

RJ 2005\6134

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 27 abril 2005

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 998/2004.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

UNIFICACION DE DOCTRINA: inexistencia de contradicción; incapacidad total: profesión habitual: segunda actividad.

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 998/2004) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de fecha 27-01-2004, del TSJ del País Vasco, dictada en autos promovidos por don Juan contra el recurrente y otra, sobre incapacidad permanente total.*

Texto:

En la Villa de Madrid, a veintisiete de abril de dos mil cinco.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Dña. Rosario Leva Esteban, contra la sentencia dictada en recurso de suplicación, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 27 de enero de 2004 ( AS 2004, 624 ) , (autos núm. 20/2003), sobre INVALIDEZ. Son parte recurrida Don Julián representado y defendido por Dña. Ana María Villadangos Alonso y la Diputación Foral de Bizkaia representada por el Procurador D. Julián del Olmo Pastor y defendida por el Letrado D. Santiago Aranzadi Martínez de Inchausti.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha dictado la sentencia impugnada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 16 de abril de 2003, por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao, entre los litigantes indicados en el encabezamiento, siendo también parte demandada en la instancia la TGSS, sobre invalidez.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es el siguiente:

«I.-El actor, D. Julián, MAYOR DE EDAD, con DNI núm. NUM000, nacido el 4-6-42, afiliado a la Seguridad Social RG núm. NUM001, ostenta la categoría de Cabo de Extinción de Incendios, siendo su puesto el de Sargento de Prevención del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento de la Diputación Foral de Bizkaia.

II.-El actor inició una situación de IT el 11-7-01 por lumbalgia, solicitando el 19-10-01 pensión de invalidez. Tramitado el correspondiente expediente, se resolvió que debía continuar tratamiento. Recurrido judicialmente el 7-6-02, se dictó sentencia desestimatoria.

III.-Iniciado nuevo expediente el 27-9-02, con fecha 14-10-02 se emitió IMS, el 17-10-02 Informe Propuesta del EVI y el 21-10-02 Resolución denegatoria de la Dirección Provincial del INSS por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

IV.-El actor presenta el siguiente cuadro residual: Exploración de columna lumbar: Dolor a la palpación de espinosas de L4-L5, contractura paravertebral lumbar. Movilidad muy limitada en todos los ejes de movimiento y realizada en bloque. Actitud antialgica con lateralización dch. Retracción intensa de isquiritibiales. Maniobras de irritación radicular + bilaterales, marcha posible de talones. No amiotrofias. Exploración de rodillas del roce artrósico femorapatelar bilateral. No choque. Balance articular limitado en los últimos grados por algias. Informe de RMN de columna lumbar de 4-4-2001: Discartrosis generalizada con cambios degenerativos severos de interapofisarias y sendas protrusiones circunferenciales discales L4-L5 y L5-S1. Pinzamientos foraminales moderados L4-L5 bilateral y L5-S1 izq.

Rx CC: Rectificación de la curvatura cervical. CDL: Signos degenerativos con osteofitos en cara anterior de columna lumbar. Informe de EMG-Mano derecha: Datos compatibles con afectación del n.cubital derecho en codo. Informe del Traumatólogo de SVS de 13-9-2002: Grave artrosis en CC.CD y CL. Tratamiento con acufenos y vértigos.

Audiometría (25-04-2002): Hipocausia neurosensorial bilateral sin tratamiento con acufenos y vértigos.  
Audiometría (25-04-2002): Umbral auditivo promedio en frecuencias conversacionales

-Oído derecho: 48 dB

-Oído izquierdo: 39 dB.

Umbral auditivo en 4.000 HZ:

-Oído derecho: 90 dB

-Oído izquierdo: 60 dB.

V.-El actor tiene asignado, como Sargento de Prevención del Servicio de Extinción y Salvamento, las siguientes funciones:

"A.-Actividades de impartición de formación y entrenamiento en la utilización de Equipos de protección Respiratoria para el personal de la Sección de Extinción de Incendios, tanto en prácticas de campo como en las charlas teóricas en aula.

B.-Actividades de impartición de formación y entrenamiento en la utilización de Equipos de Intervención con Mercancías Peligrosas para el personal de la Sección de Extinción de Incendios, tanto en prácticas de campo como en las charlas teóricas en aula.

C.-Acciones de mantenimiento, supervisión y control de la operatividad de estos equipos; tanto de los Equipos de Protección Respiratoria como de los Equipos de Protección Química.

D.-Intervención en siniestros en los que se le solicite su colaboración y apoyo. Tanto siniestros de incendio como de intervención Química o Salvamento.

