



T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

SENTENCIA: 01417/2019

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO

C/ SAN JUAN N° 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 44 4 2018 0002266

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000518 /2019

Procedimiento origen: DEMANDA SEGURIDAD SOCIAL 372/2018

Sobre: INCAPACIDAD PERMANENTE

RECURRENTE/S D/ña [REDACTED]

ABOGADO/A: NURIA MORILLO FERNANDEZ

PROCURADOR: MARIA TERESA CARNERO LOPEZ

RECURRIDO/S D/ña: INSS, TGSS

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sentencia nº 1417/19

En OVIEDO, a veintiséis de junio de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Presidente, D^a CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D^a CATALIÑA ORDÓÑEZ DÍAZ y D^a MARÍA DE LA ALMUDENA VEIGA VÁZQUEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 518/2019, formalizado por la Procuradora D^a María Teresa Carnero López, en nombre y representación de D^a [REDACTED], bajo la dirección letrada de D^a Nuria Morillo Fernández contra la sentencia número 37/2019 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 6 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA SEGURIDAD SOCIAL 372/2018, seguido





a instancia de la citada recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ambos organismos representados por el Letrado de la Seguridad Social, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a [REDACTED] presentó demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 37/2019, de fecha veintitrés de enero de dos mil diecinueve.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.-La demandante D^a. [REDACTED], nacida el [REDACTED]-83, figura afiliada al Sistema de la Seguridad Social con el número [REDACTED], siendo su profesión habitual la de Dependienta de un comercio de telefonía.

2º.- Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 16-01-17 le fue reconocida a la demandante una Incapacidad Permanente absoluta para toda profesión u oficio derivada de enfermedad común, por padecer lesiones no definitivas consistentes en: "Fisura anal ananterior e incontinencia fecal. Colon irritable. Trastorno adaptativo"; con derecho a percibir una pensión vitalicia en cuantía del 100% de una base reguladora de [REDACTED] euros mensuales.

3º.- Se promovió por el INSS expediente de revisión de oficio de la incapacidad que le fue declarada a la demandante, resolviéndose por la Dirección Provincial del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL con fecha 28-02-18, previo Dictamen Propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de la misma fecha, que la trabajadora no estaba afectada de Incapacidad Permanente en ninguno de sus grados, dejándose sin efecto la pensión que por tal concepto venía percibiendo, y ello con fecha de efectos al 01-03-18; estando disconforme con dicha resolución, formuló frente a la entidad reclamación previa que le fue expresamente desestimada mediante resolución de 23-04-18.

4º.- El cuadro clínico que fundamentó tal declaración revisora es el siguiente: "Síndrome de intestino irritable. Fisura anal crónica. Trastorno mixto ansioso depresivo. Colonoscopia y manometría en el 2016 normales. Exploración actual con ausencia de elevación del peristaltismo con cierre activo completo esfinteriano externo. Zona localizada a las 6 h de menor tono y dolor local sin sangrado ni supuración actual".



5º.- La base reguladora de las prestaciones que se reclaman se fija en [REDACTED] euros mensuales y la fecha de efectos al 01-03-18.

6º.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando totalmente la demanda presentada por D^a. [REDACTED] frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a la entidad demandada citada de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de [REDACTED] formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 22 de febrero de 2019.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 2 de mayo de 2019 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En enero de 2017 el INSS declaró a la demandante en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común, y poco después de transcurrido un año la Entidad Gestora acordó, en un procedimiento de revisión de la incapacidad reconocida, que la trabajadora no estaba afectada de grado alguno de incapacidad permanente. La demandante impugnó la resolución del INSS y ahora recurre en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo que desestimó su reclamación para ser repuesta en situación de incapacidad permanente absoluta o, subsidiariamente, ser declarada en situación de incapacidad permanente total o, en su defecto, en situación de incapacidad permanente parcial.

En el primer motivo de recurso, bajo la cobertura formal del art. 193 b) LJS, solicita la modificación del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia. Propone el texto siguiente:

“La demandante presenta actualmente: Síndrome de intestino irritable. Fisura anal crónica y desestructuración del



esfínter anal externo (EAE) anterior izquierdo, con incontinencia fecal. Trastorno mixto ansioso depresivo”.

Basa la petición en cuatro informes médicos de la sanidad pública de fechas 16 de marzo de 2016, 26 de febrero de 2018, 22 de mayo de 2014 y 5 de marzo de 2018 (folios 172 y 173, 192, 171 y 60 de los autos), el dictamen propuesta del EVI y su aceptación por la Dirección Provincial del INSS de fecha 28 de febrero de 2018 (folio 59), e informe médico de síntesis de fecha 12 de diciembre de 2016 (folio 45).

La demandante señala además que en el hecho cuestionado no figura una declaración del cuadro clínico actual, ya que según las propias palabras del texto judicial se recoge “el cuadro clínico que fundamentó tal declaración revisora”.

