

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

JSP

IL·LM. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

IL·LM. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

IL·LMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

Barcelona, 9 de febrer de 2012

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA núm. 1045/2012

En el recurs de suplicació interposat per ... a la sentència del Jutjat Social 17 Barcelona de data 21 de febrer de 2011 dictada en el procediment núm. 501/2010, en el qual s'ha recorregut contra la part -I.N.S.S.- (Instituto Nacional de la Seguridad Social), ha actuat com a ponent Il·lma. Sra. MATILDE ARAGÓ GASSIOT.

## ANTECEDENTES DE HECHO

Primer. En data 25 de maig de 2010 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre invalidesa grau, la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 21 de febrer de 2011, que contenia la decisió següent: " que, desestimando totalmente la demanda interpuesta por ... contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debo absolver y absuelvo a la indicada demandada de cuantos pedimentos se formulan contra ella en la demanda "

Segon. En aquesta sentència es declaran com a provats els fets següents:

1º- La parte demandante, nacida el ..., está encuadrada en el Régimen General de la Seguridad Social y su profesión habitual es la de ayudante de cocina.

2º- El 22.2.10, la parte demandante, en situación de asimilada al alta por paro involuntario, solicitó prestaciones de incapacidad permanente. Incoado expediente, la parte demandante fue reconocida por el Institut Català d'Avaluacions Mèdiques (ICAM) el 23.3.10. El INSS, mediante resolución de 12.4.10, acordó denegar la solicitud.

3º- La parte demandante formuló reclamación previa, que le fue desestimada.

4º- La parte demandante padece:

- Fibromialgia en control y tratamiento.

- Gonartrosis leve con condropatía rotuliana.
- Hernia discal L5-S1 sin signos clínicos de afectación radicular.
- Trastorno adaptativo mixto de grado leve.

5º- La base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente total para la profesión habitual es de 513,01 Eur. mensuales y la fecha de efectos es 23.3.10.

La base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente parcial es de 687,60 Eur..

Tercer. Contra aquesta sentència la part demandant va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària que no el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER. Contra la sentència que desestima la demanda de declaració de grau d'incapacitat permanent total, postula la defensa de la part actora, com a primer motiu del recurs, la revisió dels fets provats, per la via de l' article 191 b) de la LPL.

Als dits efectes es sol licita la modificació del fet provat quart de la sentència, en el que demana incloure que pateix, a més de les lesions que es descriuen, que el grau de la fibromiàlgia és sever (18/18 punts de FM) sense millora efectiva amb els tractaments diversos.- Gonartrosi, amb condropatia rotuliana.- Hèrnia discal L5-S-1, sense signes d'afectació radicular.- Trastorn adaptatiu mixt lleu.- Dolor generalitzat en extremitats inferiors i zona lumbar.

S'ha de tenir present als dits efectes que conforme constant doctrina jurisprudencial per a que prosperi aquesta causa de suplicació, en base al caràcter extraordinari d'aquest recurs, és necessària la concurrència dels següents elements:

- a) l'existència d'un error en el jutjador en la valoració de la prova, de forma clara i palesa, no basat en conjectures o raonaments;
- b) que aquest error es basi en documents o perícies obrants en les actuacions que ho posin en evidència;
- c) que el recurrent assenyali els paràgrafs a modificar, tot proposant una redacció alternativa que concreti la seva pretensió revisora;
- d) que els resultats que es postulen, encara que es basin en els dits mitjans de prova, no quedin desvirtuats per altres proves practicades al llarg del judici, atès que en cas de contracció ha de prevaler el criteri del jutge d'instància, en tant que la llei li reserva la funció de valoració de les proves; i
- e) que les modificacions sol licitades siguin rellevants i transcendents per a la resolució de les qüestions plantejades.

D'altra banda, és criteri sostingut pacíficament i des d'antic per aquesta Sala (entre moltes d'altres, SS números 4985/1994, de 26 de setembre; 5654/1994 de 24 d'octubre; 6495/1994 de 30 de novembre; 102/1995, de 16 de gener, 1397/1995, de 28 de febrer;, 1701/1995 i 2009/1995, d'11 i 22 de març; 3284/1995 i 3330/1995 de 23 i 24 de maig; 3633/1995 i 3915/1995 de 9 i 23 de juny; 4890/1995 de 19 de setembre; i 6023/1995, 2300/1995 y 6454/1995, de 7, 20 i 28 de novembre, 1028/1996, 1325/1996 i 8147/1996, de 19 de febrer, 1 de març i 9 de desembre; 3397/1997, 4317/1997, 4393/1997 i 4828/1997, de 9 de maig, 12 i 14 de juny i 4 de juliol; i 6002/1998, 14 de setembre i 7068/1998, de 16 d'octubre) tot aplicant la constant jurisprudència del Tribunal Suprem (també entre d'altres, Sentències de la Sala del Social del Tribunal Suprem de 12 de març, 3, 17 i 31 de maig, 21 i 25 de juny i 10 i 17 de desembre de 1990 i 24 de gener de 1991), que davant dictàmens mèdics contradictoris, llevat la concurrència de circumstàncies especials, s'ha d'atendre la valoració realitzada pel magistrat d'instància en virtut de les competències i atribucions que li atribueix l' article 97.2 de la Llei de Procediment Laboral, l' article 218.2 de la Llei d'Enjudiciament Civil i l' art. 120.3 de la Llei Orgànica del Poder Judicial.

Doncs bé, l'actora cita com a documents de contrast els que consten als folis 67, 68, 69, informes mèdics relatius a la comunicació de la situació d'incapacitat temporal; foli 70, comunicació d'acomiadament per l'empresa per incapacitat sobrevinguda; 37, informes de la Dra. Justa, de la sanitat pública, que fa constar les severes dificultats que pateix l'actora per fer treball domèstic; foli 44, infome

psiquiàtric, que refereix el tractament que s'ha instaurat a la demandant; foli 45, Dr. Remigio, i 46 Dr. José María, que fan constar que la demanant pateix fibromiàlgia i fatiga crònica, presentant nul·la o escassa resposta al tractament; informe Dr. Miguel Ángel, que diagnostica l'empitjorament de la síndrome fibromiàlgica, indicant que precisa tractament en clínica del dolor i que ha empitjorat, amb important afectació a zona lumbar i extremitats inferiors, valorant que no pot realitzar les funcions de la seva professió; foli 35, informe pericial de l'actora en el mateix sentit; foli 141 informe del metge forense, que conclou que el diagnòstic de fibromiàlgia comporta que l'actora no pot realitzar una activitat de sobrecàrrega a gran esforç.

Te raó la part recurrent quan indica que la fibromiàlgia s'hauria de graduar, ja que el diagnòstic de la malaltia, segons el grau, pot donar lloc o no a la incapacitat, podent-se valorar la ommissió d'aquesta precisió com un error de la sentència, que és transcendent, ja que no possibilita la valoració concreta de les limitacions que pateix l'actora. A la vista de la valoració bastant unànime dels documents que cita el recurrent, s'ha de revisar el fet provat, ja que consten informes de l'Hospital públic de L'Hospitalet, reiterats, en els que es tracta la demandant, en els que s'indica que l'actora pateix fibromiàlgia i fatiga crònica (19-05-2010, 26-11-2010, 28-10-2010), així com de l'Àrea Bàsica de Salut de La Torrassa, en el mateix sentit, que valoren les severes dificultats que comporta per la demandant el grau sever de fibromiàlgia que pateix; que en els referits informes es diu que el tractament de dolor requereix opiacis, expressen tots els informes dels metges que tracten habitualment a la demandant que el grau de la patologia que pateix és severa, a causa de les grans limitacions que li produeix i el grau de dolor que ha de ser tractat. Per tant, s'ha d'estimar el recurs i incloure en part les patologies que el demandant indica, especial, que la síndrome de fibromiàlgia és severa (18/18 punts) sense millora efectiva amb els tractaments.