E.-Movilización como conductor del vehículo articulado de entrenamiento con Equipos de Protección Respiratoria, conduciendo y trasladando el mismo al lugar donde se necesite.

En el desempeño de estas funciones, que se desarrollan en el campo de entrenamiento, parques de bomberos y otros lugares del exterior donde se producen siniestros o simulaciones de los mismos, se presentan unas circunstancias que hacen necesario utilizar equipos y materiales de seguridad. Como monitor de formación, participa en las prácticas de simulación de intervenciones, velando por la seguridad de los participantes, utilizando el mismo equipamiento y situándose en las mismas condiciones; atmósferas contaminadas, falta de visibilidad, altas temperaturas, paso por lugares angostos y traslado de cargas que en ocasiones equivalen al peso de una persona,... etc. ...". Debe utilizar en práctica de intervenciones o en intervenciones, un equipo de protección personal y equipo autónomo de respiración sujeto la espalda de unos 14 kgs., también, en ocasiones, utiliza equipo de protección mercancías peligrosas de 7 kgs., y maneja equipos de extinción. Como parte del entrenamiento, es preciso manejar una unidad móvil de entrenamiento, que se traslada sobre un remolque pesado articulado, conducido por una cabeza tractora. También se dedica a la reparación y mantenimiento de equipos.

VI.-La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 1.797,64 euros.

VII.-Se ha agotado la vía de la reclamación previa».

El fallo de la sentencia de instancia es del siguiente tenor: « FALLO: Que estimando la demanda presentada por D. Julián contra Diputación Foral Bizkaia, INSS y Tesorería General de la Seguridad Social, declaro al actor afecto a una Incapacidad Permanente Total calificada, con derecho a la percepción de una pensión equivalente al 55%, incrementada en un 20%, de una base reguladora de 1.797,64 euros, con fecha de efectos 21-10-02, condenando a la Entidad Gestora a su reconocimiento y abono, y al resto a estar y pasar

por dicha declaración».

**SEGUNDO** El relato de hechos probados de la sentencia de instancia ha sido mantenido íntegramente en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, hoy recurrida en unificación de doctrina ( AS 2004, 624 ) , siendo la parte dispositiva de la misma del siguiente tenor literal: « FALLAMOS: Que desestimamos el recurso de suplicación formulado en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de fecha dieciséis de abril de dos mil tres, dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de los de Bilbo-Bilbao en el proceso 20/03 seguido ante ese Juzgado y en el que también han sido parte don Fermín, la Excelentísima Diputación Foral de Vizcaya-Bizkaioku foru Aldundia y la Tesorería General de la Seguridad Social y confirmamos la misma».

**TERCERO** La parte recurrente considera contradictoria con la impugnada en el caso la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 14 de marzo de 2000. La parte dispositiva de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: « FALLAMOS: Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Emilio contra la sentencia de fecha 9 de abril de 1999 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Bilbao en autos 562/98 sobre prestación de Seguridad Social seguidos a instancias del recurrente contra la Mutua Vizcaya Industrial, el Ayuntamiento de Bilbao, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y, en consecuencia, CONFIRMAMOS la resolución impugnada en todos sus términos».

**CUARTO** El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de 31 de marzo de 2004. En él se alega como motivo de casación al amparo del art. 221 de la Ley de Procedimiento Laboral ( RCL 1995, 1144, 1563 ) , contradicción entre la sentencia reseñada en el antecedente de hecho anterior y la ahora impugnada en el caso. Alega también el recurrente infracción de los arts. 137.4 y 136 de la Ley General de la Seguridad Social ( RCL 1994, 1825 ) , en relación con los arts. 131 y siguientes de la Ley del Parlamento vasco 1/96, de 3 de abril ( RCL 1996, 1717 y LPV 1996, 183 ) de Protección Civil. Finalmente alega quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

El recurrente ha aportado la preceptiva certificación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que considera contradictoria a los efectos de este recurso.

**QUINTO** Por Providencia de 14 de abril de 2004, se tuvo por personado e interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Pasados los autos al Magistrado Ponente, se admitió a trámite el recurso. Personadas las partes recurridas, Diputación Foral de Bizkaia y D. Julián, les fue efectuado el correspondiente traslado del recurso, al que contestaron en escritos de fecha 9 de junio de 2004 y 21 de julio de 2004.

**SEXTO** Trasladadas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar improcedente el recurso. El día 20 de abril de 2005, previamente señalado al efecto, tuvieron lugar la votación y el fallo de la presente resolución.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre la extensión del concepto de «profesión habitual» que, de acuerdo con los artículos 137 y 139 de la Ley General de la Seguridad Social ( RCL 1994, 1825 ) (LGSS) y concordantes, determina la calificación de la invalidez permanente en varios de sus grados: incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total e incapacidad permanente total cualificada.

