



**T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL  
OVIEDO**

SENTENCIA: 01555/2018

**T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO**

C/ SAN JUAN N° 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**NIG:** 33044 44 4 2017 0004986

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0001070 /2018**

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000819 /2017

Sobre: INCAPACIDAD PERMANENTE

**RECURRENTE/S D/ña** [REDACTED]

**ABOGADO/A:** NURIA MORILLO FERNANDEZ

**PROCURADOR:** MARIA TERESA CARNERO LOPEZ

**RECURRIDO/S D/ña:** INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL,  
TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

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

**SENTENCIA N° 1555/18**

En OVIEDO, a doce de junio de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos Sres. D. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ y D. LUIS CAYETANO FERNANDEZ ARDAVIN, 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

**S E N T E N C I A**

En el RECURSO SUPPLICACION 0001070/2018, formalizado por la Procurador D<sup>a</sup>. MARIA TERESA CARNERO LOPEZ, en nombre y representación de [REDACTED], contra la sentencia número 147/2018 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de OVIEDO



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000819/2017, seguidos a instancia de [REDACTED] frente al INSS y la TGSS, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr D. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D. [REDACTED] presentó demanda contra el INSS y la TGSS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 147/2018, de fecha siete de marzo de dos mil dieciocho.

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

1º) El demandante, [REDACTED], nacido el [REDACTED] 1972 y afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social con el número [REDACTED], siendo su profesión la de miembro de órganos de administración de dos sociedades, una de ellas de distribución de productos de limpieza, realizando funciones de conductor repartidor, inició situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, el día 31 de mayo de 2017.

2º) Seguidas actuaciones administrativas en materia de incapacidad permanente, se dictó, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, resolución el día 28 de agosto de 2017 por la que se declara que el actor no es encuentra afecto de incapacidad permanente al no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral. La reclamación previa formulada el 26 de septiembre fue desestimada el 17 de octubre de 2017.

3º) El demandante presenta:

Discopatía severa L5-S1 con retrolítesis y protusión discal central. En electromiografía realizada en abril de 2017 se aprecia radiculopatía crónica L3-L4 y L5-S1 en miembro inferior derecho, de intensidad leve L4 y muy leve en L5-S1.

4º) Fue reconocido por el facultativo del Equipo de Valoración de Incapacidades emitiéndose el dictamen-propuesta el 18 de agosto de 2017.

5º) La base reguladora de prestaciones es de [REDACTED] euros mensuales y la fecha de efectos el 18 de agosto de 2017.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por [REDACTED] contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones de la demanda".

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



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



**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 20 de abril de 2018.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 31 de mayo de 2018 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.-** El actor presentó demanda para ser declarado en situación de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo desestimó la pretensión en sentencia que aquél recurre en suplicación. A la reclamación de incapacidad permanente total añade la de incapacidad permanente parcial por la misma contingencia.

En el único motivo de recurso, al amparo formal del Art. 193 c) de la LJS, denuncia la infracción de lo dispuesto en el Art. 194.1 b) y 4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Seguidamente, para fundar la pretensión subsidiaria, invoca el Art. 194.1 a) y 3 del mismo cuerpo legal.

Alega que su patología lumbar es crónica, progresiva e irreversible y le impide el desempeño de la profesión habitual. Insiste en que para calificar el cuadro de permanente no puede exigírsele la práctica de una intervención quirúrgica y cita en su apoyo las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo y 15 de septiembre de 1987, entre otras. Defiende también la pretensión subsidiaria, dirigida al reconocimiento de la situación de incapacidad permanente parcial

**SEGUNDO.-** La decisión del recurso debe comenzar teniendo presente que el demandante es trabajador por cuenta propia y como tal figura de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). En este régimen de la Seguridad Social la incapacidad permanente parcial solo se protege cuando derivada de contingencias profesionales, es decir, de accidente de trabajo o de enfermedad profesional. La acción protectora del RETA no se extiende a la incapacidad permanente parcial derivada de contingencias común y así lo ha recordado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en las sentencias de 28 de marzo de 2016 (Rec. 3.756/2014) y 22 de mayo de 2017 (Rec. 3.757/2015) reiterando su doctrina previa en interpretación de la normativa específica del Régimen Especial.

Debe por tanto rechazarse de antemano la reclamación del actor relativa a la incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad común.

**TERCERO.-** De acuerdo con los Arts. 193.1 y 194.4 del citado Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015, con la redacción que el Art. 194 recibe en la



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en estos y en los artículos 230.4, 5 y 6 de la misma Ley.

