

TSJ de Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 9-11-2012, nº 7594/2012, rec. 1774/2012  
Pte: Preciado Domenech, Carlos Hugo

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG: 17079 - 44 - 4 - 2011 - 8004805

AM

Ilmo. Sr. JACOBO QUINTANS GARCIA

Ilmo. Sr. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 9 de noviembre de 2012

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 7594/2012

En el recurso de suplicación interpuesto por Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Girona (UPSD social 3) de fecha 13-12-2011 dictada en el procedimiento Demandas num. 118/2011 y siendo recurrida.... Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8-2-2011 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Invalidez grado, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 13-12-2011 que contenía el siguiente Fallo:

"Que, estimando la demanda interpuesta por Doña ... contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro a la parte actora en situación de invalidez permanente grado de absoluta para todo trabajo, con origen en accidente no laboral y condeno, en consecuencia, a la entidad gestora demandada a que le reconozca y abone una pensión vitalicia y mensual equivalente al 100 por 100 de su base reguladora de 526,50 Eur., más mejoras y revalorizaciones correspondientes, con efectos desde el 7 de octubre de 2010 y revisable a partir de 6 de octubre de 2011."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- La demandante, nacida el día 27 de mayo de 1957, se encuentra afiliada y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social (no controvertido).

SEGUNDO.- Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Girona, de fecha 15 de febrero de 2001, dictada en los autos 502/2000, se declaró a la actora afectada de incapacidad permanente total para su profesión habitual de relaciones públicas en el sector de hostelería, por presentar el siguiente cuadro residual: "Doble cirugía discal con artrodesis L4-L5 tras una discectomía y una fibrosis epidural, por inestabilidad lumbar. EMG positivo L4 y L5. Hernia discal L3-L4 y L5-S1. Lumbalgia ciática severa y rebelde al

tratamiento médico y físico. Limitación funcional importante de EID por debilidad global y por dolor. Rigidez con limitación de la movilidad del raquis lumbar en un 40%" (hecho primero de la demanda y sentencia obrante al expediente administrativo, folios 28 a 33 y al ramo de prueba de la actora, folios 101 a 106, no controvertido).

TERCERO.- La actora formuló solicitud de revisión de grado de incapacidad en fecha 20 de septiembre de 2010 y en fecha 28 de septiembre de 2010 fue reconocida por el ICAM, que emitió dictamen con el siguiente diagnóstico: "Artrodesis L4-L5 después d'una discectomía i una fibrosi epidural per inestabilitat lumbar. Radiculopatia L5. Hernia discal L3-L4 i L5-S1. Fibromialgia. Disfonia. Síndrome del túnel carpià bilateral. Trastorn adaptatiu. Hipoacúsia. Hernia de hiatus. Gonalgies" (hecho segundo de la demanda y dictamen del ICAM, folios 13-14, obrante al expediente administrativo, no controvertido).

CUARTO.- La Dirección Provincial del INSS, en resolución de 7 de octubre de 2010, en base al mismo diagnóstico del ICAM, declaró no haber lugar a revisar por agravación el grado de incapacidad total declarado a la trabajadora demandante, por cuanto las secuelas que presenta siguen constituyendo en la actualidad el mismo grado de incapacidad que ya le fuera reconocido para su profesión de relaciones públicas, sin que le impidan desarrollar otra profesión diferente (hecho segundo de la demanda y resolución, obrante al expediente administrativo, folios 16-17 y al ramo de prueba de la actora, folio 44, no controvertido).

Interpuesta reclamación previa en fecha 24 de noviembre de 2010, fue desestimada en resolución de fecha 14 de diciembre de 2010, que confirma la resolución anterior (hecho tercero de la demanda, resolución denegatoria, obrante a folio 8 y reclamación previa y resolución, al expediente administrativo, folios 18 a 25 y al ramo de prueba de la actora, folios 45 a 50, no controvertido).

QUINTO.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 526,50 Eur. mensuales (contestación a la demanda por parte de la entidad gestora, en extremos admitidos por la actora).

SEXTO.- La actora en 2001 presentaba las siguientes dolencias: Doble cirugía discal con artrodesis L4-L5 tras una discectomía y una fibrosis epidural, por inestabilidad lumbar. EMG positivo L4 y L5. Hernia discal L3-L4 y L5-S1. Lumbalgia ciática severa y rebelde al tratamiento médico y físico. Limitación funcional importante de EID por debilidad global y por dolor. Rigidez con limitación de la movilidad del raquis lumbar en un 40%.