La decisión del motivo pasa por aclarar el sentido del hecho probado cuarto de la sentencia. Consigna el cuadro patológico del dictamen propuesta emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidad en el expediente de revisión por mejoría que a su vez incorpora el juicio diagnóstico del informe médico de síntesis. Pero la redacción empleada no significa ni da a entender que el Juzgador de instancia lo asuma de modo que lo considere acreditado.

Por el contrario, la fundamentación jurídica de la sentencia permite comprender que no lo asume en un dato esencial. La diferencia más importante entre el cuadro que justificó la declaración de incapacidad permanente absoluta y el que motivó la revisión por mejoría acordada por el INSS es la desaparición de la referencia a incontinencia fecal, consignada en el primero, que es sustituida en el segundo por “Exploración actual con ausencia de elevación de peristaltismo con cierre activo completo esfinteriano externo. Zona localizada a las 6 h de menor tono y dolor local sin sangrado ni supuración actual”.

La sentencia recurrida en el fundamento de derecho primero expresa, sin embargo, que “a la vista de la documental obrante en autos, resulta que con independencia de las explicaciones médicas dadas por la demandante y atendiendo al contenido de los informes médicos aportados, lo cierto es que el Servicio de Cirugía del HUCA ha calificado su estado según la escala de Wexner en 6 (...)”. Esta escala evalúa la gravedad de la incontinencia fecal y para la demandante ya se utilizó en los informes del Hospital San Agustín de fechas 16 de marzo y 21 de octubre de 2016 (folios 172 y 173, 138 y 139), que tras su mención “(Wexner 6)” recogen el empeoramiento progresivo de la clínica y la ausencia de mejoría. También en el informe de 26 de febrero de 2018, posterior a la revisión por mejoría, se contienen las mismas indicaciones y se mantiene el diagnóstico de incontinencia fecal. Así pues, la sentencia atiende a los informes del Servicio de Cirugía del HUCA, que antes y después de la revisión diagnostican incontinencia fecal (Wexner 6) y señalan su empeoramiento. Dos de estos informes son citados por la recurrente para basar su petición.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

En el recurso de suplicación, la revisión de los hechos acreditados, según señala doctrina reiterada, ha de fundarse en documentos concretamente identificados de decisivo valor



probatorio o en pruebas periciales de incuestionada calidad científica o técnica, no desautorizados por otros medios probatorios de igual eficacia y que de forma directa, diáfana e indudable pongan de manifiesto el error de la sentencia de instancia. En otro caso no cabe cuestionar la valoración de los medios de convicción efectuada por el Juzgador de instancia pues dispone de amplias facultades en la materia (art. 97.2 LJS).

En principio, los informes médicos por su propia naturaleza son documentos sin decisivo valor probatorio para conducir en el recurso a un cambio en las premisas fácticas, pues ni tienen atribuida una eficacia prevalente, ni disponen de garantías objetivas sobre el acierto de su contenido. No obstante, es excepción a esta regla los supuestos en que la convicción reflejada en la sentencia de instancia se formó con base en informes concretos y, sin embargo, sin explicación o razonamiento alguno, se prescinde de datos fundamentales de estos mismos. Desde luego lo es el diagnóstico de incontinencia fecal, que debe incorporarse al relato fáctico.

Solo en estos términos cabe la estimación del motivo.

SEGUNDO.- En el segundo motivo de recurso, por el cauce procesal habilitado en el art. 193 c) LJS, la demandante denuncia la infracción del art. 137.1 c) y 5 de la Ley General de la Seguridad Social o, para fundar la reclamación de incapacidad permanente total, la infracción del art. 137.1 b) y 4 del mismo texto legal, y por último, a fin de apoyar la pretensión de incapacidad permanente parcial, invoca el art. 137.1 a) y 3 también de la Ley General de la Seguridad Social. Alega que, a diferencia de lo argumentado en la sentencia, la revisión del grado de incapacidad permanente acordada por el INSS lo fue por mejoría y a fin de valorar el acierto de la decisión debe acudirse a los criterios de dicha modalidad de revisión, que no concurren en el caso presente pues no hay mejoría significativa ni recuperación de la aptitud laboral. De forma subsidiaria, defiende que la recuperación sería parcial, incompatible con el desempeño de la profesión habitual de dependienta de un comercio de telefonía o al menos ocasionaría una pérdida de rendimiento profesional para el ejercicio de esta actividad que justifica el reconocimiento de una situación de incapacidad permanente parcial.

Al afrontar la decisión del motivo es inevitable corregir la cita normativa que el recurso efectúa. El art. 137 regulaba los grados de incapacidad permanente en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, pero es el nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, el que está en vigor cuando se le reconoció a la demandante la situación de incapacidad permanente absoluta y cuando se le revisó de oficio por la Entidad Gestora, por lo que es su regulación de los grados de incapacidad permanente en el art. 194 la aplicable si bien no introduce variaciones importantes.



