



JDO. DE LO SOCIAL N. 1
OVIEDO

SENTENCIA: 00582/2017

Autos: Demanda 389/17

SENTENCIA

En la ciudad de Oviedo, a diez de noviembre del año dos mil diecisiete.

Vistos por D^a María del Pilar Muiña Valledor, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social N.º 1 de Oviedo, los presentes autos seguidos con el número 389/17 siendo demandante D^a [REDACTED] representada por la procuradora Sra. Carnero López y asistida por la letrada D^a Nuria Morillo Fernández y demandados el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería general de la seguridad social representados por el letrado D. Francisco Sánchez Tabar y que versan sobre prestaciones

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día diecinueve de mayo del año dos mil diecisiete se presentó la demanda rectora de los autos de referencia, en la que, tras la alegación de los hechos y fundamentos que se estimaron oportunos se suplica que se dicte sentencia en la que se declare a la actora en incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, derivada de enfermedad común, con la prestación correspondiente; subsidiariamente, y para el supuesto de no ser reconocida la incapacidad permanente absoluta, declare a la abajo firmante en situación de incapacidad permanente total para el trabajo habitual en el régimen general de la seguridad social, con la prestación correspondiente y subsidiariamente, y para el supuesto de no ser reconocida ninguna de las dos anteriores, declare incapacidad permanente parcial.

SEGUNDO.- En el acto del juicio celebrado el día dieciocho de octubre, la parte actora se ratificó en su petición, oponiéndose el demandado por las razones que constan en el acta, recibiendo el juicio a prueba, practicándose documental, informando nuevamente las partes en apoyo de sus pretensiones. Se acordó la práctica de diligencias finales, dando posterior traslado a las partes, quedando las actuaciones pendientes de dictar la resolución oportuna.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante, [REDACTED] nacida el [REDACTED] de [REDACTED] de 1.967 y afiliada al régimen general de la Seguridad Social con el número [REDACTED] siendo su



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



profesión la de auxiliar de ayuda a domicilio, actividad que desarrollaba en el [REDACTED] Percibió prestación contributiva por desempleo hasta el día 12 de julio de 2.015, permaneciendo inscrita como trabajadora desempleada hasta el día 1 de septiembre de 2.015, volviendo a inscribirse como demandante de empleo el 24 de octubre de 2.016.

SEGUNDO.- Por resolución del Instituto nacional de la seguridad social de 6 de julio de 2.012 se declaró a la actora afecta de incapacidad permanente total para su profesión habitual, con derecho a percibir una pensión del 55% de su base reguladora de [REDACTED] euros. Esa declaración se efectuó al haber iniciado la demandante situación de incapacidad temporal el día 25 de marzo de 2.011 y presentar hernia discal L5-S1 medial izquierda, realizada discectomía, facetectomía bilateral, ampliación de canal L5-S1, espondiloliscitis lumbar.

Por resolución del Instituto nacional de la seguridad social de 28 de febrero de 2.013 se declaró que procedía revisar por mejoría el grado de incapacidad permanente total reconocido, declarando que la actora no se encontraba afectada de incapacidad permanente en ninguno de los grados que contempla la legalidad vigente. En ese momento la demandante presentaba hernia discal L5-S1 medial izquierda tratada mediante discectomía, facetectomía bilateral y ampliación canal L5-S1. Espondiloliscitis lumbar resuelta, alta por medicina interna en enero de 2.013.

TERCERO.- En resonancia magnética de la columna lumbar realizada el 5 de marzo de 2.013 se observan cambios postquirúrgicos a nivel discal L4-L5, con hemilaminectomía derecha, con la presencia de tejido fibroso cicatricial a dicho nivel, sin signos de recidiva herniaria; discreta retrolistesis L5-S1, con hernia discal L5-S1 posteromedial lateralizada a la izquierda, con probable compromiso radicular izquierdo, favorecido por una marcada estenosis del canal lumbar raquídeo a dicho nivel; protusión discal L2-L3, posteromedial, sin compromiso radicular ni del saco dural; protusión discal L3-L4, sin compromiso del saco dural ni radicular; marcada discartrosis L4-L5 y L5-S1; canal raquídeo marcadamente estrecho a nivel L5-S1 y discretamente estrecho a nivel L3-L4, lo cual favorece el compromiso radicular y del saco dural a dichos niveles.