Las referidas dolencias han progresado presentado un importante dolor característico de síndrome de cirugía lumbar fallida. La actora sigue tratamiento en clínica del dolor del Hospital Trueta a base de muchos mórficos, sin buena tolerancia. En agosto de 2010 se le ha prescrito por el Servicio de Traumatología de Vall D'Hebron la utilización de silla de ruedas para desplazamientos extradomiciliarios, al tiempo que utiliza en su domicilio muletas, habiéndose producido varias caídas. Presenta limitación funcional de la columna con rigidez importante en la movilidad.

Además ha presentado en los últimos años las siguientes dolencias: Síndrome del túnel carpiano bilateral. Hipoacusia de predominio izquierdo. Hernia de hiatus. Epicondilitis. Fibromialgia. Disfonía y laringitis. Gonalgies. Trastorno adaptativo de características emocionales mixtas, en tratamiento.

(Todo lo anterior resulta del dictamen ICAM, folios 13-14, de los informes médicos aportados por la actora, folios 51 a 100 e informes médicos aportados por el INSS, folios 118 a 127 y de las periciales médicas practicadas).

SÉPTIMO.- Por resolución del Departament d'Acció Social i Ciutadania, de junio de 2007, se ha reconocido a la actora un grado de disminución del 40%, al tiempo que se determina la existencia de dificultad para la utilización de transportes públicos (resolución obrante a folio 68).

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- EL demandado, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia num. 596/2011 dictada por el Juzgado de lo Social num. 3 de Girona en fecha 13 de diciembre de 2011 en los autos 118/2011, que estima la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> ... frente al INSS, en materia de revisión de grado de incapacidad por agravación.

El recurso de suplicación ha sido impugnado por la representación procesal de la parte actora.

SEGUNDO.- -La recurrente, al amparo del apartado b) del art.191 LPL , solicita la revisión de los hechos probados, en concreto del hecho probado sexto, proponiendo la siguiente redacción alternativa:

" SEXTO.- La actora en 2001 presentaba las siguientes dolencias: Doble cirugía discal con artrodesis L4-L5 tras un discectomía y una fibrosis epidural, por inestabilidad lumbar. EMG positivo L4 y L5. Hernia discal L3-L4 y L5-Sa. Lumbalgia ciática severa y rebelde al tratamiento médico y físico. Limitación funcional importante en EID por debilidad global y por dolor. Rigidez con limitación de la movilidad del raquis lumbar en un 40%. Actualmente la actora padece "Artrodesis L4-L5 después de una discectomía u a fibrosis epidural por inestabilidad lumbar. Radiculopatía L% Hernia discal L3-L4 y L5-S1. Fibromialgia. Disfonía. Síndrome del túnel carpiano bilateral. Trastorno adaptativo. Hipoacusia. hernia de hiatus. Gonalgias."

Dicha adición la basa en los folios 13-14,118-119,60,63,66,67,68 y 78 y básicamente interesa que en base a los mismos se suprima el párrafo segundo del hecho probado, donde se dice que "las referidas dolencias han progresado presentando un importante dolor característico del síndrome de cirugía lumbar fallida. la actora sigue tratamiento en clínica del dolor del Hospital Trueta a base de muchos mórficos, si buena tolerancia. En agosto de 2010 se le ha prescrito pro el Servicio de Traumatología de Vall d'Hebrón la utilización de silla de ruedas para desplazamientos extradomiciliarios, al tiempo que utiliza en su domicilio muletas, habiéndose producido varias caídas, Presenta limitación funcional de la columna con rigidez en la movilidad. Además ha presentado los últimos años las siguientes dolencias: síndrome del túnel carpiano bilateral. Hipoacusia de predominio izquierdo. Gonalgias. Hernia de hiatus. Epicondilitis. Fibromialgia. Disfonía y laringitis. Trastorno adaptativo de características emocionales mixtas, en tratamiento.