Es el planteado en este recurso un problema jurídico de interpretación y aplicación de normas legales, que, como ha señalado nuestra sentencia de 12 de febrero de 2003 ( RJ 2003, 3311 ) , debe distinguirse del de la fijación y valoración por parte de los órganos jurisdiccionales de las lesiones o dolencias invalidantes. Tales operaciones de fijación o valoración de lesiones invalidantes afectan a hechos singulares y circunstanciales, resultando por ello de muy difícil acceso a la unificación de doctrina. Ello no ocurre en la identificación y catalogación de las actividades principales o secundarias que corresponden a los distintos oficios o profesiones que existen en el sistema productivo, donde la igualdad sustancial de hechos fundamentos y pretensiones exigida en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral ( RCL 1995, 1144, 1563 ) como requisito de procedibilidad puede concurrir o no, pero resulta, en principio, más factible.

El tema concreto que se nos plantea en este recurso de casación unificadora es si la profesión de bombero, tal como efectivamente se desenvuelve en la práctica social y tal como se encuentra definida en las

disposiciones sobre actividades y cualificaciones profesionales, comprende o no las tareas o cometidos que, en los servicios de prevención y extinción de incendios, se conocen con el nombre de «segunda actividad». De acuerdo con las previsiones de determinadas normas autonómicas (en el caso, Ley del Parlamento Vasco 1/1996 [ RCL 1996, 1717 y LPV 1996, 183] de protección civil), tales tareas de «segunda actividad» de los servicios de prevención y extinción de incendios consisten exclusiva o principalmente en el desempeño de labores administrativas o técnicas que no exigen el especial despliegue de habilidad y esfuerzo físicos que caracterizan los cometidos específicos de los bomberos.

**SEGUNDO** La sentencia recurrida ha llegado a la conclusión de que en el caso enjuiciado procede el reconocimiento al asegurado de la pensión de incapacidad permanente total. El tema de la «segunda actividad» se planteó por la entidad gestora en el recurso de suplicación, pero la Sala, a la hora de resolver, hizo abstracción de él. La referida posición del tribunal de suplicación se adopta teniendo en cuenta dos circunstancias fácticas. Por un lado, no constaba que la entidad empleadora (Diputación foral de Vizcaya) tuviera puestos de trabajo disponibles de estas características. Y por otro lado, tampoco se acreditaba en el relato de hechos probados que la «segunda actividad», técnica o administrativa y no «operativa», en los servicios de prevención y extinción de incendios fuera ofrecida al asegurado o que éste manifestara su disposición a desempeñarla.

Figura, en efecto, en el hecho probado 5º que las tareas realizadas por el actor son sola y exclusivamente las propias de la profesión de bombero y las específicas de la categoría profesional desempeñada por el mismo de «sargento de prevención» del servicio de extinción de incendios y salvamento; entre ellas, la intervención en siniestros, la participación en simulaciones de siniestros y salvamentos, la conducción de vehículo articulado y el entrenamiento práctico en condiciones ambientales difíciles y particularmente exigentes (atmósferas contaminadas, falta de visibilidad, altas temperaturas, paso por lugares angostos, traslado de cargas, etc.).

De acuerdo con la apreciación de la Sala de suplicación, que confirma la sentencia del Juzgado de lo Social, las limitaciones auditivas y las dolencias artrósicas degenerativas en la espalda padecidas por el asegurado, que se detallan en el hecho probado 4º, no le permitían el desempeño de tales tareas de la profesión de bombero en condiciones mínimas de seguridad y eficacia.

No se olvida en el razonamiento de la sentencia recurrida que «no cabe identificar», a los efectos de calificación de los grados de la incapacidad permanente, «profesión habitual con puesto de trabajo habitual ni con categoría» profesional. En este punto la resolución impugnada no se aparta de la doctrina jurisprudencial en la materia de la que son exponentes, entre otras, las sentencias de esta Sala de 17 de enero de 1989 ( RJ 1989, 259) y la ya citada de 12 de febrero de 2003 ( RJ 2003, 3311) (Rº 861/2002); de acuerdo con la primera de ellas «la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional»; y esta consolidada jurisprudencia inspira también con toda evidencia a la segunda sentencia citada, cuando afirma que la profesión habitual «permite su ejercicio en empleos o puestos distintos, pero propios del mismo grupo profesional, en el sentido que lo define el art. 22.2. del Estatuto de los Trabajadores ( RCL 1995, 997) ». Sin perjuicio de esta premisa doctrinal, la sentencia recurrida no ha considerado la inclusión o no en la profesión habitual de bombero de la «segunda actividad» de los trabajadores de los servicios de prevención y extinción de incendios porque tal hipotética operación de movilidad funcional o de modificación de la función laboral no se ha planteado, ni ejercitado, y ni siquiera consta que fuera posible en el caso.

**TERCERO** La sentencia aportada para comparación con la recurrida trata también sobre la procedencia o no de la declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual de bombero, y de la atribución de la pensión correspondiente a un asegurado, llegando a la conclusión de que no procedían ni una ni otra. La entidad empleadora era en esta sentencia de contraste el Ayuntamiento de Bilbao; y el asegurado un bombero que había sufrido dos accidentes de trabajo que le produjeron determinadas secuelas. En esta situación se acordó por el trabajador y/o por el Ayuntamiento (sin que conste en hechos probados el acto o procedimiento concreto de formalización del acuerdo) el paso a la «segunda actividad», para el desempeño de cometidos profesionales concernientes a la conservación y difusión en el medio escolar de material educativo relacionado con el servicio de prevención de incendios. Según la normativa autonómica aplicable, el paso a la segunda actividad supone que el trabajador mantiene el derecho a las retribuciones básicas de la profesión de bombero.

Es obvio, a la vista de las consideraciones anteriores, que las circunstancias concurrentes en la sentencia de contraste sobre el paso del asegurado a la «segunda actividad» no se dan en la sentencia recurrida. Y, si bien se mira, estas diferentes circunstancias son determinantes no sólo de la distinta solución adoptada en

las sentencias comparadas, sino también de la propia cuestión concreta planteada en uno y otro caso.

En la sentencia impugnada, teniendo en cuenta que en ningún momento ha existido una posibilidad real y efectiva de desempeño «de segunda actividad», la cuestión a resolver es simplemente la capacidad o incapacidad del trabajador para el desarrollo de las tareas propias y específicas de su profesión habitual de bombero. En cambio, en la sentencia de contraste, donde se ha pasado a desempeñar la «segunda actividad» con mantenimiento de las retribuciones básicas de la anterior, sí ha habido ocasión para pronunciarse sobre si la misma se integra funcionalmente en el ámbito de la profesión de bombero. Así las cosas, la respuesta afirmativa que suministra la sentencia de contraste se produce en un contexto litigioso sustancialmente distinto al de la sentencia recurrida, al mediar en aquélla un acto que puede ser calificado bien de movilidad funcional, bien de modificación de funciones laborales.

La conclusión del razonamiento es que este proceso no brinda la ocasión para pronunciarse sobre si es o no acertado el criterio mantenido en la referida sentencia de contraste, pronunciamiento que dependerá ciertamente de que se opte por una u otra de las alternativas apuntadas (movilidad funcional / modificación de funciones laborales); si se sostiene que el paso a la segunda actividad es un simple acto de movilidad funcional (art. 39 ET [ RCL 1995, 997 ] ) el criterio mantenido por la sentencia de contraste será correcto; si se adopta la tesis contraria de que el paso a la segunda actividad desborda las facultades de movilidad funcional el pronunciamiento será el opuesto.

Conviene decir, de todas maneras, que, como señala el escrito de impugnación del asegurado, la legislación autonómica sobre protección civil (en el caso la Ley del Parlamento Vasco 1/1996 [ RCL 1996, 1717 y LPV 1996, 183 ] ), sin perjuicio de su fuerza legal de obligar en su específico ámbito competencial, ni se propone ni se puede proponer la delimitación o determinación de un concepto de la legislación del régimen público de la Seguridad Social -«la profesión habitual» a los efectos de graduación de la incapacidad permanente- que correspondería a una Ley de competencia exclusiva del Estado como es la Ley General de la Seguridad Social ( RCL 1994, 1825 ) , respecto de la cual a las comunidades autónomas se atribuye solamente «la ejecución de sus servicios» (art. 149.1.17 de la Constitución [ RCL 1978, 2836 ] ).

**CUARTO** La reseñada falta de identidad en los hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias comparadas nos impide, como se ha indicado, entrar en la cuestión de fondo, por lo que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, el recurso, que pudo ser inadmitido en trámite anterior del presente procedimiento casacional, debe ser desestimado en este momento de dictar sentencia.

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

## **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 27 de enero de 2004 ( AS 2004, 624 ) , en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 16 de abril de 2003 por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao, en autos seguidos a instancia de Don Julián, contra la Diputación Foral de Bizkaia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre INVALIDEZ.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, 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. Antonio Martín Valverde hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.