CUARTO.- Por sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo de 26 de octubre de 2.015, dictada en los autos 814/13, se determinó la existencia de un funcionamiento anormal de los servicios sanitarios dependientes del Principado de Asturias por la intervención quirúrgica realizada a la actora, copia de la misma obra incorporada a la demanda, dándose su contenido por íntegramente reproducido.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



QUINTO.- Seguidas actuaciones administrativas en materia de incapacidad permanente, se dicta, por el Instituto nacional de la seguridad social, resolución el día 19 de enero de 2.017 por la que se declara que la actora no se encuentra afecta de incapacidad permanente en ninguno de los grados que contempla la legislación vigente al no alcanzar las lesiones que presenta un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral y por no reunir el período mínimo de cotización de quince años, exigido para poder causar derecho a pensión de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez, sin estar en alta ni en situación asimilada a la de alta, según lo establecido en el artículo 195.4, en relación con el 195.3 y en la Disposición adicional primera de la Ley general de la seguridad social. La reclamación previa formulada el 14 de febrero fue desestimada el 19 de abril del año 2.017.

SEXTO.- La demandante presenta: Hernia discal L5-S1 con estenosis de canal L5-S1 intervenida (discectomía L5-S1 con facetectomía bilateral y ampliación de canal lumbar L5-S1) Reintervenida por fístula cefalorraquídea. Lumbociatalgia crónica bilateral. Radiculopatía crónica muy leve en miembro inferior derecho y leve en miembro inferior izquierdo según electromiografía realizada en el año 2.016, con hernia discal lumbar L5-S1 posteromedial izquierdo con compromiso de raíz, secundario a estenosis de canal. Discoartrosis L4-S1 y estenosis de canal L3-L4, L5-S1 según resonancia del año 2.013. Trastorno mixto ansioso depresivo.

SEPTIMO.- Fue reconocida por el facultativo del Equipo de valoración de Incapacidades emitiéndose el dictamen-propuesta el 17 de enero de 2.017.

OCTAVO.- La base reguladora de prestaciones es de [REDACTED] euros mensuales para la incapacidad permanente absoluta y total derivada de enfermedad común y de [REDACTED] euros para la incapacidad permanente parcial derivada de la misma contingencia, siendo la fecha de efectos el 17 de enero de 2.017.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Frente a la pretensión actora, encaminada a que se declare a la demandante afecta de incapacidad permanente absoluta, subsidiariamente total o, más subsidiariamente parcial, se alza el organismo demandado alegando que la actora se encontraba en situación de baja en el sistema, pues desde el año 2.015 no había vuelto a estar inscrita como trabajadora desempleada hasta el mes de octubre de 2.016, en que vuelve a ser demandante de empleo, por lo que no reúne la carencia genérica para acceder a la incapacidad permanente



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



absoluta o gran invalidez que serían los únicos grados a los que podría acceder desde esa situación.