El recurso no puede prosperar, puesto que la parte del relato fáctico cuya supresión se pretende se desprende de la pericial de la parte actora, que en relación a la patología del raquis lumbar contiene una medición del índice de incapacidad de OSWESTRY, que arroja un índice de discapadiad del 82%, de donde la resolución recurrida extrae, haciendo suyas las conclusiones de dicho informe que concluye que la mayor gravedad del síndrome de fracaso de cirugía lumbar provoca una pérdida de autonomía que implique cualquier grado de la flexión de tronco, estar de pie e incluso sedestar, cumpliendo el baremo de movilidad y con necesidad de uso de silla de ruedas para desplazamientos fuera de domicilio, lo que se corrobora por otros documentos, como el obrante al folio 93 en que se prescribe silla de ruedas, el tratamiento en clinica del dolor (f.74,75).

En contraste con dichas conclusiones probatorias la documental y pericial citada por la recurrente no evidencian error alguno en la valoración, como se desprende de la necesidad de citar multitud de documentos, de los que extrae en una valoración conjunta, parcial, interesada y sesgada, una conclusión contraria a la que la resolución recurrida adopta.

En este sentido, constituye criterio asentado desde antiguo en esta Sala (entre muchas otras: SSTSJ Catalunya números: 4985/1994, de 26 de septiembre; 5654/1994 de 24 de octubre; 6495/1994 de 30 de noviembre; 102/1995, de 16 de enero, 1397/1995, de 28 de febrero;, 1701/1995 y 2009/1995, d'11 y 22 de marzo; 3284/1995 y 3330/1995 de 23 y 24 de mayo; 3633/1995 i 3915/1995 de 9 y 23 de junio; 4890/1995 de 19 de septiembre; y 6023/1995, 2300/1995 y 6454/1995, de 7, 20 y 28 de noviembre, 1028/1996, 1325/1996 i 8147/1996, de 19 de febrero, 1635/2010 de 24 de enero de 2011; 1796/2010 de 20 de diciembre de 2010, entre otras recientes, que aplican todas la doctrina del TS, entre otras: SSTS 12 marzo, 3, 17 y 31 de mayo, 21 y 25 de junio y 17 de diciembre de 1990 y 25 de enero de 1991, que ante dictámenes médicos contradictorios, excepto la concurrencia de circunstancias especiales, se ha de atender a la valoración realizada por el Magistrado de instancia en virtud de las competencias que le asignan el art.97.2 LRJS; 218.2 LEC y 120.3 CE.

En conclusión, no se evidencia error alguno en la valoración, por lo que este motivo no puede prosperar.

TERCERO.-.-El recurrente, al amparo del apartado C) del art.191 de la LPL , solicita el examen de la infracción las normas sustantivas o de la jurisprudencia, por entender infringido el art. 143 LGSS , art. 36 Orden Ministerial de 15/04/69 y 137.5 LGSS .

La impugnante se opone a tal motivo por considerar que la resolución recurrida valora correctamente la agravación del grado.

La sentencia recurrida estima la existencia de una agravación respecto de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de relaciones públicas que se concedió el 15/02/2001, y que en la actualidad la hace tributaria de una incapacidad permanente absoluta.

Hay que partir de que nos hallamos ante un proceso de revisión de grado por agravación previsto en el art.143.2 LGSS y en los arts. 36 a 40 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 (BOE 8 mayo 1969, nuŽm. 110, (paŽg. 6934). Tiene dicho el TS que estos procesos son idénticos en lo esencial a los procesos de declaración de incapacidades pues ambos están encaminados a la misma finalidad, que es la evaluación de las capacidades o incapacidades de trabajo o de ganancia de una persona a la vista de la apreciación conjunta de las secuelas de todas sus dolencias STS 2 octubre 1997.

En cuanto a los requisitos para que proceda la estimación de la revisión de grado por agravación tiene dicho el TS y la doctrina de

esta Sala que son:

-que realmente se haya producido una agravación, resultado de confrontar los padecimientos que aquejaban al trabajador, cuando fue declarado en situación de incapacidad permanente y el cuadro clínico que presenta al postular la revisión del que primitivamente fue reconocido, afirmando el TS en SS. de 6 y 18 octubre 1980 ( y ), 2 febrero, 2 abril y 24 y 29 septiembre 1981 (., y) y 20 febrero y 29 abril 1982 \871 y) entre otras-, que la revisión sólo se puede reconocer si, tras la valoración global del estado del trabajador por cuanto a sus aptitudes laborales respecta, se concluye que no es el mismo, o muy semejante, al que presentaba cuando se le declaró la incapacidad inicial;

-que el nuevo cuadro clínico, por su entidad, determine la modificación del grado de incapacidad ya que no todo empeoramiento lleva aneja la elevación del grado de invalidez, sino sólo aquél que por la entidad de las dolencias que sufra y su repercusión en la capacidad laboral, realmente la hayan disminuido o anulado por completo, (STS Sentencia de 15 enero 1987) Sentencia de 20 septiembre 1985).

