



Roj: **STSJ AR 488/2018 - ECLI:ES:TSJAR:2018:488**

Id Cendoj: **50297340012018100194**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **18/04/2018**

Nº de Recurso: **164/2018**

Nº de Resolución: **208/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00208/2018

-

CALLE COSO Nº 1

Tfno: 976208361

Fax: 976208405

NIG: 50297 34 4 2018 0100167

Equipo/usuario: MMC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000164 /2018

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000382 /2017

Sobre: INCAPACIDAD PERMANENTE

RECURRENTE/S D/ña Teodora

ABOGADO/A: VICTOR CASTILLON MIRANDA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: I N S S

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Rollo número 164/2018

Sentencia número 208/2018

A.

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO

D. CÉSAR DE TOMÁS FANJUL

D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE

En Zaragoza, a dieciocho de abril de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 164 de 2018 (Autos núm. 382/2017), interpuesto por la parte demandante D.^a Teodora , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Huesca, de fecha 21 de Diciembre de 2017 ; siendo demandado el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre incapacidad permanente absoluta. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos, se presentó demanda por D.^a Teodora , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre incapacidad permanente absoluta, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social de Huesca, de fecha 21 de Diciembre de 2017 , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"DESESTIMO la demanda dirigida por D.^a Teodora contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre IPA, y debo absolver y absuelvo al demandado de los pedimentos contenidos en la demanda."

SEGUNDO .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"PRIMERO.- D.^a Teodora , nacida el NUM000 -1977 y afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con nº NUM001 , tiene como profesión habitual la de dependienta de comercio.

SEGUNDO.- La actora se encontraba en situación de baja IT desde el 10-05-2012 por enfermedad común, e iniciado expediente de incapacidad permanente, fue emitido dictamen propuesta del EVI de 19-02-2014, recayendo resolución del INSS de 25-02-14 por la que se le denegaba el reconocimiento de IP en ninguno de sus grados. Interpuso reclamación previa que fue desestimada.

Interpuesta demanda ante este Juzgado el 24-04-2014, incoándose procedimiento nº 264/2014, y en el que se dictó sentencia nº 62/2015 de 18-03-2015 , por la que estimando la demanda, se reconocía a la actora afecta a una IPT, con una BR de 1.027,50 euros, un porcentaje del 55%, y fecha de efectos económicos de 25-02-2014.

En el hecho probado tercero de la sentencia se indicó: *"La actora padece, derivadas de enfermedad común, las siguientes lesiones: Hernia discal L4-L5 izquierda intervenida. Fibrosis peridural L3-L4-L5. Lumbociática izquierda (secuela de la compresión neural). Abombamiento discal L3-L4. Quiste radicular a nivel L5. Subluxación caderas de predominio izquierdo.*

Y presenta las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales:

Persisten secuelas postquirúrgicas que le impiden realizar cualquier ejercicio físico y mantener posturas estáticas prolongadas (incluyendo sedestación) por dolor lumbar irradiado a EII. Dificultad para la marcha, imposibilidad de cargar pesos, agacharse.

Ante la persistencia de dolor ciático y lumbar mecánicos severos, además de neuropático, se decide incluirla en lista de espera el 4-3-15 para cirugía de artrodesis lateral L3-L4 y L4-L5 con refuerzo posterior con tornillos L3-L4-L5".

TERCERO.- Con fecha 10-11-16 se presenta solicitud de revisión de IP a instancia de parte. Con fecha 1-02-17 se emitió dictamen propuesta del EVI, y con fecha 13-02-17 se dictó resolución del INSS, que acogiendo el dictamen del EVI, desestimó la solicitud de revisión de grado.

Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por resolución del INSS de 21-04-17, previo dictamen del EVI de 29-03-17.

CUARTO.- La actora fue intervenida, en diciembre de 2012 de hernia discal L4-L5 gigante izquierda, que comprimía la raíz L5 izquierda, con radiculopatía subaguda crónica, que presentó evolución tórpida, con lumbociatalgia izquierda residual y hallazgo de fibrosis peridural postquirúrgica.

En febrero de 2016, se planteó nueva cirugía para realización de artrodesis intersomática transpsoas a nivel L3-L4 y L4-L5. La intervención planteó problemas debido a la rotación de una caja intersomática, lo que obligó a dos nuevas operaciones. En la última de ellas, el 25-02-2016, se realizó facetectomía izquierda e impactación de la caja intersomática, consiguiendo recolocación anterior.

Al persistir déficit L5 y L4 y dolor neuropático en EEL se decidió su traslado a la Unidad de Lesionados Medulares del Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza.

Tras ser dada de alta en la Unidad de Lesionados Medulares, se emitió, informe de 15-04-2016, indicando como diagnóstico principal: radiculopatía L2-L3-L4-L5-S1 izquierdas.

En febrero de 2016, es intervenida de nuevo de artrodesis lateral, quedando como secuela residual una radiculopatía de L2 a S1, un dolor neuropático y raquideo intenso.

QUINTO.- El estado patológico y secular de la actora a la fecha del hecho causante es la siguiente: "secuelas de cirugía de hernia discal a nivel L4-L5 en 2012; a pesar del tratamiento intensivo de rehabilitación presenta debilidad en la EH con imposibilidad de flexión dorsal del pie, precisando de férula antiequino tipo FOOT-UP; presenta necesidad de tomar fármacos neuromoduladores y opiáceos para intentar controlar su dolor neuropático y raquideo; no puede deambular con normalidad por sus limitaciones físicas; tiene dificultades para andar distancias cortas sin dolor, para salvar obstáculos y presenta limitaciones para subir o bajar escaleras; no puede coger pesos o hacer esfuerzos así como también evitar posturas mantenidas".

Tras el reconocimiento de IPT no se ha reincorporado al mercado laboral, y por ende, no ha realizado actividad laboral alguna.

SEXTO.- La base reguladora mensual de la prestación solicitada por contingencia común asciende a 1.027,50 euros, siendo la fecha del hecho causante de 5-11-2013 y de efectos económicos el 1-02-2017".

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Social de Huesca dictó sentencia en fecha 18-3-2015 declarando a la actora afecta de incapacidad permanente total para su profesión habitual. El día 10-11-2016 esta pensionista presentó solicitud de revisión por agravación, tramitándose un expediente de revisión del grado de incapacidad permanente, que finalizó con resolución denegatoria de la Entidad Gestora. Esta trabajadora interpuso demanda contra el INSS solicitando la revisión por agravación de la citada pensión y que se le declare afecta de incapacidad permanente absoluta, la cual fue desestimada por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

La accionante interpuso recurso de suplicación contra dicha resolución, formulando dos motivos al amparo de la letra b) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en los que postula la adición de un hecho probado nuevo y la revisión del ordinal cuarto.

La incorporación de un hecho probado nuevo se sustenta en el dictamen pericial obrante al folio 82 de las actuaciones y en el documento del folio 83. El informe obrante al folio 83, emitido por una facultativa seis días antes del juicio oral "para los efectos oportunos", tiene la naturaleza de prueba testifical documentada, carente de eficacia revisora suplicacional (por todas, sentencias de esta Sala nº 367/2006, de 5 de abril; 970/2007, de 31 de octubre; 65/2009, de 4 de febrero; 708/2010, de 13 de octubre; 238/2011, de 6 de abril; 483/2011, de 29 de junio; 547/2011, de 15 de julio; 317/2012, de 13 de junio; 106/2013, de 23 de febrero y 26/2014, de 22 de enero). Y la pericia médica de parte invocada por la parte recurrente en apoyo de su pretensión revisora no demuestra, en el presente recurso extraordinario de suplicación, la certeza del texto cuya incorporación se solicita, lo que obliga a desestimar esta pretensión revisora.

SEGUNDO .- Por el contrario, el informe de resultado de TC de columna lumbo-sacra sin contraste realizado el 4-4-2016, obrante al folio 90 de las actuaciones, demuestra que en la citada fecha el dispositivo intersomático L4-L5 continuaba migrado hacia delante y a la izquierda, con laminectomía descompresiva en dicho nivel, lo que evidencia el error del hecho probado cuarto al considerar acreditado que la intervención quirúrgica realizada el 25-2-2016 consiguió la recolocación de la caja intersomática, por lo que procede estimar la segunda pretensión revisora, debiendo constar que el *"dispositivo intersomático L4-L5 (continúa) migrado hacia delante y a la izquierda con laminectomía descompresiva a dicho nivel, siendo el diagnóstico: dispositivo intersomático de L4-L5 migrado"*.

TERCERO .- En el siguiente motivo del recurso, formulado al amparo de la letra c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia la infracción del art. 194.1.c) en relación con el art. 200 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), alegando, en síntesis, que las dolencias de la accionante son tributarias, por su gravedad, de una incapacidad permanente absoluta.

El art. 193.1 de la LGSS, en la redacción aplicable a la presente litis, define la incapacidad permanente como la *"situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado*

de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral".

CUARTO .- El art. 194.5 de la LGSS, en la redacción aplicable en virtud de la disposición transitoria vigésima sexta de este texto legal, define la incapacidad permanente absoluta como aquella que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. La jurisprudencia ha rechazado la calificación de la incapacidad permanente absoluta cuando el trabajador puede desempeñar oficios o profesiones que no exijan el esfuerzo en su ejecución, como pueden serlo los sedentarios o cuasi-sedentarios (sentencias del Tribunal Supremo de 15-12-1988 y 17-7-1990). Ahora bien, partiendo de la constatación de que cualquier actividad por cuenta ajena comporta unas exigencias mínimas de profesionalidad, rendimiento y dedicación, de cuyo cumplimiento depende la posibilidad de apreciar la existencia de una capacidad laboral valorable en términos reales de empleo, ha considerado como constitutivos de incapacidad permanente absoluta padecimientos del indicado carácter cuando por su gravedad y persistencia impiden una regular prestación del trabajo (sentencias del Tribunal Supremo de 16-2-1989 y 22-1-1990). En efecto, el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta el texto legal, sus antecedentes históricos, su espíritu y su finalidad, considera que la incapacidad permanente absoluta no solo debe reconocerse "al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, sino también, a aquél que, aun con aptitudes para algunas actividades, no tenga facultades reales para consumir, con cierta eficacia, las tareas componentes de una cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral".

QUINTO .- El Juzgado de lo Social de Huesca declaró a esta trabajadora afecta de incapacidad permanente total en fecha 18-3-2015 por presentar las dolencias siguientes: 1) hernia discal L4-L5 izquierda intervenida, 2) fibrosis peridural L3-L4-L5, 3) lumbociática izquierda (secuela de la compresión neural), 4) abombamiento discal L3-L4, 5) quiste radicular a nivel L5 y 6) subluxación de caderas de predominio izquierdo. Debido a ello padecía las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: "secuelas postquirúrgicas que le impiden realizar cualquier ejercicio físico y mantener posturas estáticas prolongadas (incluyendo sedestación) por dolor lumbar irradiado a EII. Dificultad para la marcha, imposibilidad de cargar pesos, agacharse. Ante la persistencia de dolor ciático y lumbar mecánicos severos, además de neuropático, se decide incluirla en lista de espera el 4-3-15 para cirugía de artrodesis lateral L3-L4 y L4-L5 con refuerzo posterior con tornillos L3-L4-L5".

Con posterioridad se realizó artrodesis intersomática a nivel L3-L4 y L4-L5 en febrero de 2016, planteándose problemas debido a la rotación de una caja intersomática, lo que obligó a reintervenir quirúrgicamente. En abril de 2016 el dispositivo intersomático L4-L5 continuaba migrado hacia delante y a la izquierda.

En la actualidad sus dolencias son las siguientes: "Secuelas de cirugía de hernia discal a nivel L4-L5 en 2012; a pesar del tratamiento intensivo de rehabilitación presenta debilidad en la EII con imposibilidad de flexión dorsal del pie, precisando de férula antiequino tipo foot-up; presenta necesidad de tomar fármacos neuromoduladores y opiáceos para intentar controlar su dolor neuropático y raquídeo; no puede deambular con normalidad por sus limitaciones físicas; tiene dificultades para andar distancias cortas sin dolor, para salvar obstáculos y presenta limitaciones para subir o bajar escaleras; no puede coger pesos o hacer esfuerzos así como también evitar posturas mantenidas". Tras el reconocimiento la incapacidad permanente total no se ha reincorporado al mercado laboral.

El hecho probado cuarto de la sentencia de instancia menciona el informe del Servicio de Rehabilitación de la Unidad de Lesionados Medulares fechado el 15-4-2016. Ese informe lo invoca asimismo la Letrada de la Administración Pública de la Seguridad Social. En dicho informe se explica que no se ha logrado disminuir el intenso dolor neuropático en miembros inferiores de esta paciente, la cual realiza la marcha en interiores con dos bastones y ortesis activa tipo boxia y en exteriores con andador.

SEXTO .- A juicio de esta Sala, disintiendo respetuosamente de la Jueza de lo Social, con posterioridad a que en el año 2015 se declarase a esta trabajadora afecta de incapacidad permanente total para su profesión habitual, fue sometida a intervenciones quirúrgicas en su columna lumbar, produciéndose una agravación de sus dolencias, debiendo concluir que el cuadro secuelar que presenta en la actualidad le impide desarrollar, con la profesionalidad exigida por una economía de mercado, cualquier profesión u oficio, haciendo hincapié en que 1) necesita tomar fármacos neuromoduladores y opiáceos para intentar controlar su intenso dolor neuropático y raquídeo; 2) no puede deambular con normalidad, presentando dificultades para andar distancias cortas sin dolor y para salvar obstáculos, estando limitada para subir o bajar escaleras; 3) no puede coger pesos o hacer esfuerzos; 4) debe evitar posturas mantenidas; y 5) presenta debilidad en la extremidad inferior izquierda con imposibilidad de flexión dorsal del pie, por lo que utiliza férula antiequino tipo foot-up. Este cuadro secuelar le imposibilita para llevar a cabo cualquier profesión u oficio, incluidas las livianas y sedentarias. Por ello, la aplicación del art. 194.5, en la redacción aplicable de conformidad con la disposición transitoria vigésima sexta

de la de vigente LGSS, obliga a estimar el recurso interpuesto, revocando la sentencia de instancia, declarando a la actora afecta de incapacidad permanente absoluta.

En atención a lo expuesto,

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Teodora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Huesca el 21 de diciembre de 2017, revocando la sentencia de instancia. Estimamos la demanda interpuesta por D^a. Teodora contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando a la actora en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión del 100 por ciento de la base reguladora de 1.027,50 euros mensuales en las condiciones y con los efectos legal y reglamentariamente previstos. Se condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a abonar las prestaciones económicas.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.
- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.
- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.