SEGUNDO. - Procede examinar, en primer lugar, cual es la situación de la actora en el sistema. Y a la vista de la prueba documental practicada y tomando en consideración la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, debemos entender que su situación es la de asimilada al alta. Tal como recoge el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de abril de 2.014 "3.- Esta línea jurisprudencial, -- como recuerda, entre otras, STS/IV 26-enero-1998 (rcud 1385/1997) y reitera la STS/IV 25-julio-2000 (rcud 4436/1999) --, " iniciada ya con anterioridad a la casación unificadora (entre otras, SSTS/Social 4-IV-1974, 2-VII-1974, 6-III-1978, 27-X-1979, 14-IV-1980, 24-VI-1982, 11-XII-1986, 15-XII-1986, 2-II-1987, 21-III-1988, 12-VII-1988 y 13-IX-1988) y que ha tenido fiel reflejo en ésta (entre otras, STS/IV 19-XII-1996 -recurso 1159/1996), estableció, como recuerda la citada STS/Social 15-XII-1986, la doctrina relativa a que el alta ha de referirse al momento en que sobrevino la contingencia determinante de la situación protegida (SSTS/Social 14-IV-1980 y 24-VI-1982), o aquella otra que, tras analizar la normativa afectante al Convenio Especial, considera que la baja en la Seguridad Social ha de entenderse con carácter provisional durante los noventa días siguientes al cese, en los que el trabajador puede acogerse al Convenio Especial, conservando, por tanto, durante ese período los derechos que puedan serle legalmente atribuidos en relación al tiempo que duró la afiliación y la cotización a la Seguridad Social (SSTS/Social 27-X-1979 y 15-XII-1986); doctrinas a las que es dable adicionar la que interpreta con flexibilidad el requisito de estar inscrito como demandante de empleo "tanto más cuanto que reunía los requisitos para obtener la pensión cuando los padecimientos se produjeron" (STS/Social 11-XII-1986) ", añadiendo que " Pudiendo concluirse en esta línea, y siguiendo la doctrina marcada en la referida STS/IV 19-XII-1996, que el requisito del alta y las situaciones asimiladas a ella han sido interpretados de modo no formalista por esta Sala, estimando en general que sí concurría la situación de alta, cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha de entenderse por cumplido ". 4. - Doctrina jurisprudencial flexibilizadora que ha sido aplicada por la Sala en otras prestaciones, en especial en las de muerte y supervivencia (entre otras, SSTS/IV 27-mayo-1998 -rcud 2460/1997 y 23-mayo-2000 -rcud 3039/1999).5.- La aplicación de esta doctrina al supuesto ahora enjuiciado comporta la estimación del recurso, debiendo entenderse que concurre el presupuesto de encontrarse la ahora recurrente en situación de **asimilada al alta** a los efectos de acceder a la prestación de **incapacidad permanente** absoluta, puesto que es fundadamente explicable que pudiera haber dilatado su inscripción formal como demandante de empleo durante un período de tiempo, tanto más cuanto en el momento de producirse la baja en la Seguridad Social estaba afecta de la misma enfermedad ya iniciada que le condujo a la situación de **incapacidad permanente** absoluta, con las graves dolencias no cuestionadas (" Insuficiencia renal crónica diagnosticada en el año 2000 con nefritis intersticial y UTIS de repetición.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



En tratamiento con 3 sesiones semanales de diálisis extracorpórea y en lista de espera para trasplante renal"), unido a que no puede presumirse un abandono por parte de la misma del Sistema de Seguridad Social, puesto que por su estado no podía realmente efectuar una actividad con habitualidad, rendimiento y eficacia siendo fundamentalmente explicable que pudiera haber dilatado su inscripción formal como demandante de empleo. 6.- En efecto, la actora, cuya profesión habitual era la de peón-envasadora, con una larga vida laboral cotizada de más de 25 años (9.169 días) y que solicitó la declaración de **incapacidad permanente** derivada de enfermedad común en fecha 11-02-2011, prestó servicios por cuenta ajena hasta 03-07-1998, percibiendo prestaciones por desempleo hasta el 05-07-2000, año en el que ya se le diagnosticó la " **insuficiencia renal crónica** " que posteriormente constituyó el fundamento básico de su situación de incapacidad, permaneciendo luego inscrita como demandante de empleo hasta el 18-05-2001. Resulta, además, acreditado, que, -- conforme a su historia clínica (obrante a folios 27 a 29, en especial folio 28, al que se remite expresamente la sentencia de suplicación por basarse en el mismo el HP 5º de la sentencia de instancia) --, a lo largo de dichos años, en relación con su insuficiencia renal crónica " **de etiología desconocida** ", ha sufrido episodios de trombosis venosa profunda en extremidad inferior derecha en el año 2.008 que seguía con controles hospitalarios en el año 2.011, en el año 2.008 consta la realización de FAVI (la fístula arterio-venosa interna es médicamente uno de los mejores accesos vasculares para realizar la técnica de hemodiálisis) y que viene padeciendo anemia provocada por la enfermedad renal crónica y en tratamiento con agentes estimulantes-eritropoyéticos (AEE)".

En el caso de autos, la actora permaneció inscrita como demandante de empleo hasta el mes de septiembre de 2.015 no volviendo a inscribirse como demandante de empleo hasta el mes de octubre del año 2.016, por lo que es evidente que se separó del mercado laboral durante un año. Ahora bien, ello no puede interpretarse como la existencia de un alejamiento voluntario y deliberado, pues consta que la demandante, desde el año 2.011 en que fue intervenida no llegó a recuperar la salud en su integridad, permaneciendo impedida para realizar su ocupación habitual. Debe tenerse en cuenta que tal como declara el Tribunal Supremo el requisito de encontrarse de alta en el sistema debe concurrir cuando sobreviene la enfermedad y, por tanto, la imposibilidad para trabajar. En el caso de autos, la hernia discal a nivel L5-S1 con radiculopatía asociada que presenta la actora data ya del año 2.011, precisando dos intervenciones quirúrgicas, sin que se haya resuelto, según se desprende la sentencia dictada por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de justicia de Asturias, el problema inicial y sin que haya recuperado, por ello, su capacidad para trabajar. En ese momento, año 2.011, la actora se encontraba en alta y cumplía los requisitos para acceder a una incapacidad permanente, como así lo reconoció el propio instituto nacional de la seguridad social, cuando le reconoció la incapacidad permanente total para su profesión que, posteriormente, revisó. Por tanto, desde este punto de vista, situación de alta en el momento del inicio de la enfermedad, la actora se encontraría asimilada al alta. Y, por otro lado,



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



siendo cierto que la actora permaneció un año sin permanecer inscrita como demandante de empleo, y por tanto, no se encontraría en situación de asimilada al alta, sin embargo, debe tenerse en cuenta que durante ese año la actora no tenía capacidad real para desempeñar su profesión, pues continuaba con dolor, según consta en los informes médicos, con consultas tanto en el Hospital Valle del Nalón como en el Hospital de Valdecilla, pendiente de decidir el tratamiento oportuno y, por ello, sin posibilidad de trabajar. Por todo lo expuesto, debe concluirse que la actora se encuentra en situación asimilada al alta.

TERCERO.- Solicitando la parte actora una declaración de una situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo como pretensión principal y, con carácter subsidiario, el grado de total para la profesión habitual, es preciso tener en cuenta que el artículo 194 de la Ley General de la Seguridad Social dispone que la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca, debiendo tenerse en cuenta a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. En relación con tal incapacidad la jurisprudencia señala que dicho grado de incapacidad no solo debe ser reconocido al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral sino también a aquel que aún con aptitudes para alguna actividad no tenga facultades para consumir con eficacia las inherentes a una cualquiera de las varias ocupaciones del ámbito laboral, debiendo valorarse, más que la naturaleza o índole de los padecimientos determinantes de las limitaciones, éstas en sí mismas en cuanto impedimentos reales y suficientes para dejar a quién los sufra sin posibilidades de iniciar y consumir las múltiples tareas inherentes a una concreta actividad laboral, teniendo presente que para denegar una incapacidad absoluta, no basta con el hecho de que se pueda realizar una tarea o quehacer cualquiera, siendo preciso en todo caso, llevarlo a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia. Así mismo, para valorar si se da o no la incapacidad absoluta, no pueden contemplarse otros factores o elementos extraños a los padecimientos del trabajador, como pueden ser la falta de preparación adecuada, la mayor o menor dificultad de encontrar empleo, edad, etc, señalando finalmente que la calificación de la incapacidad, debe resolverse partiendo de la singularidad de cada caso concreto, pues para precisar y fijar con exactitud las aptitudes físicas que le restan a una persona, es preciso valorar o examinar no sólo la enfermedad en si misma, sino las características personales del trabajador, como integridad, extensión, número de órganos afectados y edad del individuo.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



CUARTO.— El artículo 137.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social al definir la incapacidad permanente parcial, en su redacción original, señalaba que se entiende por tal "la incapacidad permanente que, sin alcanzar el grado de Total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para la profesión habitual, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma", en efecto, la invalidez parcial está limitada por arriba por la invalidez permanente total, de manera que en la misma definición se señala una nota negativa: que no alcance el grado de total, y tiene a su vez un límite mínimo que entraña determinar la situación de invalidez permanente in genere, es decir, que primero hemos de estar ante una invalidez permanente y además se ha de concretar el porcentaje de incapacidad resultante (mas de un 33 por 100, incluso exactamente el 33 por 100). Se exige pues, en primer lugar, que nos encontremos ante una Invalidez Permanente, es decir: 1) Que las reducciones anatómicas o funcionales graves sean objetivas, esto es que se puedan constatar desde el punto de vista médico de manera indudable; 2) que tales reducciones sean previsiblemente definitivas, es decir, incurables, insuperables. Esa definición sigue siendo válida en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria vigésimo sexta de la Ley general de la seguridad social vigente en el momento actual. El concepto de Invalidez Permanente es común a todos los grados de la misma (Parcial, Total, Absoluta y Gran Invalidez) sin que existan presunciones legales de incapacidad. Y, en segundo lugar, esa disminución del rendimiento a que antes se hizo mención. Por otro lado se entiende por incapacidad permanente total el grado de invalidez permanente caracterizado por la existencia de reducciones anatómicas o funcionales que inhabilitan al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Es decir, para establecer tal incapacidad se requiere: a) un diagnóstico médico de la enfermedad, su carácter permanente y especialmente las alteraciones y disminuciones funcionales objetivas y previsiblemente definitivas que genera, b) un conocimiento de las tareas que la persona debe realizar en su actividad laboral o profesional, c) una correlación entre aquellas limitaciones y los requerimientos físicos y psíquicos de tales tareas, d) una determinación de otros elementos que puedan originar la incapacidad como es la existencia de riesgos propios o de terceros.

QUINTO.— Y, en el caso de autos, el examen de la prueba documental practicada impide concluir que la actora se encuentre privada, total y absolutamente, de capacidad para el trabajo. Y ello porque según se desprende de los informes médicos incorporados al expediente administrativo, en concreto del elaborado por el Hospital de Valdecilla, por la



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



lumbociatalgia que presenta tiene contraindicada la realización de esfuerzos y sobrecargas raquídeas, levantar pesos y mantener posturas continuas, de lo que se deduce que aquellas profesiones que se caractericen por su carácter liviano y sedentario si que pueden ser desarrolladas con normalidad, pues la patología psíquica, por la que sigue tratamiento desde el año 2.013, no tiene entidad suficiente para privarle de capacidad laboral, como así constató el médico evaluador en la exploración que le realizó, pues sólo apreció ánimo bajo, sin signos externos de ansiedad ni sedación ni apreciar otras alteraciones. Ahora bien, a distinta conclusión debe llegarse respecto de la petición subsidiaria. La actora presenta una lumbalgia, consecuencia de las hernias discales que presente a nivel lumbar, que le ocasiona dolor, sin que se recomiende la realización de una nueva intervención quirúrgica, como consecuencia del mal resultado de la primera, y en la que también se contraindican otros tratamientos invasivos por la misma razón. Se realizó, no obstante, una infiltración de la raíz S1 izquierda que, a tenor de los informes médicos, no resultó exitosa, por lo que la demandante sigue presentando las mismas limitaciones, esto es, dolor e imposibilidad de realizar esfuerzos físicos o requerimientos importantes con la columna lumbar. Su profesión de auxiliar de ayuda a domicilio exige levantar pesos, mantener posturas forzadas con la columna lumbar, permanecer en situación de bipedestación, etc. requerimientos todos ellos que tiene contraindicados, por lo que no puede realizar su profesión en las condiciones que el mercado laboral actual exige. Por ello procede acoger la petición subsidiaria, declarando a la actora afecta de incapacidad permanente total para su profesión habitual, con derecho a percibir una prestación del cincuenta y cinco por ciento de la base reguladora fijada en el hecho probado quinto de la presente resolución, dado que no ha existido oposición en el trámite de diligencias finales, con la fecha de efectos señalada en el mismo hecho, momento de emisión del informe propuesta de invalidez.

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

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda formulada por D^a [REDACTED] contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería general de la seguridad social debo declarar y declaro a D^a [REDACTED] afectada de incapacidad permanente, en grado de total, y derivada de enfermedad común, con derecho a percibir pensión vitalicia en cuantía equivalente al cincuenta y cinco por cien (55%) de una base reguladora de [REDACTED] euros mensuales, sin perjuicio de las mejoras y revalorizaciones



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



legales de aplicación. Se condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración, así como al abono de las prestaciones económicas, siendo sus efectos desde el día 17 de enero de 2.017.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, recurso de suplicación que ha de ser anunciado en los cinco días siguientes a la notificación de la misma. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en Banco de Santander a nombre de este Juzgado con el número 3358/0000/65 y número de procedimiento 0389/17 acreditándolo mediante la presentación del justificante de ingreso en el momento del anuncio así como, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en Banco de Santander a nombre de este juzgado, con el nº 3358/0000/65 y número de procedimiento 0389/17 la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándose a este Juzgado con el anuncio de recurso. En todo caso el recurrente deberá designar letrado o graduado social colegiado para la tramitación del recurso al momento de anunciarlo.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

PUBLICACION.- Fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.