin riesgo pluvígeno:

- STS de 11 de junio de 2001 (rec. 4570/1999)
- STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de julio de 2019 (rec. 560/2019)
- STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2018 (rec. 5261/2017)
- STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2018 (rec. 4574/2017)
- STSJ de Galicia de 11 de enero de 2018 (rec. 3878/2017)
- STSJ de Galicia de 22 de noviembre de 2011 (rec. 3671/2011)

Determinación como profesión habitual la del sector de la pizarra pese a no ser la ejercida durante los doce meses anteriores pero no declaración de incapacidad permanente total con silicosis simple ya que su actual puesto de trabajo no supone riesgo pluvígeno:

- STSJ de Galicia de 7 de diciembre de 2018 (rec. 2784/2018)

Análisis de la principal normativa reguladora de la incapacidad permanente por silicosis y sus contradicciones:

- STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de mayo de 2019 (rec. 2330/2018)

Silicosis de primer grado no constitutiva de incapacidad permanente:

- STSJ de Galicia de 8 de junio de 2018 (rec. 1071/2018)

Silicosis de primer grado equiparable al segundo grado por concurrencia con otras enfermedades:

- STSJ de Galicia de 31 de mayo de 2019 (rec. 475/2019)
- STSJ de Galicia de 11 de diciembre de 2015 (rec. 3158/2014)

Revisión de la incapacidad permanente:

- STSJ de Galicia de 29 de marzo de 2019 (rec. 4303/2018)
- STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2019 (rec. 4478/2018)

Imputación de la responsabilidad del pago de las contingencias derivadas de enfermedad profesional a la entidad aseguradora durante la exposición al riesgo:

- STS de 15 de enero de 2013 (rec. 1152/2012)

Determinación de la entidad aseguradora responsable en los accidentes de trabajo:

- STS de 1 de febrero de 2000 (rec. 200/1999)

Reparto proporcional de la responsabilidad por enfermedad profesión según el tiempo asegurado:

- STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de julio de 2019 (rec. 352/2019)
- STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de enero de 2018 (rec. 1382/2017)
- STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de abril de 2011 (rec. 630/2011)
- STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2018 (rec. 4818/2017)
- STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2018 (rec. 4342/2017)
- STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2018 (rec. 4315/2017)
- STSJ de Galicia de 19 de febrero de 2018 (4404/2017)
- STSJ de Galicia de 30 de enero de 2018 (rec. 4012/2017)
- STSJ de Galicia de 23 de enero de 2018 (rec. 3547/2017)
- STSJ de Galicia de 19 de enero de 2018 (rec. 3149/2017)
- STSJ de Galicia de 24 de enero de 2017 (rec. 3024/2016)
- STSJ de Galicia de 8 de marzo de 2016 (rec. 1593/2015)

Recurso de casación para unificación de doctrina respecto al reparto proporcional de la responsabilidad:

- STS de 13 de febrero de 2018 (rec. 2920/2016)
- STS de 29 de noviembre de 2017 (rec. 3092/2016)
- STS de 5 de julio de 2017 (rec. 1966/2016)

Sentencia imputación pago directo a la última entidad aseguradora:

- STSJ de Aragón de 18 de marzo de 2015 (rec. 108/2015)

Doctrina de los actos propios en los supuestos de revisión y modificación de la incapacidad permanente:

- STSJ de Galicia de 8 de mayo de 2019 (rec. 4679/2018)
- TSJ de Galicia de 10 de abril de 2018 (rec. 5075/2017)