La sentencia de instancia establece como premisa inicial, "que el caso de autos no se trata propiamente de una revisión por mejoría, sino de una demora en la calificación de las secuelas consecuencia de la imposibilidad de agotar las posibilidades terapéuticas durante el plazo máximo de incapacidad temporal, por lo que una vez sobrepasado ese plazo y de conformidad con lo dispuesto en el art. 174.2 de la LGSS, caso de persistir la necesidad de tratamiento médico por estar la trabajadora todavía en proceso de curación, procedía declararla afectada de una incapacidad permanente por lesiones no definitivas, situación revisable a partir del plazo en el que presumiblemente se produciría la consolidación de las mismas, que fue lo que se hizo (...)".

Este criterio sin embargo contrasta con el régimen establecido en el art. 174.2 de la LGSS y con la actuación del INSS.

El art. 174.2 de la LGSS permite demorar la calificación de la incapacidad permanente si concurren las circunstancias que especifica: tramitación de expediente de incapacidad permanente como consecuencia necesaria de extinción del subsidio de incapacidad temporal por el transcurso del periodo de 545 días naturales y continuación de la necesidad de tratamiento médico con expectativa de recuperación o mejoría del estado del trabajador. Pero en el caso presente el INSS no lo aplicó pues calificó su situación de incapacidad permanente y en grado de absoluta.

Aunque en la fecha de declaración de la incapacidad permanente absoluta la trabajadora continuara bajo tratamiento médico y fuera una circunstancia que se tuvo en cuenta para ese reconocimiento, el INSS no utilizó la posibilidad de demorar la calificación de la incapacidad.

El dictamen propuesta del EVI asumido el 28 de diciembre de 2016 por la Dirección Provincial del INSS preveía la revisión por mejoría antes de dos años (folio 40). Y, consecuentemente, la revisión fue por mejoría, no por otra causa, pues así lo indica el INSS en su resolución de fecha 28 de febrero de 2018 con fundamento en los arts. 200.2 de la Ley General de la Seguridad, 1 del Real Decreto 1071/1984 y 40 c) de la Orden de 15 de abril de 1969 (folio 19). Al resolver la reclamación previa la Entidad Gestora tras señalar que cuando se declaró la situación de incapacidad permanente absoluta la trabajadora, después de extinguida la incapacidad temporal, continuaba con limitaciones funcionales y se encontraba en tratamiento al presentar fisura activa por lo que se contemplaba la posibilidad de una revisión por previsible mejoría, basa la extinción de la prestación en que la evolución del cuadro patológico revela una recuperación de la capacidad laboral compatible con el desempeño de la profesión habitual (folio 27).

La Ley General de la Seguridad Social de 2015 permite en el art. 200.2 revisar por mejoría el grado de incapacidad permanente reconocido para lo que al comparar la situación actual con la anterior ha de existir una mejoría significativa, con efectiva disminución de las repercusiones funcionales derivadas del cuadro patológico. Es preciso



asimismo que, como consecuencia de esa mejoría, se haya producido una recuperación total o parcial de la capacidad laboral.

La comparación del cuadro que motivó la declaración de incapacidad permanente absoluta con el acreditado en la fecha de la revisión, no muestra diferencias de relieve en la patología. Persisten las dolencias previas, como resulta tras la revisión del relato fáctico, concretamente la combinación de fisura anal crónica, colon irritable e incontinencia fecal que constituyeron la razón para la declaración inicial de incapacidad permanente. No puede sustraerse al examen que, si bien los informes médicos tomados en consideración incluyen una valoración de 6 puntos en la escala Wexner, frente a un máximo posible de 20, esos mismos informes, antes y después de la revisión de grado, además del diagnóstico de incontinencia fecal refieren la falta de evolución positiva o, mejor dicho, el empeoramiento del cuadro.

Resulta, por tanto, que la revisión por mejoría fue prematura pues se realizó cuando no se había producido un cambio significativo en la situación patológica. Esta conclusión obliga a reponer a la demandante en el grado de incapacidad que tenía reconocido, sin perjuicio de que en el futuro se produzcan y acrediten cambios favorables que justifiquen el inicio de un expediente para revisar la situación.

Por lo expuesto.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por [REDACTED], debemos revocar y revocamos la sentencia dictada el 23 de enero de 2019 por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo en el proceso sustanciado a instancias de aquella parte contra el INSS y la TGSS.

Reponemos a la demandante en la situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común, con efectos desde el 1 de marzo de 2018 y condenamos al INSS al pago de la pensión desde dicha fecha. Absolvemos a la TGSS, sin perjuicio de sus obligaciones como servicio común de la Seguridad Social.