SEGON. Emparat en la via de l'apartat c) de l'article 191 de la Llei de procediment laboral, al·lega el demandant la infracció de l'art. 137.4 de la LGSS, en relació al 12.2 de la OM de 15 d'abril de 1969, indicant que la descripció de la situació patològica que realitza la sentència impugnada obliga a valorar que la demandant està incapacitada, per a la seva professió habitual de ajudant de cuina, que és la professió a tenir en compte a efectes de incapacitat permanent, qüestió no controvertida. D'acord amb la jurisprudència que cita la recurrent, la professió habitual a efectes de incapacitat permanent ha de ser la exercitada prolongadament i no la residual al qual exercici ha pogut haver conduït la situació incapacitant (STS 9 de desembre de 2002, que cita i concordants...). Tal com també diu la sentència del TS de 18-1-2007, rec. 2827/2005: "Se ha entendido por la doctrina que, a falta de otra norma reglamentaria, debía aplicarse lo dispuesto en la OM de 15 de abril de 1969 en cuyo art. 11.2 EDL1969/1019 se ordena que " se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, y en caso de enfermedad, común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez ". Sentada aquesta qüestió, en referència a la situació d'incapacitat permanent la jurisprudència ve assenyalant amb reiteració - entre moltes d'altres, SSTS 15.06.1990, 18.01.1991 i 29.01.1991 - que per a la correcta valoració de la invalidesa corresponent, les lesions i seqüeles respecte concorren en un subjecte afectat, han de ser apreciades conjuntament, de forma que encara que els diferents mals que integren l'estat patològic d'aquell, considerats aïlladament no comportin cap grau d'incapacitat, sí es pot arribar a una conclusió contrària quan es valorin i ponderin conjuntament. Pel que fa al grau de total, com s'indica a la STS de 26.06.1991, l'art. 137, en referir-se a la incapacitat permanent total - en relació, mentre no es produeixi el desenvolupament reglamentari amb l'establert a l'art. 12.2 de l'Ordre de 15 d'abril de 1969 - la refereix a la professió habitual. Això ha comportat que la jurisprudència hagi vingut destacant reiteradament - entre d'altres, SSTS de 12.06.1986 i 24.07.1986, entre moltes d'altres - el caràcter essencial i determinant de la professió en la qualificació jurídica de la situació residual de l'afectat; de tal forma que, unes mateixes lesions o seqüeles poder ser constitutives o no d'incapacitat permanent en funció de les activitats o tasques que requereixi la professió del presumpte incapacitat.

D'acord amb la valoració anterior, hem d'estimar el motiu del recurs, ja que la professió s'ajudant de cuina s'ha de considerar que, si bé com diu la sentència no és de gran esforç físic, sí comporta exigències ergonòmiques difícils de mantenir de manera continuada per una persona que pateixi una severa fibromiàlgia, element que ha quedat incorporat al relat fàctic, ja que per l'exercici de la seva professió es precisa bipedestació continuada i uns requeriments de manualitat eficient i d'esforç físic, amb sobrecàrrega lumbar, que pot ser en ocasions important, i que encara que es consideri que pot estar capacitada per realitzar aquestes funcions de manera esporàdica, el que no es pot valorar és que pugui tenir una mínima rendibilitat laboral, ateses les limitacions que el dolor li provoca. Per tant, aplicant el criteri sostingut per aquesta Sala en supòsits anàlegs, s'estima el recurs per revocar la sentència de instància i declarar a la demandant en situació d'incapacitat permanent en grau de total i el dret a la pensió corresponent, per valor del 55% de la base reguladora declarada provada i des de la data d'efectes acceptada per les parts i que consta en el fet provat primer.

Vistos els preceptes legals esmentats,

## FALLO

Que hem d'estimar i estimem en part el recurs de suplicació interposat per ... contra la sentència dictada pel Jutjat Social número 17 dels de Barcelona, de data 21 de febrer de 2011, en les actuacions 501/10, seguides contra l'INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL, en matèria d'incapacitat permanent total i en conseqüència, revoquem la sentència dictada.

Estimem la demanda i declarem al actora en situació d'incapacitat permanent en grau de total per a l'exercici de la seva professió habitual, derivada de malaltia comuna, i el dret a percebre la pensió per valor del 55% de la base reguladora de 513,01 euros mensuals, des de la data d'efectes del dia 23-03-2010. Condemnem a l'INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL a estar i passar per aquesta declaració i al pagament de la prestació reconeguda a la demandant.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social.

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l' article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, consignarà com dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el Banc Espanyol de Crèdit -BANESTO-, en l'Oficina núm.2015 situada a la Ronda de Sant Pere, núm. 47 de Barcelona, n° 0965 0000 66, afegint a continuació els números indicatius del recurs en aquest Tribunal.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, quan així procedeixi, s'efectuarà en el compte que aquesta Sala té obert en l'oficina bancària esmentada al paràgraf anterior, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació els números indicatius del Recurs en aquest Tribunal, i havent d'acreditar que s'ha fet efectiva al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, el/la Magistrat/ada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.