



SUPLI 6099/2018 1 / 6

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA.
CATALUNYA
SALA SOCIAL

NIG : [REDACTED]
EBO

Recurso de Suplicación: 6099/2018

[REDACTED]

En Barcelona a 11 de junio de 2019

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 2996/2019

En el recurso de suplicación interpuesto por [REDACTED] frente a la Sentencia del Juzgado Social 7 Barcelona de fecha 22 de junio de 2018 dictada en el procedimiento Demandas nº 797/2017 y siendo recurrido INSS, ha actuado como Ponente el Ilmo [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de septiembre de 2017 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 22 de junio de 2018 que contenía el siguiente Fallo:

"Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda promovida por D^a [REDACTED] [REDACTED] contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, absolviendo a la entidad gestora demandada de la pretensión deducida en su contra."





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

PRIMERO.- [REDACTED], con fecha de nacimiento [REDACTED], con las demás circunstancias personales que constan en la documental adjunta y aquí se tienen por reproducidas, de profesión habitual OFICIAL COCINERA, en situación de INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL PARA SU PROFESIÓN HABITUAL mediante resolución de 19 de julio de 1968, promovió expediente de revisión de grado.

SEGUNDO.- Mediante resolución de 5 de julio de 2017 la dirección provincial del INSS resolvió no revisar el grado de incapacidad declarado, dado que las secuelas constituyen el mismo grado de incapacidad reconocido, basándose en dictamen médico del ICAM de 26 de junio de 2017, que apreció las lesiones siguientes: "RUPTURA PARCIAL DE MANGUITO ROTADOR HOMBRO IZQDO EN PACIENTE IQ DE FRACTURA DE HÚMERO IZQDO.

LUMBOARTROSIS MODERADA. CEFALEA CRÓNICA EN TRATAMIENTO. LEVES SIGNOS DE UNCOARTROSIS C3 C7. FIBROMIALGIA".

TERCERO.- El 11 de agosto de 2017 el INSS desestimó la reclamación previa presentada por la parte actora, con base en los fundamentos anteriormente descritos.

CUARTO.- La base reguladora y la fecha de efectos no son aspectos controvertidos.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la actora el desfavorable pronunciamiento de instancia desestimatorio de la reclamación de incapacidad permanente en grado de absoluta (por agravación de la total administrativamente reconocida por resolución del INSS de 16 de octubre de 2009) a través de un primer motivo de revisión fáctica dirigido a la adición de un nuevo hecho probado (5º) para incorporar a la patología referenciada a la resolución de 5 de julio de 2017 (2º) el concurso de "*migraña crónica*...de 15 días al mes (y) *fibromialgia grave* con repercusión vital severa" (folios 78 a 101; en grado III según resulta de lo informado al folio 86). Pretensión revisora que debe prosperar al resultar el contenido de la propuesta de los informes y documentos que eficazmente la sustentan (emitidos tanto por el Vall d'Hebron como por el Consorci Hospitalario de Vic); y que no vienen sino a manifestarse en armonía con lo Informado por el ICAM al folio 49 y ss de las actuaciones al aludir a una "cefalea crónica" (proponiendo la revisión por agravación, aunque contradictoriamente mantenga el grado total de incapacidad).

Destacar, en este sentido, lo razonado sobre el particular secuelar en la parte final del Fundamento jurídico tercero de la sentencia que viene a admitir tanto la





cronicidad de la migraña que aqueja a la recurrente (condición a la que médicamente se asocia su frecuencia) como el hecho de que la fibromialgia cursa en grado III; limitándose a oponer que aquélla se encuentra “en tratamiento y pendiente de evolución” y ésta al no acreditar “impedimiento para que pueda desarrollar tareas sedentarias que le supongan un esfuerzo físico leve”.

SEGUNDO.- A través de su motivo jurídico de censura denuncia la infracción del artículo 137.5 de la LGSS; norma que define el pretendido grado de invalidez como aquél que inhabilita “por completo al trabajador para toda profesión u oficio”.

Una reiterada doctrina jurisprudencial, que esta Sala comparte, contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1.986, 9 de febrero de 1.987 y 28 de diciembre de 1.988 establece que la valoración del mencionado grado de invalidez ha de efectuarse atendiendo, fundamentalmente, a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en cuanto que las mismas determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia, abstracción hecha de sus circunstancias personales o ambientales que cuentan con otra vía de protección; y ello sin perjuicio de que la aptitud para una actividad laboral, implique la posibilidad de llevar a cabo las tareas de la misma con la necesaria profesionalidad y con una exigencias mínimas de continuidad, eficacia y dedicación, no concurriendo dicha condición con la mera probabilidad del ejercicio esporádico de parte de aquéllas, pues debe la misma referirse a la posibilidad real de poder desarrollar una actividad profesional en unas condiciones normales de habitualidad, y suficiente rendimiento (STS de 22 de septiembre de 1989), sin que ello suponga un esfuerzo superior o especial para su realización (STS 11 de octubre de 1979, 21 de febrero de 1981), o “un incremento del riesgo físico propio o ajeno” (SS del TSJ de Castilla La Mancha -de 22 de febrero de 1994, 25 de abril de 1995 y 10 de febrero de 1998).