#### Recurso por la Entidad Gestora

Si recurriese la Entidad Gestora condenada, cumpliendo con lo exigido en el Art. 230.2 c) de la LRJS, deberá presentar en la Secretaría de esta Sala, al momento de preparar el recurso, **certificación** acreditativa de que comienza el abono de la prestación y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del mismo, salvo en prestaciones de pago único o correspondientes a un período ya agotado en el momento del anuncio.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

Disposición transitoria vigésimo sexta, la incapacidad permanente total es el grado de la incapacidad permanente caracterizado porque el trabajador presenta reducciones orgánicas o funcionales, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas (o de curación incierta o a largo plazo), que le inhabilitan para realizar todas o al menos las fundamentales tareas de su profesión habitual sin impedirle el ejercicio de otras distintas. Exige, pues, para su apreciación jurídica: fijar los menoscabos orgánicos y funcionales previsiblemente definitivos que el trabajador presenta; conocer las características de su trabajo o profesión habitual, con atención tanto a los requerimientos físicos y psíquicos que precisa como a los riesgos que para él y para otros conlleva su realización; y, establecer una correlación entre aquellos menoscabos y estas características para determinar si la capacidad residual le permite el desempeño eficaz, regular y con rendimiento de ese trabajo o profesión.

La sentencia del Juzgado desestimó la reclamación actora con fundamento en que la patología del trabajador no podía calificarse de definitiva. Para llegar a esta conclusión atendió a que el demandante padece una discopatía severa L5-S1 con retrolítesis y protusión discal central, causante de radiculopatía crónica L3-L4 y L5-S1 en miembro inferior derecho, para la que está indicado tratamiento quirúrgico mediante descompresión neurológica más artrodesis. Según recoge la resolución judicial, hasta después de la intervención quirúrgica la situación correcta es la incapacidad temporal.

Resulta acreditado que las lesiones lumbares ocasionan importantes limitaciones al actor, a tenor del propio informe médico de síntesis, pues además de una limitación lumbar leve a moderada presenta radiculalgia, discreta debilidad en dorsiflexión hallux derecho y discreta claudicación (leve tendencia al equipo en pie derecho). La juzgadora de instancia señala con rotundidad que el cuadro "no le permite realizar las tareas propias de su profesión" dado que si bien está dado de alta en el RETA como miembro de órganos de administración en dos sociedades, una de ellas de distribución de productos de limpieza, sus funciones son las de conductor repartidor en cuyo ejercicio ha de coger pesos, adoptar posturas forzadas y realizar otras acciones de sobrecarga del raquis lumbar.

El único tratamiento recomendado es la cirugía consistente en descompresión neurológica más artrodesis, que es una intervención quirúrgica comprometida y sin garantías de conseguir una recuperación de la capacidad laboral suficiente para hacer frente a los requerimientos físicos del trabajo habitual. Tales características justifican que no sea exigible al trabajador someterse a ese tratamiento como paso inexorable para poder ser calificado de incapaz permanente, siguiendo una reiterada doctrina de la que son manifestación las sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1735) y de la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura de 10 de junio de 2005 (Rec. 203/2005).

El Art. 193.1 de la Ley General de la Seguridad Social, dedicado al concepto general de incapacidad permanente, exige que el trabajador, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presente reducciones anatómicas o

funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral; y añade que no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

Así pues, forma parte del concepto el sometimiento del afectado a las terapias médicas pautadas, pues en la mayoría de los casos sólo una vez realizadas podrán determinarse los menoscabos duraderos. No obstante, cuando suponen un riesgo para la salud y generan razonables dudas sobre su aptitud para conseguir una recuperación prolongada de la capacidad funcional que permita cumplir con los esfuerzos y demás requerimientos físicos de la actividad laboral o profesional habitual, no puede condicionarse la declaración de incapacidad permanente a dichos tratamientos de riesgo y de resultados inciertos y el cuadro patológico por la incertidumbre sobre su curación o mejoría tiene encaje igualmente en el concepto de incapacidad permanente. Esta calificación no obstaculiza la posibilidad de una revisión futura del grado de incapacidad a iniciativa del INSS si se produce una recuperación en el estado de salud del trabajador.

El cuadro patológico resulta incompatible con el desempeño habitual, eficaz y con rendimiento de la profesión habitual, por lo que el demandante reúne los requisitos establecidos en el Art. 194.4 de la Ley General de la Seguridad Social para la incapacidad permanente total. Tiene por tanto derecho a pensión vitalicia desde el 18 de agosto de 2017 con una base reguladora de [REDACTED] euros mensuales según fijó la sentencia de instancia sin oposición en el recurso.

Por lo expuesto.

### F A L L A M O S

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de [REDACTED], debemos revocar y revocamos la sentencia dictada el 7 de marzo de 2018 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo en el pleito sustanciado a instancias de aquella parte contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Declaramos al demandante en situación de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir desde el 18 de agosto de 2017, una pensión vitalicia en cuantía equivalente al 55 por ciento de una base reguladora de [REDACTED] euros mensuales. Condenamos al INSS al pago de la prestación y absolvemos a la TGSS sin perjuicio de sus obligaciones como Servicio Común de la Seguridad Social.

#### Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante **escrito** suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos