nº 36 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La calificación de la incapacidad permanente en la silicosis de primer grado

The qualification of permanent disability in first-degree silicosis

Antonio Mª Puerto Barrio
Médico inspector.
Doctor (biomedicina) por la Universidad de Extremadura.
Graduado en derecho.
https://orcid.org/0000-0003-0404-4644

Marta Tajadura Díez
Técnico Superior de la Seguridad Social.
Licenciada en derecho.
https://orcid.org/0009-0003-4822-760X

Cita Sugerida: PUERTO BARRIO, A.M. y TAJADURA DÍEZ, M.: «La calificación de la incapacidad permanente en la silicosis de primer grado». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 81-100.

Resumen

Los criterios para calificar una incapacidad permanente en el caso de trabajadores afectados por una silicosis vienen determinados por la 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. La evolución del ordenamiento jurídico, tanto en lo que se refiere a materia de incapacidad como a prevención de riesgos laborales, requiere que se revisen esos criterios especiales de valoración al menos en lo que se refiere a la silicosis de primer grado, para la cual la regulación de 1969 excluía la posibilidad de calificar una incapacidad permanente, previendo únicamente el cambio de puesto de trabajo y, en el caso de imposibilidad del mismo, la extinción de la relación laboral protegida por un subsidio de desempleo de especiales características.

La vía interpretativa ha sido la que ha posibilitado la calificación de una incapacidad permanente, si bien a costa de incorporar al proceso de calificación elementos ajenos al binomio actividad laboral – capacidad funcional, alterando para esta concreta enfermedad el eje vertebrador del sistema de calificación de la incapacidad en España. El análisis que se efectúa concluye que tal artificio interpretativo no es necesario, y además, supone un tratamiento diferenciado injustificado, y por tanto discriminatorio, en relación con el que se dispensa a otras enfermedades.

Palabras clave

Enfermedad profesional; evaluación de la invalidez; silicosis

Abstract

The criteria for qualifying for a permanent disability in the case of workers affected by silicosis are determined by the Order of 15 April 1969, which establishes rules for the application and development of disability benefits in the General Social Security Scheme. The evolution of the legal system, both in terms of disability and prevention of occupational hazards, requires that these special assessment criteria be reviewed at least in terms of first-degree silicosis, for which the 1969 regulation excluded the possibility of qualifying for permanent disability, providing only for a change of job and, in the event of its impossibility, the termination of the employment relationship protected by a special unemployment benefit. The interpretative route has made it possible to qualify for permanent disability, although at the cost of incorporating elements from outside the work – functional capacity binomial into the qualification process, altering the backbone of the disability qualification system in Spain for this specific disease. The analysis that is carried out concludes that such interpretative artifice is not necessary, and in addition, it implies an unjustified differentiated treatment, and therefore discriminatory, in relation to that which is dispensed for other diseases.

Keywords

Occupational disease; disability assessment; silicosis

Fecha Recepción: 22/5/2023 - Fecha Revisión: 1/7/2023 - Fecha Aceptación: 1/7/2023
Pags. 81-100

1. LA SILICOSIS: EL RESURGIR DE UNA ENFERMEDAD PROFESIONAL

La silicosis, una enfermedad pulmonar crónica y progresivamente incapacitante, se produce como consecuencia de la inhalación de polvo mineral que contiene sílice cristalina. Se trata de una enfermedad profesional (EP) tradicionalmente ligada a actividades mineras, si bien en los últimos años se ha podido constatar en España un incremento muy significativo en su incidencia en relación con actividades relacionadas con la manufactura de piedra natural, pero sobre todo de piedra sintética a base de aglomerados de cuarzo que, en relación con otras piedras de origen natural, contienen elevadas proporciones de sílice (un 90% en estos aglomerados sintéticos frente a un 30% en el granito o un 5% en el mármol)[1].

Estos aglomerados de cuarzo, que aparecen en los años 90 como alternativas (más estéticas) para la fabricación de encimeras de cocina y baño, se trabajan desde su presentación inicial, en forma de tableros, mediante recortado y pulido de las piezas para darles la forma requerida, desprendiéndose en estas operaciones cantidades importantes de polvo mineral con elevado contenido en sílice cristalina. Para minimizar la emisión de polvo es preciso recurrir a medidas técnicas de control de riesgo como la realización de las tareas de corte y mecanizado con técnica húmeda, el empleo de máquinas de baja velocidad, la utilización de sistemas de extracción localizada de polvo y el empleo de mecanismos de aspiración en la zona de generación. Se trata con ello de disminuir la concentración de sílice por debajo de los valores límite de exposición profesional que se consideran de riesgo. Además, se puede disponer de equipos de protección individual incluso aunque la concentración de sílice en aire esté por debajo de los límites precitados[2].

El riesgo de contraer la enfermedad se relaciona con la intensidad de la exposición al polvo de sílice respirable, exposición a cuya cuantificación podemos aproximarnos a través de la denominada "dosis acumulada", que refleja la concentración de sílice libre (expresada en mg/m3) a la que se ha estado expuesto multiplicada por el número de años de exposición. Sin embargo, se detecta que en algunos individuos la relación dosis respuesta no se cumple; en unos casos por una especial susceptibilidad a dosis bajas y en otros por alta resistencia a dosis elevadas[3], y, por tanto, si bien se dispone de una reglamentación que determina los niveles máximos de polvo de sílice cristalina

[1] Menéndez-Navarro A, Cavalin C, García-Gómez M, Gherasim A. *La remergencia de la silicosis como enfermedad profesional en España, 1990-2019 [The re-emergence of silicosis as an occupational disease in Spain, 1990-2019.]*. Rev Esp Salud Publica. 2021 Aug 25;95:e202108106. Spanish. PMID: 34429394. https://www.sanidad.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL95/ORIGINALES/RS95C_202108106.pdf. Accedido mayo 2023.
Describen los autores una auténtica "reemergencia" caracterizada por el rápido aumento de casos causada por exposición a polvo mineral con elevado contenido en sílice, aumento que se produce, en especial, en actividades relacionadas con la fabricación, mecanizado e instalación de productos fabricados a partir de aglomerados de cuarzo.

[2] Solans Lampurlanés X, Freixa Blanxart A, Goberna Ortiz R, Moreno Hurtado JJ, Oubiña Albaladejo A. *Aglomerados de cuarzo: medidas preventivas en operaciones de mecanizado. NTP 890.* Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Disponible en http://www.itpshi.es/documents/jornada_silicio/compactos_cuarzo_%20NTP_890w.pdf.
Accedido 14/07/2022.
Las medidas preventivas deben mantenerse tanto en el taller como en los lugares donde, como consecuencia de las actividades de montaje, sea preciso realizar manipulaciones que generen polvo mineral en el lugar de la obra.

[3] Blanco Pérez JJ, Ruíz Rincón C, Cerdeira Rodríguez L. *Inhalación de sílice y sus efectos en la salud.* Pneuma, 2012: 8 (1): 16 – 23. Explican los autores que una menor concentración disminuye, para el mismo tiempo de exposición, la dosis acumulada, lo que se asocia con un riesgo inferior de desarrollar la enfermedad. Pero no con un riesgo nulo.

en el medio laboral[4], lo cierto es que tales límites no eliminan por completo el riesgo de contraer la enfermedad[5].

La disponibilidad de un sistema de vigilancia de la salud que determina la obligatoriedad de los reconocimientos médicos para los trabajadores expuestos a riesgos significativos de EP[6] está permitiendo la detección de formas precoces de silicosis[7], identificándose un colectivo de trabajadores afectados por la enfermedad pero que, en estas fases iniciales, se encuentran asintomáticos. En este colectivo, en el que el diagnóstico es de silicosis simple (no complicada) las indicaciones médicas son muy claras: debe evitarse la exposición al polvo de sílice. Pero en lo que se refiere a la valoración, desde el punto de vista de la existencia o no de incapacidad permanente (IP) en estos casos, la situación no está tan clara, debatiéndose si estos trabajadores deben ser reubicados en puestos exentos de riesgo o si, por el contrario, tienen derecho a una prestación económica por IP en grado de total.

[4] Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. BOE Núm. 124 (24/05/1997). Orden TED/723/2021, de 1 de julio, por la que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria 02.0.02 "Protección de los trabajadores contra el riesgo por inhalación de polvo y sílice cristalina respirables", del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera. BOE Núm. 163 (09/07/2021). Desde el 1 de enero de 2022, está en vigor el límite 0,05 mg/m3 de polvo respirable de sílice cristalina (exposición diaria). El paso de considerar la sílice como agente químico a su actual consideración como agente carcinógeno ha conllevado la disminución de los niveles de exposición permitidos por la norma española, que mejora (es más restrictiva) el límite de 0,1 mg/m3 para 8 horas de trabajo contenidos en la Directiva (UE) 2019/130 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de enero de 2019, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo. DOUE Núm. 30 (31/12/2019). El control de estas concentraciones es más difícil cuando la exposición se produce, por ejemplo, en tareas de montaje en obra (fuera del taller), lugares en los que, además, la maquinaria que se emplea puede no ser la óptima en lo que se refiere a la minimización de la cantidad de polvo generado en las distintas operaciones a realizar sobre la piedra.

[5] Fernández Álvarez R, et al. *Normativa para el diagnóstico y seguimiento de la silicosis*. Archivos de Bronconeumología, 2015; 51 (2): 86-93.

[6] Así se impone por el art. 243 del TRLGSS – 2015. Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, apruebe el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Se produce en este punto una conexión muy particular entre la legislación en materia de Seguridad Social y la que regula la prevención de riesgos laborales. Si bien la vigilancia de la salud es, con carácter general, voluntaria para el trabajador (art. 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales -LPRL- ; BOE núm. 269 de 10/11/1995), en el caso de la silicosis, al tratarse de una EP, encontramos que la legislación en materia de Seguridad Social impone la obligatoriedad del reconocimiento al verificarse una de las excepciones a esa voluntariedad que ya se prevén en la LPRL (podrán ser obligatorios, entre otros casos, cuando esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad).

[7] En particular, en lo que se refiere a la silicosis, este sistema de reconocimientos obligatorios para los trabajadores expuestos al polvo de sílice se remonta en España ya a 1941. La Orden de 7 de marzo de 1941, por la que se dictan normas para la prevención e indemnización de la silicosis como enfermedad profesional, BOE Núm. 77 (18/03/1941) ya señalaba en su art. quinto la obligatoriedad de tales reconocimientos, de cuyo resultado, de acuerdo con el dictamen médico, se hacía depender la continuidad del trabajador en la industria o, en el caso de apreciarse lesión "y según el grado de enfermedad", serían los obreros trasladados dentro de la misma industria a otros trabajos exentos de riesgo o cesarán en la misma, pudiendo, en su caso, quedar inhabilitados para trabajar en la distintas industrias causantes de neumoconiosis. De acuerdo con las bases II y III de la Ley de 13 de julio de 1936, de bases de enfermedades profesionales, Gaceta de Madrid Núm. 197 (15/07/1936), la declaración de una incapacidad permanente para el trabajo conllevaría la obligación indemnizatoria del patrono, que, de acuerdo con la Base V, tendría obligación de asegurar el riesgo de enfermedad profesional conforme a lo preceptuado en la Ley de Accidentes de Trabajo. Esta misma Ley ya establecía, desde 1936, la obligatoriedad de tales reconocimientos en el ámbito genérico de las enfermedades profesionales, si bien la Guerra Civil hizo que tal previsión fuese más virtual que real, sin que se pudiera llegar a promulgar el texto articulado.

2. ASPECTOS MÉDICOS SOBRE LA SILICOSIS Y LA DISCAPACIDAD ASOCIADA: SILICOSIS COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL

La afectación pulmonar característica de la silicosis se produce como consecuencia de la inhalación de partículas de sílice, de 1 a 2 mm de diámetro, que alcanzan los alvéolos pulmonares. Una vez allí, desencadenan una serie de reacciones que conducen a la formación de nódulos de 2 a 5 mm, que pueden alcanzar incluso 1 cm, nódulos que se visualizan mediante radiografía convencional o, mejor, mediante tomografía computarizada ("escáner" o "TAC") de alta resolución, y cuya presencia conduce al diagnóstico de silicosis simple. En esta fase de la enfermedad todavía no se detectan síntomas como la disnea ("dificultad respiratoria") y la intolerancia al esfuerzo físico, que son característicos en fases más avanzadas de la enfermedad[8].

La silicosis complicada, o fibrosis masiva progresiva, constituye una fase posterior en el avance de la enfermedad. Los nódulos silicóticos aumentan de tamaño y confluyen para formar opacidades de bordes irregulares y de tamaño superior a 1 cm. El tejido pulmonar es sustituido por tejido fibroso que, además, destruye la estructura del pulmón, quedando por tanto comprometida la capacidad ventilatoria y conduciendo el cuadro clínico hacia la insuficiencia respiratoria.

Una característica esencial de la silicosis es su carácter irreversible; una vez instaurada la enfermedad, no cabe esperar mejoría de esta, sino, en todo caso, progresión. Es el ritmo de progresión el que puede ser variable, si bien está claro que, el mantenimiento de la exposición al polvo de sílice acelerará ésta, motivo por el cual, la primera indicación tras el diagnóstico es evitar mantenerse expuesto al polvo de sílice, aunque la enfermedad puede progresar incluso en ausencia de más exposición a la sílice y sin que se disponga por el momento de un tratamiento eficaz[9].

Es sin duda esta inexistencia de tratamiento (dejando al margen el trasplante pulmonar, que más que un tratamiento para la enfermedad es la confirmación de que el daño pulmonar no ha podido ser revertido y que sólo estaría indicado en casos seleccionados con enfermedad muy avanzada[10]) una circunstancia que debe considerarse a la hora de determinar la capacidad laboral del trabajador afectado por una silicosis aun en sus fases más precoces (silicosis simple), ya que, al contrario de lo que ocurre con una EP en la que se cuente con un tratamiento más o menos eficaz y en la que sea preciso agotar el tratamiento antes de determinar si el trabajador puede o no continuar expuesto al agente causante (porque el tratamiento hace regresar las manifestaciones de la enfermedad), en el caso de la silicosis, como ocurre en otras neumoconiosis (la asbestosis, por ejemplo), de la afectación presente en el momento del diagnóstico no cabe esperar mejoría alguna, sino, por el contrario, progresión de la enfermedad. En especial, si se mantiene la exposición al agente causante.

Es preciso, además, tener en cuenta que la aparición de la enfermedad puede dilatarse en el tiempo y manifestarse, sea clínica o subclínicamente, incluso años después de haber cesado la exposición y de extinguirse la relación laboral en el marco de la cual tuvo lugar la exposición. En estos casos, y considerado el antecedente de la exposición, el trabajador continúa teniendo derecho a la vigilancia de la salud en relación con el antecedente de exposición, si bien la extinción de la relación laboral determina la extinción deber del empresario de asumir la obligación de esta vigilancia[11], que

[8] VV. AA. *Protocolo de vigilancia sanitaria específica. Silicosis*. Ministerio de Sanidad, 2020: pp. 20 - 23.

[9] Parker JE, Wagner GR. *Silicosis*. En: Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo OIT. Volumen I, Capítulo 10 Aparato respiratorio: 48 – 52.
https://www.insst.es/documents/94886/161958/Cap%C3%ADtulo+10.+Aparato+respiratorio. Accedido 18/07/2022.

[10] Redondo MT, Vaz M, Damas C. *End-stage silicosis and lung transplantation: A way forward. Rev Port Pneumol. 2014; 20 (6): 341*.
Señalan los autores que la silicosis, a pesar de los esfuerzos en materia preventiva, continúa siendo una enfermedad profesional extendida a lo largo del mundo para la que no se dispone de un tratamiento que haya demostrado eficacia. Algunos pacientes, en fases muy avanzadas de la enfermedad, podrían beneficiarse del trasplante pulmonar.

[11] San Martín Mazzucconi C. *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2004; 53: 181 - 202.

debe recaer en el Sistema Nacional de Salud, según se dispone en el art. 37. 3 e) del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención[12].

El vigente cuadro de EE. PP, aprobado por 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[13], recoge la silicosis como EP causada por inhalación de polvo de sílice en una serie de actividades:

Código EP	Trabajos expuestos a la inhalación de polvo de sílice libre, y especialmente
4A0101	Trabajos en minas, túneles, canteras, galerías, obras públicas.
4A0102	Tallado y pulido de rocas silíceas, trabajos de canterías.
4A0103	Trabajos en seco, de trituración, tamizado y manipulación de minerales o rocas.
4A0104	Fabricación de carborundo, vidrio, porcelana, loza y otros productos cerámicos, fabricación y conservación de los ladrillos refractarios a base de sílice.
4A0105	Fabricación y manutención de abrasivos y de polvos detergentes.
4A0106	Trabajos de desmoldeo, desbardado y desarenado en las fundiciones.
4A0107	Trabajos con muelas (pulido, afinado) que contengan sílice libre.
4A0108	Trabajos en chorro de arena y esmeril.
4A0109	Industria cerámica.
4A0110	Industria siderometalúrgica.
4A0111	Fabricación de refractarios.
4A0112	Fabricación de abrasivos.
4A0113	Industria del papel.
4A0114	Fabricación de pinturas, plásticos y gomas.

Tabla 1. Listado de trabajos expuestos al polvo de sílice según Anexo del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre.

En lo que se refiere a la terminología con la que describimos la afectación silicótica, si bien desde el punto de vista de la afectación clínica los términos correctos para referirnos a la repercusión funcional de la silicosis son los de silicosis simple y silicosis complicada que ya se han expuesto, desde el punto de vista de la calificación del impacto de la silicosis sobre la capacidad laboral del trabajador afectado es clásica en nuestro sistema jurídico la clasificación de la silicosis en grados, conforme a la 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[14].

[12] Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. BOE Núm. 27 (31/01/1997). El trabajador que haya tenido exposición laboral al polvo de sílice y haya finalizado la misma por cambio de ocupación, debe por tanto informar a su médico de tal antecedente para que, conforme al protocolo del SNS, se continúen los reconocimientos pertinentes.

[13] 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. BOE Núm. 302 (19/12/2006).

[14] 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. BOE Núm. 110 (08/05/1969). El art. 45 de esta disposición reglamentaria establece un sistema particular de calificación de la IP para la silicosis. De esta forma, la silicosis queda clasificada en tres grados, sin que corresponda al primero de ellos (silicosis simple) grado alguno de incapacidad. No obstante, se asimila al segundo grado de silicosis la silicosis simple asociada con alguna de las afecciones listadas (bronconeumopatía crónica, esté o no acompañada de síndromes asmáticos, cardiopatía orgánica, aunque esté perfectamente compensada o un cuadro de tuberculosis sospechoso de actividad o lesiones residuales de esta etiología).

Se define la silicosis de segundo grado como aquella que inhabilita al trabajador para desempeñar las tareas fundamentales de su profesión habitual, y se equipara al grado de incapacidad total para la profesión habitual, si

En lo que a la cuestión de la silicosis en fases iniciales (silicosis simple) se refiere, ésta debe clasificarse, con arreglo a los criterios de la referida disposición, como silicosis de primer grado, salvo que se presente de forma comórbida (simultánea) con otras enfermedades que se listan en la Orden, en cuyo caso se asimilará esa silicosis simple a una silicosis de segundo grado. El grado de silicosis será el que determine si existe o no IP conforme a la referida Orden, de forma que, en el caso de la silicosis de primer grado no cabría calificar grado alguno de IP.

3. EL CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE APLICADO A LA SILICOSIS DE PRIMER GRADO

La definición de la IP contributiva[15] se establece en el art. 193 del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social[16] (TRLGSS – 2015) 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.

Nos encontramos aquí con varios conceptos que es necesario precisar. Así, en lo que a la silicosis de primer grado se refiere, podemos afirmar que, con respecto a estas exigencias legales:

a) La situación debe constatarse tras haber estado sometido el trabajador al tratamiento prescrito. O, en otras palabras, tras haberse agotado las medidas terapéuticas. Esta exigencia debe contextualizarse en el marco de la relación de la IP con la incapacidad temporal (IT), ya que, necesariamente, tras agotarse la duración máxima prevista para la IT, la situación del trabajador debe determinarse en el seno de un expediente abierto para determinar si concurre o no una situación de IP[17]. Dado que la silicosis es una enfermedad irreversible, una vez que se constata su presencia deben considerarse agotadas todas las posibilidades terapéuticas en lo que a recuperación se refiere. No se dispone, en este momento, de tratamiento que pueda revertir las lesiones o impedir su progresión.

b) Deben existir reducciones anatómicas o funcionales graves que disminuyan o anulen su capacidad laboral[18]. La disminución de la capacidad laboral del trabajador afectado por

bien, como excepción al régimen de protección de la situación de IP en grado de total que se configuraba en la LGSS – 1966, el trabajador declarado silicótico de segundo grado tendrá derecho, cualquiera que fuese su edad, a pensión vitalicia. La silicosis de segundo grado se considerará de tercer grado mientras se presente, de forma simultánea, con una tuberculosis activa.

Y silicosis de tercer grado sería aquella en la que enfermedad se manifiesta al menor esfuerzo físico y resulta, por tanto, incompatible con todo trabajo, considerándose la situación constitutiva de incapacidad permanente en el grado de absoluta para todo trabajo.

Un mayor detalle en relación con la graduación del segundo y tercer grado de silicosis a partir de los distintos hallazgos clínicos (que queda fuera del ámbito del presente trabajo, pero que es conveniente citar) puede encontrarse en: Callejas Berdones *MJ. Valoración de la incapacidad laboral en neumología: neumoconiosis.* En *VV. AA.* Guía de valoración del menoscabo permanente, tercera edición. Instituto de Salud Carlos III. Madrid, 2002: 97 – 108.

[15] Que es la que nos interesa a efectos de este trabajo; para las precisiones sobre la invalidez no contributiva, debe el lector consultar los arts. 363 y ss. del TRLGSS – 2015. No cabe, por lo demás, una invalidez no contributiva en el ámbito de las contingencias profesionales, entre las que se encuentra la silicosis como enfermedad profesional.

[16] 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. BOE Núm. 261 (31/10/2015).

[17] Aunque no es el caso para el tema que nos ocupa, la silicosis, que como se ha dicho es irreversible y por el momento carece de tratamiento eficaz, también puede calificarse una IP si la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral se estima médicamente como incierta o a largo plazo, según el mismo art. 193 TRLGSS – 2015.

[18] Por "reducción anatómica" debemos entender la amputación de un miembro o parte de este o la extracción de un órgano, mientras que la "reducción funcional" implica la pérdida de la funcionalidad de una parte del cuerpo. Para que sean relevantes a los efectos de la IP, estas pérdidas o reducciones deben afectar a la capacidad del individuo, tal y como se describe en STSJ AR 170/2014 de veintiséis de marzo (ECLI:ES:TSJAR:2014:170), STSJ AS 687/2022 de ocho de marzo (ECLI:ES:TSJAS:2022:687), STSJ GAL 1268/2021, de veinticinco de febrero

una silicosis de primer grado vendrá dada, tal y como se examina a continuación, por la indicación médica de evitar la exposición al polvo de sílice.

c) Susceptibles de determinación objetiva[19]. Los actuales medios de diagnóstico no dejan lugar a dudas sobre la existencia de la enfermedad ante la afectación radiológica característica y el antecedente de exposición al polvo de sílice.

La valoración médica de la incapacidad permanente que pudiese concurrir en un trabajador debe realizarse pues desde el punto de partida del análisis de la situación clínica del mismo a la luz de la norma descrita, cuestión ésta que, desde el punto de vista médico, debe contemplar la determinación de dos elementos diferenciados: la existencia de limitaciones y, por otra parte, de restricciones.

La presencia de una alteración psicofísica puede tener repercusión sobre la capacidad funcional de un trabajador, impacto funcional que habitualmente englobamos bajo el concepto de limitaciones. Nos referimos con ello a aquellas tareas que el trabajador no puede hacer o, al menos, no puede hacer con los requerimientos que le son exigibles a la actividad laboral en cuanto a rentabilidad de esta[20].

Pero, además, la actividad laboral, como otro elemento más de la vida cotidiana, puede tener su impacto sobre la salud, aspecto éste que, en el contexto de un determinado trastorno, nos obliga a considerar además las restricciones que se han de imponer al trabajador, entendidas éstas como aquellas tareas que "el trabajadorno debe hacer", aunque tenga capacidad funcional para hacerlo, para evitar que se agrave o desestabilice la situación clínica que le afecta al conllevar esa tarea la exposición a un determinado riesgo que se constituye atendido su estado de salud. Se trata pues de un riesgo particular, subjetivo, predicable en relación al concreto trabajador y más allá del riesgo genérico que todo trabajo puede implicar para el trabajador que lo desempeña.

(ECLI:ES:TSJGAL:2021:1268) o STSJ M 12007/2020, de veintiocho de septiembre (ECLI:ES:TSJM:2020:12007), entre muchas.

Por otra parte, la "gravedad" debe considerarse desde la perspectiva "de su incidencia laboral, hasta el punto de que disminuyan o anulen su capacidad laboral en una escala gradual que va desde el mínimo de un 33% de disminución en su rendimiento para la profesión habitual (sustrato de la incapacidad permanente parcial) a la que impide la realización de todas o las fundamentales tareas de la misma (constituyendo la definición de incapacidad permanente total) hasta la abolición del rendimiento normal para cualquier profesión u oficio que el mercado laboral pudiera ofrecer (incapacidad permanente absoluta)", como se revisa en la STSJ EXT 523/2014 de veinticinco de marzo (ECLI:ES:TSJEXT:2014:523), STSJ CAT 4505/2022, de seis de octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2022:4505) o en STSJ M 6558/2022, de diecinueve de mayo (ECLI:ES:TSJM:2022:6558), que cita la abundante doctrina que, sobre el alcance de la expresión, se tiene ya sentada en suplicación por diversos tribunales superiores de justicia.

[19] La determinación del alcance de la expresión legal debe provenir de los medios que la ciencia médica aporta al diagnóstico, de forma que será la existencia de este diagnóstico la que aporte la "determinación objetiva" exigida en la ley. Es necesario pues que estas reducciones anatómicas y funcionales se puedan constatar médicamente de forma indudable, y que no se basen en la mera manifestación subjetiva del interesado: STSJ EXT 1276/2013 de nueve de julio (ECLI:ES:TSJEXT:2013:1276), STSJ EXT 523/2014 de veinticinco de marzo (ECLI:ES:TSJEXT:2014:523) o STSJ GAL 4191/2022, de catorce de junio (ECLI:ES:TSJGAL:2022:4191). El diagnóstico, por otra parte, debe efectuarse con arreglo a los criterios comúnmente aceptados de la ciencia médica, según STSJ M 7090/2022, de diez de junio (ECLI:ES:TSJM:2022:7090) o STSJ CL 2373/2022, de quince de junio (ECLI:ES:TSJCL:2022:2373).

A este respecto, resulta pues exigible que el diagnóstico sea producto de la elaboración intelectual de la situación del trabajador en relación con los conocimientos de la ciencia médica, siendo así que la emisión de tal diagnóstico es competencia exclusiva de quien está legalmente habilitado para emitirlo, y resultando el diagnóstico el producto de un proceder con arreglo a la "*lex artis ad hoc*".

[20] La realización de una actividad laboral implica no sólo disponibilidad para efectuar cualquier faena, tarea o quehacer, sino la de llevarlo a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia; y la necesidad de consumarlo en régimen de dependencia de un empresario durante la jornada laboral, sujetándose a un horario, actuando consecuentemente con las exigencias, de amplio espectro, que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros. En este sentido se pronuncian, entre otras muchas hasta nuestros días, STS 2676/1986, de veintidós de mayo (ECLI:ES:TS:1986:2676), STS 13053/1986, de veinticuatro de mayo (ECLI:ES:TS:1986:13053) o STS 14327/1987, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:1987:14327).

Por lo tanto, la capacidad laboral de un trabajador afectado por una enfermedad o los efectos de un accidente debe analizarse desde la conjunción de estos dos elementos: por un lado, las limitaciones (cosas que "no es capaz de hacer" con la necesaria eficacia) y, por el otro, de las restricciones ("lo que el trabajador no debe hacer para evitar que se precipite un empeoramiento de la situación clínica").

A pesar de esta distinción, "académica" si se quiere emplear el término (lo habitual, si bien no lo más correcto, es englobar limitaciones y restricciones bajo el término genérico de "limitaciones"), lo cierto es que existe una íntima conexión entre limitaciones y restricciones, de forma que las restricciones que concurren en un trabajador pueden constituir un aspecto relevante en lo que se refiere a la determinación de su capacidad funcional[21]. Así, si las restricciones exigen unas condiciones de trabajo adaptadas con tal intensidad en la adaptación que llega a afectarse lo que podría considerarse el "núcleo" de la actividad laboral (lo esencial para lo que se ha incluido a ese trabajador en el trabajo), se llega evidentemente a la no rentabilidad de la actividad y, por esta vía, a la situación de discapacidad laboral protegida[22].

Para poder determinar la capacidad funcional del trabajador, el médico debe valorar tanto las limitaciones como las restricciones que se objetivan en cada caso a partir del examen clínico del trabajador, el estudio de su historia clínica y los resultados de los estudios efectuados, debiéndose evitar que la evaluación descanse sólo en la percepción subjetiva del trabajador examinado[23].

En lo que se refiere a las restricciones, cierto es que tales tareas contraindicadas podrán, en algunos casos, ser tratadas mediante la adaptación del puesto de trabajo, de forma que esas concretas tareas no sean llevadas a cabo por el trabajador que las tiene contraindicadas. El problema para la adaptación del puesto surge cuando esas tareas a evitar son las fundamentales inherentes a la profesión del trabajador y la adaptación necesaria para evitar o controlar el riesgo es de tal intensidad que la naturaleza del "nuevo trabajo" desnaturaliza radicalmente el mismo para dar lugar a otro trabajo radicalmente distinto[24].

Esta definición legal de incapacidad permanente que se ha expuesto incide en la necesidad de que se pueda constatar una disminución de la capacidad funcional que tenga trascendencia

[21] Battista ME. *Assessing Work Capacity*. Journal of Insurance Medicine 1988; 20 (3): 16 – 22.

[22] El hecho de que las restricciones que derivan de una determinada condición clínica puedan conducir a una incapacidad permanente no es extraño en la práctica diaria ni es privativo, desde luego, de la silicosis. Situaciones semejantes se producen, por ejemplo, en relación con las hernias abdominales multioperadas y recidivadas para profesiones que requieran aumento de la presión abdominal o realizar esfuerzos físicos importantes, tal y como se señala en Fernández García C, García González A, Lobato Cañón, JR, Rodríguez Camacho C, Rodríguez Gallego B. *Patologías del tubo digestivo, hígado, páncreas y pared abdominal* en Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria. Instituto de Salud Carlos III. Madrid 2009. La existencia de tal hernia no supone que el trabajador no tenga capacidad para realizar esfuerzos, pero sí existe una contraindicación para la realización de estos, ya que se propiciaría la recidiva de la hernia. Y así se acoge, por ejemplo, en STSJ PV 3926/1999, de trece de octubre (ECLI:ES:TSJPV:1999:3926) : "…la debilidad abdominal derivada de las reiteradas operaciones de hernia inguinal desaconseja de forma absoluta la realización de trabajos que exijan esfuerzos, como se ha entendido en vía administrativa".

[23] Alvino EC, Ahmad TM. *How to Determine Whether Our Patients Can Function in the Workplace: A Missed Opportunity in Medical Training Programs*. Perm J. 2019; 23: 18-259.

[24] Acaso un ejemplo pueda ilustrar el concepto de restricción y su relación con el puesto de trabajo y su eventual adaptación. Así, en el caso de un trabajador de la construcción que presente una afectación de la piel causada por el contacto con el cemento es evidente la restricción de no exponerse a ese elemento. Si pretendiésemos adaptar el puesto de trabajo de nuestro albañil podríamos hacerlo: bastaría con que realizase su actividad laboral sin exponerse al cemento. No podría por tanto manipular cemento, pero tampoco permanecer en un medio laboral en el que estuviese presente este elemento. Cabría ahora preguntarse si existe el albañil que no pueda exponerse al cemento (sin dejar de ser albañil, claro). El resultado de una adaptación de puesto de trabajo de esta entidad llevaría a que, efectivamente, el trabajador habría dejado de trabajar como albañil. Podría desempeñar, cierto es, otro tipo de tareas, pero desde luego, dentro de esas tareas sería difícilmente reconocible la figura del "albañil". Podría llevarse además la cuestión a los términos de "rentabilidad" de la actividad laboral: ¿cuán rentable sería, como albañil, un trabajador que no puede exponerse al cemento?

laboral, exigencia tiene una doble vertiente: una, la determinación médica de la situación funcional del trabajador, y otra que vendrá condicionada por la concreta actividad en relación con la cual se haya de determinar la existencia de esa incapacidad. Desde la perspectiva médica es evidente que las restricciones implican una clara indicación de no mantener la actividad laboral en unas determinadas condiciones de exposición a ciertos factores de riesgo. En lo que se refiere a las restricciones, puede no existir una disminución de la capacidad funcional que se derive de la situación médica del trabajador, pero sí una indicación de no mantener esa exposición al riesgo para evitar un empeoramiento de esa situación clínica del trabajador. La pregunta surge de inmediato: agotadas las posibilidades de adaptación del puesto de trabajo, una restricción, ¿puede, "*per se"*, ser causa de una incapacidad permanente?

En el caso de una EP, en la que la causa de la enfermedad se encuentra en la misma realización del trabajo, encontramos la situación paradigmática a la que pretendemos dar respuesta. Es inevitable acudir, acaso brevemente, a la figura jurídica del período de observación por EP, en el que no es la existencia de incapacidad, sino la necesidad de mantener al trabajador apartado del agente causante que se encuentra en el medio laboral, la que conduce a indicar médicamente la separación del puesto de trabajo, considerándose esta situación como si de una incapacidad temporal se tratase[25]. Esta situación, no obstante, tiene una duración limitada en el tiempo (seis meses prorrogables por otros seis), transcurrido el cual se debe iniciar la situación de incapacidad temporal. Los períodos de observación y de incapacidad temporal deben permitir el diagnóstico y el tratamiento del proceso, pero ¿qué ocurrirá si, agotadas las posibilidades terapéuticas, y aunque no se ponga de manifiesto menoscabo funcional, persiste la restricción en lo que a la exposición al riesgo se refiere?

En esta situación, la disminución de la capacidad funcional no deriva de la enfermedad y su repercusión funcional por la intensidad de la afectación orgánica, sino de la indicación médica de evitar la exposición al riesgo que se encuentra asociado al medio laboral, indicación médica que supone que, aunque se tenga la teórica capacidad, ésta no puede desarrollarse a causa del tratamiento prescrito, que conlleva evitar la exposición al agente causante de la enfermedad.

Esta consideración del riesgo propio del trabajador expuesto en su trabajo a unas condiciones desfavorables para la evolución de su estado de salud fue analizada en la STS 6538/1996, de veintiuno de noviembre (ECLI:ES:TS:1996:6538): la existencia de incompatibilidad específica con el medio de trabajo en el que se ha de estar presente para el desarrollo de la actividad profesional constituye una circunstancia que ha de valorarse a la hora de considerar la existencia de incapacidad.

La doctrina de los tribunales superiores de justicia ha asumido este planteamiento, y entiende que el desarrollo de una actividad laboral no debe implicar riesgo físico para el trabajador (o, incluso, para otros). Así se pronuncian, sin ánimo de exhaustividad, STSJ PV 838/2022, de veinticuatro de marzo (ECLI:ES:TSJPV:2022:838), STSJ CL 2260/2022, de treinta de mayo (ECLI:ES:TSJCL:2022:2260), STSJ NA 233/2022, de treinta y uno de marzo (ECLI:ES:TSJNA:2022:233), que reitera posiciones muy asentadas sobre la cuestión, que ya se citaban, por ejemplo, en STSJ EXT 2261/2002, de diecisiete de octubre (ECLI:ES:TSJEXT:2002:2261), entre otras muchas. La existencia, por tanto, de restricciones, siempre que éstas no puedan ser tratadas y afecten al núcleo de la actividad laboral que se examina[26], debe considerarse incluida en la situación protegida por la IP, pudiendo ser causa, en función de la intensidad de las restricciones en relación con la profesión u oficio considerado, de una IP en los grados de parcial o total.

[25] El art. 169 del TRLGSS – 2015 establece que tendrán la consideración de incapacidad temporal los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

[26] De lo contrario, si no afectase a las tareas fundamentales, serían objeto de adaptación del puesto de trabajo.

Sobre las dos soluciones opuestas ante la presencia de un riesgo específico en el medio laboral, cambio de puesto de trabajo o calificación de una IP en el grado de total, se pronuncia la STS 4955/1994, de veintisiete de junio (ECLI:ES:TS:1994:4955): cuando la EP padecida presenta carácter irreversible, inhabilitando permanentemente 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 (FD Segundo)[27]. La doctrina sentada sobre esta cuestión ha sido reiterada en STS 8763/1994, de veintidós de diciembre (ECLI:ES:TS:1994:8763), según la cual, la Orden de 9 de mayo de 1962 condiciona su mandato a que el referido mal profesional sólo inhabilite para el desempeño de ciertos puestos de trabajo que por las circunstancias que les son propias perjudiquen la enfermedad, lo cual denotaría que pueden existir otros puestos, correspondientes a la categoría profesional del trabajador, cuyo eventual desempeño no generaría las indicadas consecuencias. Pero cuando la EP padecida presente carácter irreversible, inhabilitando permanentemente para el desempeño de cualquier puesto de trabajo para la categoría profesional ostentada por el trabajador (y una vez se han agotado las posibilidades de adaptación del puesto de trabajo), resulta evidente que procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total. Esta doctrina ha venido siendo seguida sin fisuras por los tribunales superiores de justicia, y así, por ejemplo, se reitera en STSJ M 2267/2003, de trece de febrero (ECLI:ES:TSJM:2003:2267).

Asumido pues que el riesgo del trabajador manteniendo una exposición al polvo de sílice puede implicar la calificación de IP en el grado de total cuando el trabajador queda inhabilitado para el desempeño de cualquier puesto de trabajo de su categoría profesional, habría que determinar qué profesiones implican tareas esenciales que conllevan la exposición al polvo de sílice.

Sin ánimo de exhaustividad, y siguiendo la Guía de valoración profesional elaborada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social[28], podríamos decir que determinadas ocupaciones son difícilmente compatibles con un desempeño laboral con criterios de rentabilidad en puestos exentos de riesgo de exposición al polvo de sílice, ya que realizan maniobras de cortado y preparación de piedra en las que cabe esperar se desprenda polvo mineral que puede contener sílice[29], y así encontramos:

— Código CNO11: 8111. Mineros y otros operadores en instalaciones mineras. Manejan instalaciones, máquinas y herramientas manuales para extraer rocas, minerales y depósitos no metálicos de minas y canteras.

— Código CNO 11: 8112. Operadores en instalaciones para la preparación de minerales y rocas. Accionan y vigilan máquinas y equipos de tratamiento de minerales y rocas para obtener productos refinados para su uso inmediato o para posterior tratamiento.

[27] Aquí los términos categoría profesional y puesto de trabajo pueden inducir a error. La LGSS se mueve en el concepto de profesión habitual. Es más; hay unas reglas para determinar la concreta actividad a la que hay que referirse para concluir si existe o no IP. Lo cierto es que, dentro de una misma profesión, pueden ejercerse varios puestos de trabajo, y que, si la incompatibilidad no es con la profesión, sino con un puesto concreto, cabe la adaptación de las condiciones del puesto y no procedería la calificación de IP. El problema surge cuando la intensidad de las adaptaciones necesarias alcanza las tareas esenciales de la profesión: un albañil que no puede exponerse al cemento, un cantero que no puede exponerse al polvo de sílice. En ese caso, la aplicación (obligatoria) de las medidas de prevención conllevaría una automática pérdida de rentabilidad de la actividad laboral considerada, incurriéndose de lleno en el concepto de incapacidad permanente.

[28] VV. AA. Guía de Valoración Profesional. Tercera Edición. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Madrid, 2014. Disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/661ab039-b938-4e50-8639-49925df2e6bf/GUIA_VALORACION_PROFESIONAL_2014_reduc.pdf?MOD=AJPERES&CVID=. Accedido 18/07/2022.

[29] Téngase presente que, para que estemos ante una enfermedad profesional, debe demostrarse la presencia del agente causante en el trabajo. Ya se ha señalado que, pese a que se respeten los niveles máximos recogidos en la norma en cuanto a concentración de sílice en el aire, no es descartable que pueda aparecer la enfermedad.

— Código CNO 11: 8114. Operadores de maquinaria para fabricar productos derivados de minerales no metálicos. Accionan y vigilan máquinas para fabricar y acabar diversos prefabricados de hormigón o piedra, incluida la piedra artificial, para la industria de la construcción.

Como se ha dicho, consideradas estas funciones (más ampliamente descritas en el texto citado como referencia), parece difícil que, dentro de estas ocupaciones (categorías profesionales en la nomenclatura de la orden de 1969)[30] pueda encontrarse un puesto en el que no se produzca exposición al polvo de sílice. Se trataría de categorías profesionales en las que la exposición a la sílice es parte inherente a las tareas esenciales que se han de desarrollar, y por tanto, conforme a la conceptualización actual de la IP, no podría desarrollarse esa actividad laboral con criterios de rentabilidad económica[31].

Esta Guía de valoración profesional, como instrumento técnico (que no jurídico), que recoge para cada ocupación su código CNO - 2011 (Clasificación Nacional de Ocupaciones versión 2011) y una descripción de las competencias y tareas inherentes a la misma, puede ser de ayuda a la hora de dotar de significado, en cada caso concreto, al concepto jurídico indeterminado de "profesión habitual", concepto que, hoy por hoy, continúa precisando de interpretación[32].

---

[30] Los conceptos de profesión habitual, grupo profesional y categoría profesional pueden inducir a error a la hora de tratar de armonizar conceptos procedentes del Estatuto de los trabajadores y la normativa laboral en general con los conceptos al uso en el ámbito de la Seguridad Social. La determinación de los límites de estos conceptos se aborda en STS 1207/2005, de dieciocho de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:1207), que sitúa el centro del litigio en decidir si la incapacidad para la profesión recogida en la Ley General de la Seguridad Social ha de estar referida a la categoría profesional o, por el contrario, ha de referirse al Grupo Profesional.

Para ello, la Sala parte de que la prestación que se lucra en concepto de incapacidad permanente en el grado de total tiene por finalidad sustituir las rentas del trabajo a las que el trabajador no puede acceder como consecuencia de las limitaciones funcionales derivadas del cuadro clínico residual. El concepto del grupo profesional se define en el art. 22.2 del Estatuto de los Trabajadores: "el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales". Se encontraba entonces en vigor el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. La alusión del Estatuto de los Trabajadores al término "categoría profesional" desaparece con el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que, según explica en su exposición de motivos, pasa a configurar el sistema de clasificación profesional sobre el concepto de grupo profesional como única referencia, con el objetivo, continúa la exposición de motivos, de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz. Y si bien el concepto de categoría profesional no existe ya en sistema de clasificación, sí resulta adecuado considerar que, como continúa la Sala, el grupo puede incluir diversas profesiones.

Por otra parte, 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. Además, 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. Así se reitera, entre otras, en STS 2631/2005 de veintisiete de abril (ECLI:ES:TS:2005:2631) o en STS 1119/2020, de once de marzo (ECLI:ES:TS:2020:1119).

La desaparición del concepto de categoría profesional (procedente del texto del Estatuto de los Trabajadores aunque en este momento ya no exista merced a la modificación del texto ya referida), que parece sin duda que es el que más se asemejaría al de profesión habitual (en los términos de la Ley General de la Seguridad Social), no implica sin embargo que pueda aceptarse que el concepto de profesión habitual equivalga al de grupo profesional a los efectos de la declaración de incapacidad. Esta asimilación podría conducir al absurdo de denegar la prestación a quién no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria, tal y como se pronuncia la STS 1207/2005, de veintiocho de febrero (ECLI:ES:TS:2005:1207).

[31] Al igual que es muy difícil aceptar que un albañil puede desarrollar su actividad, con criterios de rentabilidad económica, sin exponerse al cemento, parece igualmente difícil concebir ocupaciones en las cuales la piedra se corta y se pule sin que en estas maniobras se produzca polvo mineral.

[32] Rivas Vallejo P. *El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo*. Revista de jurisprudencia laboral

4. REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

Las Órdenes Ministeriales de 9 de mayo de 1962, por la que se aprueba el reglamento del decreto 792/ 1961, 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la obra de grandes inválidos, huérfanos de fallecidos por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y la 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, han servido en ocasiones como fundamento jurídico para, pese a lo expuesto, oponerse al reconocimiento de prestaciones por incapacidad permanente ante casos de silicosis de primer grado. Sin que se haya producido una derogación expresa de las mismas, estas normas han de contextualizarse, desde luego, considerando su rango reglamentario desde los principios de jerarquía normativa y especialidad

Los artículos 45 y ss. de la Orden de 9 de mayo de 1962, por la que se aprueba el Reglamento del Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos, Huérfanos de fallecidos por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales[33] establecen el régimen jurídico del diagnóstico y calificación de las EE. PP. En esencia, se dispone que:

a) *En los casos en que como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del obrero a otro puesto de trabajo exento de riesgo. se llevará a cabo dicho traslado dentro de la misma empresa. Específicamente el primer grado médico de silicosis estará, incluido en esta situación.*

b) *Como excepción a lo anterior, cuando no fuera posible el traslado a juicio de la empresa, previa conformidad de la Inspección de Trabajo será el trabajador dado de baja en aquélla e inscrito con "derecho preferente para ser empleado" por la oficina de colocación. Mientras no sea ocupado, percibirá, con cargo a la empresa, un subsidio equivalente al salario íntegro durante un periodo de doce meses. Si transcurrido este plazo subsistiera el desempleo, el trabajador percibirá con cargo a la Entidad Gestora (el Fondo compensador) el indicado subsidio durante seis meses más.*

Trasladadas estas prescripciones a nuestro vigente ordenamiento jurídico, estaríamos, respectivamente:

a) Ante el supuesto previstos en el art. 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL)[34], que dispone que los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa, ponerse en situación de peligro.

b) Ante un supuesto de ineptitud sobrevenida (siempre y cuando no sea posible la adopción de medidas técnicas u organizativas que permitan mantener la aptitud del trabajador)

2020; 10. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001120. Accedido 27/07/2022.

[33] Orden 9 de mayo de 1962, por la que se aprueba el Reglamento del Decreto 792/ 1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos, Huérfanos de fallecidos por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. BOE Núm. 128 (29/05/1962).

[34] Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE Núm. 269 (10/11/1995).

de los previstos en el art. 52 del Estatuto de los trabajadores (ET)[35] y que constituyen causa de extinción del contrato por causas objetivas para el que se prevé un régimen específico de protección. Así lo entiende la STSJ PV 2468/1999, de dieciocho de mayo (ECLI:ES:TSJPV:1999:2468) en su FD Primero, que considera derogada la norma reglamentaria en aplicación de la disposición derogatoria genérica del ET, en virtud de la cual quedarían derogadas cuantas disposiciones se opusieran a lo dispuesto en el ET.

La aplicabilidad de la Orden de 9 de mayo de 1962 en nuestros días debería analizarse desde la perspectiva de que, con posterioridad a la misma, se promulga la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963[36], que es la norma que configura el sistema de graduación de la IP que, con ciertas modificaciones, algunas de ellas de gran calado, ha llegado hasta nuestros días a través del TRLGSS – 2015. La STSJ M 14061/1998, de catorce de diciembre (ECLI:ES:TSJM:1998:14061), tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la vigencia de esta disposición reglamentaria en lo atinente a las EE. PP, calificándola como claramente anacrónica: alude a una Oficina de Colocación y a un Fondo Compensador en la actualidad inexistentes, resultando del texto reglamentario una peor condición de los inválidos permanentes totales en aquellos casos en que la contingencia causante sea la EP y no la enfermedad común, ya que para estos últimos sería posible la calificación de una IP en el grado de total, mientras que para los afectados por una EP esta opción de IP estaría vedada. Quedaría infringido, continúa la sentencia, el art. 9 de la CE[37], ya que la norma reglamentaria, en cuanto tal, sólo podría aplicarse a efectos de mejorar el régimen general que respecto de la incapacidad permanente prevé la LGSS, pero no en tanto en cuanto empeora la situación que, con carácter general, se regula en la referida LGSS (FD Cuarto)[38]. Sobre las consecuencias discriminatorias que acarrea la aplicación

[35] Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. BOE Núm. 255 (24/10/2015).

El contrato podrá extinguirse por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. Por lo reciente del pronunciamiento del TS sobre la cuestión, es relevante traer aquí la STS 1015/2022, de veintitrés de febrero (ECLI:ES:TS:2022:1015). Analiza la Sala el caso de un trabajador al que la empresa extingue el contrato de trabajo al amparo del art. 52 del ET por ineptitud sobrevenida, basándose la decisión extintiva en el informe del servicio de prevención, que concluía una calificación de "no apto". Concluye el TS que este informe no es suficiente, sobre todo cuando el INSS ha denegado la IP por no alcanzar grado de IP. Insiste el TS en la necesidad de que el informe en el que se haya de fundamentar la decisión extintiva detalle las limitaciones funcionales del trabajador y de qué modo le impiden el desempeño de sus funciones.

[36] Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. BOE» Núm. 312 (30/12/1963).

[37] El art. 9 garantiza los principios de legalidad y de jerarquía normativa.

[38] La disposición reglamentaria, de hecho, mejoraba la protección que la LGSS – 1966 dispensaba para la IP en el grado de total para la profesión habitual, protección que se regulaba como sigue:

Art. 136. Prestaciones.

1. En caso de incapacidad permanente, parcial o total, los trabajadores tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a) Prestaciones recuperadoras consistentes en tratamientos de recuperación fisiológica y cursos de formación profesional, siempre que unos y otros fuesen necesarios para su readaptación y rehabilitación, con obligación de someterse a los mismos. Si los incapacitados se negaran al tratamiento prescrito se estará a lo dispuesto en el artículo 102.

b) Subsidios de espera, mientras el trabajador no sea llamado a los tratamientos o procesos de readaptación y rehabilitación, sin que puedan percibirse durante más de doce meses, dentro de los cuales deberá producirse el llamamiento, y subsidios de asistencia durante dichos tratamientos o procesos.

c) Concluida la readaptación profesional, de no encontrar empleo, se les aplicarán las normas de desempleo establecidas en el Capítulo X del presente Título.

d) Entrega de una cantidad a tanto alzado, en vista del resultado de su readaptación y rehabilitación.

2. El trabajador que sea declarado con una incapacidad permanente total para su profesión habitual, que le haya sobrevenido después de cumplir la edad de cuarenta y cinco años, podrá optar entre someterse a los procesos de readaptación y rehabilitación posibles en la forma y condiciones previstas en el número anterior, o que le sea reconocido el derecho a una pensión vitalicia de cuantía proporcional a la base de cotización. No obstante, si el trabajador tuviese sesenta o más años en la fecha indicada el derecho de opción se entenderá ejercitado a favor de la pensión vitalicia.

de la Orden de 1962 para los trabajadores afectados por una EP se pronuncia también la STSJ CANT 1020/2002, de veintiuno de mayo (ECLI:ES:TSJCANT:2002:1020), que califica además a la precitada Orden como "sospechosa" de incurrir en "*ultra vires*"[39].

La 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[40] establece, de acuerdo con la LGSS – 1966, el sistema de graduación de la IP y las prestaciones asociadas a cada uno de ellos (arts. 11 al 18), imponiendo, además, unas normas particulares para la calificación de la silicosis (art. 45), normas en virtud de las cuales, el primer grado de silicosis, que comprenderá los casos de silicosis definida y típica que no origine por sí misma disminución alguna en la capacidad para el trabajo, no tendrá la consideración de situación constitutiva de invalidez. De acuerdo con las consideraciones médicas de la silicosis de primer grado que se han descrito, existe una clara indicación para que el trabajador afectado no se exponga al polvo de sílice, por lo que, de acuerdo con lo previsto en la Orden de 1962, el diagnóstico de una silicosis de primer grado debería llevar a la aplicación de lo previsto en los ya comentados arts. 45 y ss. de la Orden de 9 de mayo de 1962, si bien el resultado de la interacción entre ambas normas debe quedar en entredicho tras el análisis efectuado en relación a la primera de ellas.

Con arreglo a lo que se ha expuesto, existe, en el caso de la silicosis de primer grado, una evidente tensión entre las soluciones que derivan de la interpretación sistemática de las dos órdenes ministeriales, la de 1962 y 1969, y la que resulta de considerar aquellas profesiones en las que el la exposición al polvo de sílice es consustancial (se asocia inescindiblemente a las tareas esenciales de la profesión), y en la que la silicosis de primer grado debe conducir a la calificación de IP en grado de total.

Conscientes de esta contradicción, y en el contexto actual ya descrito de reemergencia de la silicosis como EP, se ha llegado a plantear, en el ámbito político de decisión, cual es la solución más correcta. En este sentido, el Bloque Nacionalista Galego (BNG) presentó en 2020 una pregunta escrita al Gobierno[41] en relación con la intención del Gobierno de reconocer a la silicosis de primer grado como causa de IP en el grado de total, pregunta que fue contestada por el Gobierno[42] acudiendo a las pautas interpretativas que viene aplicando el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)[43]

Pero tal "mejora" vía reglamentaria desaparece con la LGSS – 1974, en el que la IP en grado de total se protege mediante pensión cuando se verifica una situación tal que inhabilita para las tareas esenciales de la profesión.

[39] Es preciso tener en cuenta que la Orden se publica bajo la vigencia de la LGSS – 1966, y que las posteriores leyes de Seguridad Social (1974, 1994 y 2015) incluyen un régimen sustancialmente distinto para la IP en grado de total en lo que a intensidad de la protección se refiere. La norma reglamentaria quedaría pues, de forma sobrevenida, regulando una cuestión de forma distinta a como lo hace la Ley, y ello, como se ha dicho, con empeoramiento de la intensidad de la protección que se dispensa a la enfermedad profesional en relación a la común.

[40] 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. BOE Núm. 110 (08/05/1969).

[41] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 176, de 11/11/2020. Disponible en https://www.congreso.es/entradap/l14p/e6/e_0067526_n_000.pdf; accedido 18/07/2022.

[42] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 194, de 15/12/2020. Disponible en https://www.congreso.es/entradap/l14p/e7/e_0074763_n_000.pdf; accedido 18/07/2022.

[43] El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) es la Entidad Gestora de las prestaciones económicas de la Seguridad Social (con excepción de aquellas cuya gestión esté atribuida al Instituto de Mayores y Servicios Sociales o Servicios competentes de las comunidades autónomas), según establece el art. 1 del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social (BOE núm. 3, de 03/01/1997). En virtud de su condición de Entidad Gestora, le corresponde el reconocimiento y control del derecho a las prestaciones por incapacidad permanente. En el ámbito de las contingencias profesionales, y si bien seguramente la situación más común es que éstas se aseguren con una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social (o incluso que la propia empresa se constituya como autoaseguradora bajo la figura de la empresa colaboradora), lo cierto es que también puede el INSS actuar como aseguradora de las contingencias profesionales en el caso de los trabajadores por cuenta ajena cuando opta por ello el empleador.

mediante el Criterio de Gestión 36/2015, de 27 de noviembre de 2015, que, de acuerdo con la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, suponen que cuando no exista en la empresa puesto de la categoría profesional del trabajador exento de riesgo de EP y esa circunstancia quede constatada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), el INSS podrá considerar que el trabajador está inhabilitado para el desempeño de su profesión habitual y, en consecuencia, proceder al reconocimiento de una incapacidad permanente total[44].

A la vista de que excluir la calificación de una IP en grado de total para la silicosis de primer grado sería, en este momento, una postura difícil de mantener, sí es posible, con arreglo a la interpretación que se deriva del Criterio de gestión, calificar la IP en grado de total en la silicosis de primer grado, pero sólo en el caso de que en la empresa no existiera un puesto exento de riesgo dentro de la misma categoría profesional del trabajador.

A efectos prácticos, y de acuerdo con la redacción del criterio de gestión contenido en la aludida respuesta parlamentaria, lo cierto es que en la inmensa mayoría de los casos de trabajadores afectados por silicosis de primer grado en una empresa dedicada, por ejemplo, a la extracción o transformación del granito o la pizarra o a la manufactura de piedra sintética, no va a ser posible encontrar puestos de trabajo no expuestos al polvo. El conjunto de puestos dentro de la categoría profesional del trabajador implicará la exposición al polvo de sílice como consecuencia de la ejecución de las tareas fundamentales de tal categoría, por lo que la situación conduciría finalmente, tras el informe de la ITSS, a la calificación de una IP en grado de total.

No obstante esta realidad práctica según la cual la mayoría de los casos de silicosis de primer grado acabarán siendo calificados como IP en el grado de total con el informe de la ITSS, lo cierto es que el planteamiento jurídico de la cuestión, en los términos en los que la Entidad Gestora mantiene la calificación de este grado de IP en estos casos, presenta serias dificultades de encaje, ya que conducen a que existan diferentes requisitos para el acceso a este grado de IP en el caso de la silicosis en relación a los que se exigirían ante otra EP o, incluso, cuando lo que se valora es una enfermedad común o un accidente. Así, se introduce, vía criterio interpretativo, una "corrección" a lo dispuesto por las órdenes de 1962 y 1969, pero una corrección de tal intensidad que alcanza a la definición que la Ley hace de la IP.

Parece claro que la intención del Criterio es obviar las dificultades que derivarían de la extinción de la relación de empleo seguida de una situación de desempleo subsidiado como el previsto en la Orden de 1969, totalmente extraña a nuestro actual sistema de protección por esta contingencia, sustituyendo ese desempleo subsidiado (y limitado en el tiempo) por la calificación de una IPT que, dado el carácter irreversible de la enfermedad, no es, a priori, revisable por mejoría. Esta calificación de IPT "especial" para la silicosis de primer grado se basa en la existencia o no de puesto compatible, elemento ajeno al binomio discapacidad – requerimientos profesionales, que es el que desde la definición contenida en la Ley determina la existencia o no de incapacidad permanente (especialmente en los grados de parcial y total para la profesión habitual).

El Criterio de gestión referido supone el reconocimiento de que existe en la silicosis de primer grado una situación en la cual está afectada la capacidad de desarrollar todas o las fundamentales tareas que integran lo que puede denominarse el núcleo de tareas fundamentales de la profesión habitual; la que la hace recognoscible como tal profesión, y sin embargo, no permite que la consecuencia jurídica sea la calificación de IP en el grado de total, imponiendo para que se pueda llegar a esta calificación un requisito adicional que no encuentra soporte en la Ley: que no exista puesto compatible en la empresa,

[44] Ya se ha expuesto que el concepto de categoría profesional, que es el que contienen las órdenes que se analizan, no existe ya en nuestro ordenamiento jurídico, dado que el sistema de clasificación profesional contenido en el Estatuto de los Trabajadores ya no es el mismo. No obstante, el propio Criterio parece asumir la equiparación entre el concepto de "categoría profesional" y el de "profesión habitual": es la inexistencia de puesto exento de riesgo dentro de la categoría profesional la que permite considerar que existe incapacidad permanente en el grado de total.

de ahí que el juego de estas dos órdenes y el criterio interpretativo que se aplica por la Entidad Gestora pueda incurrir en "*ultra vires*" al exigir la concurrencia de un nuevo requisito no previsto en la Ley y que, "*de facto"*, supone un intento de limitar el acceso a la prestación.

5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIAGNÓSTICO DE SILICOSIS DE PRIMER GRADO SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL

Ya se ha expuesto que el cuadro de una silicosis de primer grado (que se corresponde con una silicosis simple en la terminología diagnóstica médica) no se asocia con síntomas respiratorios; será por lo general la vigilancia de la salud realizada desde los servicios de prevención de riesgos laborales la que conducirá al diagnóstico de las lesiones pulmonares características. El art. 5 del 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, determina, para los facultativos de los servicios de prevención, la obligación de comunicar la existencia de una silicosis o su sospecha a la Entidad Colaboradora o Gestora que asuma la cobertura de las contingencias profesionales, de forma que será esta Entidad la que emita el correspondiente parte de enfermedad profesional conforme al art. 4 de la misma norma reglamentaria.

El diagnóstico de una silicosis simple conlleva la clasificación del trabajador en el grupo 4 del Protocolo de vigilancia sanitaria específica para la silicosis elaborado por el Ministerio de Sanidad[45], situación que implica que el trabajador afectado debe ocupar un puesto exento de exposición al polvo de sílice, así como la calificación del trabajador como especialmente sensible para riesgos respiratorios. Esta clasificación supone, con arreglo al referido protocolo, que el trabajador no es apto para aquellos puestos que conlleven exposición al polvo de sílice, ya que implica un riesgo añadido de progresión de la enfermedad.

Del análisis ya expuesto sobre algunas de las ocupaciones en las que la silicosis se puede contemplar como EP, parece claro que es difícil imaginar, a partir de la descripción de tareas que se ha expuesto, un puesto de trabajo, dentro de esas categorías profesionales, que se pueda desarrollar sin exposición al polvo mineral de sílice. Se produce aquí pues una primera dificultad, de carácter fáctico, para la aplicación de las órdenes de 1962 y 1969 (interpretadas bajo el criterio de gestión 36/2015 del INSS): en muchas de las categorías profesionales en las que se produce la exposición responsable de la silicosis de primer grado vamos a encontrar que la exposición deriva de la ejecución de tareas fundamentales de dicha categoría[46].

Pero es que, además, antes de entrar a determinar si existe o no puesto exento de riesgo, el trabajador ya debería ser calificado en situación de IP en el grado de total, ya que la imposibilidad

[45] VV. AA. *Op. cit*.

[46] Así se recoge en STSJ CL 2583/2021, de diez de junio (ECLI:ES:TSJCL:2021:2583) en relación a un trabajador cuya categoría profesional es la de labrador de pizarra. Manifestaba el trabajador recurrente (la sentencia de instancia no consideró ajustada a derecho la calificación de incapacidad permanente en grado de total que se pretendía y que había sido desestimada previamente en vía administrativa) que las condiciones del puesto de trabajo poseen la relevancia jurídica suficiente como para que el actor sea calificado de una Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual de labrador de pizarra, es decir, si la silicosis simple, en la profesión indicada, donde no existe un puesto exento de polvo de sílice, permite la calificación de una incapacidad permanente en grado de total. La Sala, tras analizar la antinomia que se deriva de lo que denomina "paquetes normativos"; el constituido por las órdenes de 1962 y 1969 y el vigente TRLGSS – 2015, concluye que "en la empresa, la categoría profesional del actor siempre se encuentra expuesta al riesgo de inhalación de polvo de sílice, con lo que resulta imposible su recolocación en puesto compatible con su estado de salud por el simple hecho de no existir".
Quizás sería necesario puntualizar que un trabajador en la categoría de labrador de pizarra siempre se encontrará expuesto al polvo de sílice; en la empresa implicada en el litigio y en cualquier otra (estos trabajadores cortan, labran y pulen piedra con herramientas manuales o máquinas, deprendiéndose, lógicamente, en estas maniobras, polvo con contenido en sílice, polvo que, de hecho, ya había conducido a la aparición de una silicosis en el caso objeto del litigio).

de realizar tales tareas por la exposición que conlleva al polvo de sílice cumpliría con la definición de una IP en el grado de total bajo la previsión del art. 194 del TRLGSS – 2015[47]: se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta[48].

Ante estas dos realidades; de carácter fáctico la primera y jurídico la segunda, lo cierto es que, además, nos encontramos, según apliquemos las disposiciones reglamentarias de 1962 y 1969 (y su interpretación bajo el Criterio de gestión 36/2015) o directamente el tenor literal del art. 194 del TRLGSS – 2015, con dos soluciones distintas ante una silicosis de primer grado; la que conduce a la calificación de IP en el grado de total o bien la que condiciona tal calificación a la existencia de un requisito adicional no contemplado en la Ley: la inexistencia de puesto exento de riesgo.

La STSJ CL 3290/2019, de dieciocho de julio (ECLI:ES:TSJCL:2019:3290) plantea esta antinomia (FD Tercero), señalando que el contenido de la Orden de 1969 ha de ser examinado a la luz de las posteriores normas que han venido a reglamentar la incapacidad profesional derivada de enfermedad profesional, así como la relativa a seguridad y salud en el trabajo. Asumido que, de la existencia de restricciones (aunque no se constaten limitaciones) que afecten a las tareas fundamentales de una profesión, se puede derivar la existencia de IP en grado de total, parece claro que, desde la generalidad del art. 194 del TRLGSS – 2015, el sistema aplicable sólo a la silicosis de primer grado que deriva de la aplicación de las órdenes de 1962 y 1969 (incluyendo el ya referido Criterio de gestión que determina cómo deben ser interpretadas) debería considerarse como "*lex specialis"*, que impediría la aplicación de la norma general bajo el principio de especialidad normativa: "*lex specialis derogat lex generalis"*, si bien, para que pudiese ser válida esta consideración, la norma especial, reglamentaria, debería superar el juicio de justificación que permitiese su compatibilidad con el principio de igualdad[49]. Y no cabe duda de que, bajo la LGSS – 1966, así era, ya que el juego de ambas normas reglamentarias proporcionaba al trabajador calificado con una IP en grado de total derivada de EP una mayor protección, desde el punto de vista de la prestación, que la que la Ley otorgaba si esa IP derivaba de contingencia común, respondiendo así a una característica de nuestro sistema de Seguridad Social en cuanto a la protección más intensa de la contingencia profesional.

Sin embargo, tal justificación desaparece cuando, trasplantadas tales normas reglamentarias al régimen de protección que dispensa el TRLGSS – 2015 (esencialmente, el vigente desde la LGSS – 1974, que mejora notablemente la protección de la IP en el grado de total sea cual sea la contingencia determinante de la incapacidad), y la doctrina sobre el riesgo derivado de las restricciones médicas impuestas al trabajador, el efecto que se deriva de la aplicación de esa "*lex specialis"* es el de proporcionar al trabajador afectado por una silicosis de primer grado una protección esencialmente inferior a la que se dispensa desde la norma general para otras alteraciones de la salud, incluidas las derivadas de contingencias comunes.

[47] En la redacción correspondiente a la DT 26ª del mismo texto legal, ya que continúa sin producirse el desarrollo reglamentario previsto en el art. 194 del texto articulado veinticinco años después de que se previera el mismo.

[48] No debe identificarse la profesión habitual con la categoría profesional ni con el puesto de trabajo: 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. Además, 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. Así se reitera, entre otras, en STS 2631/2005 de veintisiete de abril (ECLI:ES:TS:2005:2631) o en STS 1119/2020, de once de marzo (ECLI:ES:TS:2020:1119).

[49] Tardío Pato JA. *El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*. Revista de Administración Pública 2003; 162: 189 – 225.
La norma especial prevalecería sobre la general porque se considera que es más apta para regular el supuesto específico y es la que mejor respondería a la voluntad del legislador, y encontrará esta diferencia de trato amparo constitucional siempre que responda a una justificación razonable de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra.

Además, surge otra cuestión en aquellos casos en los que el trabajador pueda acceder a un puesto compatible con la silicosis de primer grado que ha dado lugar a la calificación de una IP en grado de total, y es la exigencia, del art. 194 del TRLGSS - 2015 de que la IP en este grado se asocia con la capacidad del trabajador para dedicarse a otra profesión distinta. Cabría, en aplicación de las reglas de compatibilidad de la pensión por IP en grado de total, el cambio de actividad laboral a otra exenta de exposición al polvo de sílice, pero que no pudiese considerarse como la misma actividad para la que se calificó la IP en grado de total. Nos encontraríamos así con un panorama radicalmente distinto: de estar vedada la calificación de una IP en grado de total e imponerse el cambio de trabajo a un puesto exento de exposición a la sílice[50] a que se deba calificar tal IP y compatibilizar la correspondiente prestación económica con las retribuciones que pudiesen obtenerse del desempeño de la nueva actividad laboral.

Entra aquí en juego la regulación actual del sistema de compatibilidades de la pensión por IP en el grado de total *ex* art. 198 del TRLGSS – 2015, en virtud del cual, en caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total[51]. La calificación de una IP en grado de total en este caso, siendo posible el desempeño de otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa, no necesariamente debería conllevar la extinción contractual, ya que la empresa podría reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual[52], actuando la calificación de IP como causa de una novación del contrato, y no como su extinción.

6. CONCLUSIONES

La aplicación que se viene haciendo de normas reglamentarias dictadas en la década de los 60 del pasado siglo ha venido limitando el acceso a la pensión por incapacidad permanente en el grado de total de los trabajadores diagnosticados de silicosis de primer grado. La evolución normativa

[50] Como se ha expuesto, es muy difícil concebir que en determinadas categorías profesionales se pueda separar la exposición al polvo mineral de las tareas esenciales de la actividad, como ocurre en aquellas actividades laborales que se centran en el cortado y pulido de la piedra, categorías profesionales en las que, eliminar la exposición al polvo mineral, mermaría de forma tan significativa la rentabilidad del trabajador que, considerada la irreversibilidad del cuadro, estaríamos ante situación de IP.

[51] Cierto es que, en ocasiones, el límite entre cambio de puesto o movilidad funcional dentro de la misma profesión y cambio de profesión no es tan claro en lo que se refiera a si puede o no dar lugar a una IP compatible con tal cambio, y así ha ocurrido, por ejemplo, con la denominada "segunda actividad" en algunos cuerpos policiales sujetos al Régimen General de la Seguridad Social, como es el caso de los policías locales en los que, a causa de alteraciones de la salud, el cambio de funciones se realizaba a otras compatibles con su estado de salud, decantándose finalmente el TS por admitir que, aunque con distintas funciones, se mantenía la misma profesión, por lo que no podría ser compatible la pensión por IP en grado de total con el desempeño de esta segunda actividad. Pero esta tesis se apoya en la legislación específica de estos cuerpos en los que, a pesar de ese paso a una segunda actividad, se siegue manteniendo la cualidad profesional de policía local, ya que se preserva una suficiente capacidad funcional para las tareas fundamentales de estos cuerpos, cuales son las relativas al mantenimiento y restauración del orden y la seguridad ciudadana, la prevención de hechos delictivos, su investigación y persecución de los culpables. No obstante, podría verificarse una disminución del rendimiento tal que pudiese dar lugar a la calificación de una IP en grado de parcial, y así se analiza en STS 2324/2009, de veinticinco de marzo (ECLI:ES:TS:2009:2324). Una completa exposición de la cuestión se encuentra en STS 2985/2020, de veintitrés de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2985), en la que se recoge amplia referencia a la doctrina de la Sala sobre la cuestión.

[52] Selva Penalva A. *Cuestiones prácticas en torno a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual*. Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum 2016; 7: 51 – 74.
Razona la autora que la extinción contractual en caso de IPT no es automática, sino que se exige la decisión de la empresa de acogerse a esta causa extintiva; la extinción del contrato de trabajo no resultaría pues una consecuencia automática de la resolución que califica la IPT, que sí actuaría como causa de una novación contractual en la que, de común acuerdo (conforme al carácter del contrato de trabajo), empleador y empleado acuerdan una modificación del contrato conforme a la cual el trabajador pasa a ocupar otro puesto de trabajo y a desarrollar funciones acordes con la capacidad laboral residual que conserve.

posterior, tanto en materia de prevención de riesgos laborales como en materia de Seguridad Social debe llevar a que los distintos operadores jurídicos consideren tales normas reglamentarias definitivamente superadas por un marco normativo actual caracterizado, en relación con el vigente hace más de cincuenta años, por una mayor protección al trabajador afectado por una enfermedad profesional, así como por un marco general que pretende la reinserción laboral del trabajador enfermo en el seno de actividades compatibles con su estado de salud.

Según la tesis expuesta, en aquellas profesiones en las que la exposición al polvo de sílice se asocia a las tareas fundamentales de la misma, el cambio de puesto a uno exento de exposición al sílice en el caso del trabajador afectado por silicosis de primer grado ya no se plantearía como alternativa excluyente de la prestación por incapacidad permanente en grado de total, sino que la prestación y el posible cambio de puesto de trabajo a uno exento de riesgo en lo que se refiere a la exposición al polvo mineral de sílice, si este existiese, serían compatibles en tanto en cuanto las funciones a desarrollar en el nuevo puesto no coincidan con las que dieron lugar a la calificación de la incapacidad. Esta solución, que permite compensar la capacidad laboral perdida a consecuencia de una enfermedad contraída por causa del trabajo y, al mismo tiempo, desarrollar una actividad laboral, sería la solución deseable desde el punto de vista de la integración social del trabajador afectado por una enfermedad profesional.

Desde este planteamiento, el diagnóstico de una silicosis simple, una vez confirmado por los servicios médicos responsables de prestar la asistencia sanitaria por contingencias profesionales (MCSS, empresa colaboradora autorizada para ello o, cuando estas contingencias están aseguradas en la Entidad Gestora, los servicios médicos del Sistema Nacional de Salud), debería conducir a las actuaciones necesarias para iniciar un expediente de incapacidad permanente, sin necesidad de entrar en consideración alguna sobre la existencia o no de puesto libre de exposición al polvo de sílice en la misma empresa.

7. ABREVIATURAS

CNO 11 _____ Clasificación Nacional de Ocupaciones del año 2011

DT _____ Disposición Transitoria

ECLI _____ European Case Law Identifier (Identificador Europeo de Jurisprudencia)

EP _____ Enfermedad profesional

INSS _____ Instituto Nacional de la Seguridad Social

IP _____ Incapacidad permanente

ITSS _____ Inspección de Trabajo y Seguridad Social

LGSS 1966 ____ Texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 1966

LGSS 1974 ____ Texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 1974

LPRL_____ Ley de prevención de riesgos laborales

TRLGSS – 2015 Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015

8. BIBLIOGRAFÍA

Alvino EC, Ahmad TM. *How to Determine Whether Our Patients Can Function in the Workplace: A Missed Opportunity in Medical Training Programs*. Perm J. 2019; 23: 18-259.

Blanco Pérez JJ, Ruíz Rincón C, Cerdeira Rodríguez L. *Inhalación de sílice y sus efectos en la salud.* Pneuma, 2012: 8 (1): 16 – 23.

Callejas Berdones MJ. Valoración de la incapacidad laboral en neumología: neumoconiosis. En VV. AA. Guía de valoración del menoscabo permanente, tercera edición. Instituto de Salud Carlos III. Madrid, 2002: 97 – 108.

Fernández Álvarez R, et al. *Normativa para el diagnóstico y seguimiento de la silicosis.* Archivos de Bronconeumología, 2015; 51 (2): 86-93.

Fernández García C, García González A, Lobato Cañón, JR, Rodríguez Camacho C, Rodríguez Gallego B. *Patologías del tubo digestivo, hígado, páncreas y pared abdominal.* En Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria. Instituto de Salud Carlos III. Madrid 2009.

Menéndez-Navarro A, Cavalin C, García-Gómez M, Gherasim A. *La remergencia de la silicosis como enfermedad profesional en España, 1990-2019 [The re-emergence of silicosis as an occupational disease in Spain, 1990-2019.]*. Rev Esp Salud Publica. 2021 Aug 25;95:e202108106.

Parker JE, Wagner GR. *Silicosis.* En: Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo OIT. Volumen I, Capítulo 10 Aparato respiratorio: 48 – 52.

Redondo MT, Vaz M, Damas C. *End-stage silicosis and lung transplantation: A way forward.* Rev Port Pneumol. 2014; 20 (6): 341.

Rivas Vallejo P. *El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo*. Revista de jurisprudencia laboral 2020; 10. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001120. Accedido 27/07/2022.

San Martín Mazzucconi C. *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos.* Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2004; 53: 181 - 202.

Solans Lampurlanés X, Freixa Blanxart A, Goberna Ortiz R, Moreno Hurtado JJ, Oubiña Albaladejo A. *Aglomerados de cuarzo: medidas preventivas en operaciones de mecanizado. NTP 890.* Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Disponible en http://www.itpshi.es/documents/jornada_silicio/compactos_cuarzo_%20NTP_890w.pdf.

VV.AA. Guía de Valoración Profesional. Tercera Edición. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Madrid, 2014. Disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/661ab039-b938-4e50-8639-49925df2e6bf/GUIA_VALORACION_PROFESIONAL_2014_reduc.pdf?MOD=AJPERES&CVID=. Accedido 18/07/2022.

VV.AA. *Protocolo de vigilancia sanitaria específica. Silicosis.* Ministerio de Sanidad, 2020: 20 – 23.