Tratándose de una revisión por agravación se hace preciso comparar la patología determinante del grado de incapacidad administrativamente reconocido con aquélla que sustenta el superior grado postulado; en el bien entendido de que solo procederá la misma si la misma se produce en términos tales que determinen una abstracta anulación de la capacidad de trabajo en la forma que se deja relatada.

Al tiempo de reconocérsele el grado total de incapacidad (para su profesión de cocinera) la demandante se encontraba afecta de “**necrosis avascular de la cabeza de húmero izquierdo (con) limitación funcional**” de dicha extremidad; “lumboartrosis moderada, cefalea crónica en tratamiento, leves signos de uncartrosis C3-C7 (y) fibromialgia”; encontrándose aquejada –en la actualidad y junto a una objetivada “ruptura parcial del maguito del rotador izquierdo...tendinosis del bíceps izquierdo”, hombro traumático doloroso y “lumboartrosis moderada”) de “**migraña crónica...de 15 días al mes (y) fibromialgia grave**” (en grado III).

TERCERO.- En relación a la primera de dichas patologías advierte la sentencia de la Sala de 13 de septiembre de 2017 sobre la minoración funcional de una migraña crónica (definida por la FDA como un dolor de cabeza que ocurre 15 o más días cada mes y que dura 4 o más horas cada día, pone de relieve su incapacitante carácter) que reduce “la posibilidad de desempeño de un trabajo habitual...pues





únicamente si se diseña un puesto de trabajo adaptado a las limitaciones derivadas (de la misma) podrá mantenerse a la trabajadora en la vida laboral activa” cuando (como es el caso) la misma se mantiene bajo tratamiento (con onabotulinumtoxinaa) y se halla “pendiente de evolución”; siendo tales circunstancias la que (judicialmente) condicionan su consideración invalidante, y no tanto su entidad y consecuente funcional repercusión. Circunstancias que no impiden, sin embargo, cualificarla de “permanente” en su estadio actual pues ninguna de ellas neutralizan el legal presupuesto de ser considerada “incierto o a largo plazo”.

A lo expuesto cabría añadir los intercurrentes efectos invalidantes a predicar de la fibromialgia severa (en grado III).

Con remisión a los pronunciamientos que en la misma se mencionan reiteran las sentencias de la Sala de 2 y 26 de febrero de 2018 que “su diagnóstico no determina automáticamente el reconocimiento de un grado de incapacidad permanente, siendo necesario, además del diagnóstico diferencial, la constancia de datos tales como el número de puntos gatillo positivos, el tiempo de evolución de la enfermedad, el tratamiento o tratamientos específicos prescritos a la afectada y la respuesta a los mismos, así como, y esencialmente, el nivel de repercusión funcional en su caso concreto, puesto que, como es sabido, la fibromialgia no sólo incide de forma diferente según las personas, sino que también varía la repercusión funcional en la misma persona de un día a otro, e incluso en función de las horas del día, pudiendo provocar desde la más absoluta de las incapacidades hasta una irrelevante repercusión funcional, paliable con tratamiento farmacológico adecuado”.

En consecuencia (avanza el Tribunal en su razonamiento) “la fibromialgia puede oscilar desde la absoluta imposibilidad de realizar tareas tan livianas como levantar o asir un objeto e escaso peso, pasando por la limitación exclusivamente para esfuerzos intensos por aparecer un cansancio precoz, y hasta la inexistencia de repercusión funcional alguna, la ser posible el desarrollo de las actividades cotidianas sin interferencia del dolor músculo-esquelético..., habiéndose apreciado el grado de absoluto de incapacidad en los casos en que existe una severidad notoria ...”. Habiendo vinculado tanto las sentencias que se citan de este Tribunal Superior como aquéllas que en las mismas se reseñan (de 15 de mayo y 17 de junio de 2013 y 27 de noviembre de 2017; entre otras coincidentes) una incapacidad permanente absoluta por la sola consideración de una fibromialgia en grado III.

Admite la sentencia recurrida que la actora presenta “clínica activa de fibromialgia desde 2011” y que la misma tiene (en la actualidad) “repercusión severa en grado III”; de lo que cabe derivar (junto a aquella intercurrente patología migrañosa) el grado de invalidez que por la presente se reconoce sin que a ello obste que la actora mantenga una “actividad física diaria de baja intensidad”; pues de esta sola circunstancia no cabe jurídicamente inferir su aptitud laboral en los términos explicitados en el segundo fundamento jurídico de la presente resolución.

Procede, en armonía con lo así expuesto y argumentado, estimar el recurso interpuesto; reconociendo a la recurrente el grado de invalidez que postula.





Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por [REDACTED] contra la sentencia de 22 de junio de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social 7 de Barcelona en los autos 797/2017, seguidos a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; debemos revocar y revocamos la citada resolución, declarando a la beneficiaria en situación de invalidez permanente en grado de absoluta derivada de enfermedad común con derecho a percibir la prestación correspondiente al 100% de la base reguladora de 1.040,87 euros mensuales con efectos económicos de 6 de julio de 2017 sin perjuicio de los incrementos y mejoras procedentes en derecho.

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.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 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 artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará 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 BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los





SUPLI 6099/2018 6 / 6

correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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.