-que el interesado no haya cumplido la edad mínima de jubilación( Sentencia de 15 diciembre 1993)

- que la revisión de grado se solicite una vez transcurrido el plazo a partir del que se pueda instar la revisión señalado en el reconocimiento inicial de grado, salvo que, la patología que se invoca es diversa, difiriendo cualitativamente de la determinante del grado de incapacidad permanente que se pretende revisar, STSJ Cataluña, núm. 2448/2003 de 14 abril, STSJ Catalunya 7521/2001 de 3 octubre.

Sentadas tales premisas, en el caso de autos la recurrente tenía reconocida por sentencia de 15 de febrero de 2001 una IP total para su profesión de relaciones públicas en el sector de la hostelería, con las siguientes dolencias: Doble cirugía discal con artrodesis L4-L5 tras una discectomía y una fibrosis epidural, por inestabilidad lumbar. EMG positivo Lr y L5. Hernia discal L3-L4 y L5-S1. Lumbalgia ciática severa y rebelde al tratamiento médico y físico. Limitación funcional importante en EID por debilidad global y por dolor Rigidez con limitación de la movilidad del raquis lumbar en un 40%.

En la actualidad sufre: importante dolor característico de síndrome de cirugía lumbar fallida. La actora sigue tratamiento en clínica del dolor del Hospital Trueta a base de muchos mórnicos, sin buena tolerancia. En agosto de 2010 se le ha prescrito por el Servicio de Traumatología de Vall D'Hebrón la utilización de silla de ruedas para desplazamientos extradomiciliarios, al tiempo que utiliza en su domicilio muletas, habiéndose producido varias caídas. Presenta limitación funcional de la columna con rigidez importante en la movilidad. Además ha presentado en los últimos años las siguientes dolencias: síndrome del túnel carpiano bilateral. hipoacusia de predominio izquierdo. hernia de hiatus. epicondilitis. fibromialgia. disfonía y laringitis. gonalgias. trastorno adaptativo de características emocionales mixtas, en tratamiento.

En sede de fundamentos de derecho, con valor e hecho probado consta que presenta limitación para permanecer en sedestación prolongada, dadas las dolencias de la columna y la rigidez que le provocan, a lo que ha de añadirse los efectos secundarios de los medicamentos mórnicos (cuya necesidad reconoce incluso la pericial de la demandada, f.119), como somnolencia.

De las modificaciones patológicas descritas se aprecia una agravación tributaria de una incapacidad absoluta para toda profesión u oficio, puesto que a parte de la dificultad de desplazamiento a cualquier puesto de trabajo, la limitación para la sedestación prolongada, los efectos secundarios del tratamiento para el dolor que sigue. Ello se evidencia en el índice de Discapacidad de Oswestry (IDO), conforme al cual un 0-20% se califica como mínima incapacidad, del 20-40% es una incapacidad moderada y entre el 40-60% es una incapacidad severa. Más del 60-80% es un inválido incapacitado en los aspectos laborales y en la vida diaria que puede requerir una intervención, situándose la recurrente por encima de 80- Este índice, junto al índice de Waddel se utilizan para la medición de la discapacidad derivadas de intervenciones discales y, lo cierto es que el dictamen de la actora efectúa dicha medición, que ni se menciona ni se realiza con medios propios por el INSS.

Por tanto, existe una agravación y la misma sitúa a la recurrente en un grado absoluto de incapacidad para toda profesión, sin perjuicio de la posibilidad de revisar la misma, conforme al art.143.2 LGSS.

Por todo lo expuesto, el motivo de recurso no puede prosperar.

CUARTO.- Siendo el recurrente beneficiario de la Seguridad Social, no procede la imposición de costas por gozar del beneficio de justicia gratuita, conforme al art. 233 LPL y 2d) de la Ley 1/96.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

DESESTIMAR totalmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia num. 596/2011 dictada por el Juzgado de lo Social num. 3 de Girona en fecha 13 de diciembre de 2011 en los autos 118/2011, que confirmamos en su totalidad. Sin costas

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, num. 47, núm. 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), núm. 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.