



Roj: **STSJ CAT 5664/2013 - ECLI:ES:TJSCAT:2013:5664**

Id Cendoj: **08019340012013103873**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2013**

Nº de Recurso: **1223/2013**

Nº de Resolución: **4453/2013**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MARTIN ABELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2012 - 8016360

F.S.

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. JACOBO QUINTANS GARCIA

ILMA. SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA

En Barcelona a 21 de junio de 2013

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 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. 4453/2013

En el recurso de suplicación interpuesto por Graciela frente a la Sentencia del Juzgado Social 19 Barcelona de fecha 17 de septiembre de 2012 dictada en el procedimiento Demandas nº 331/2012 y siendo recurrido/a Instituto Nacional de la Seguridad Social. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. MARIA PILAR MARTIN ABELLA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5-4-2012 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 17 de septiembre de 2012 que contenía el siguiente Fallo:

DESESTIMO la demanda presentada por Doña Graciela contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en reclamación por INCAPACIDAD PERMANENTE, derivada de enfermedad común, confirmando la resolución del INSS, a quien absuelvo de las peticiones deducidas en la demanda.

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

Primero.- Doña Graciela con fecha de nacimiento el día NUM000 -1957 con DNI núm. NUM001 , consta afiliada a la Seguridad Social con el número NUM002 . Fue declarada en situación de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual de



Oficial Control de Calidad, con efectos 21-09-2011, por sentencia dictada el 25-07-2002 , sobre la base del siguiente cuadro residual: "Cervicoartrosis avanzada. Retrolistesis C5-C6 con pinzamiento degenerativo del disco intervertebral. Uncoartrosis bilateral con protusión global. Reducción biforaminal. Protusión discal posterior y parasagital izquierda C4-C5. y postero-lateral derecha C6-C7. Cervicalgias crónicas. Lumbartrosis leve (discreta protusión discal posterior difusa L5-S1). Algias osteoarticulares de predominio cervical y lumbar. Trastorno depresivo-ansioso de grado moderado.

Segundo.- En fecha 27-10-2011 presentó ante el INSS solicitud de revisión de grado de incapacidad permanente por agravación y la aparición de nuevas patologías. Por resolución del INSS de 24-11-2011 fue denegada la solicitud manteniendo el grado declarado. El ICAMS emitió dictamen en fecha 17-11-2011 apreciando en la demandante el siguiente cuadro residual: "Fibromialgia. Lumbalgia y Cervicalgia. Sd. de ojo seco severo. Sd. Ansioso depresivo".

Tercero.- Frente a la resolución desestimatoria interpuso reclamación previa en fecha 5-01-2012, que fue desestimada por resolución de 21-02-2012.

Cuarto.- La base reguladora de la prestación es de 670,42 euros y sus efectos 25-11-2011.

Quinto.- La demandante presenta el siguiente cuadro residual: "Artrrosis cervical avanzada. Lumbartrosis con clínica de lumbalgia. Fibromialgia en tratamiento. Síndrome de ojo seco severo. Síndrome ansioso-depresivo reactivo de grado moderado".

Sexto.- La actora instó anterior solicitud de revisión que fue desestimada por resolución del INSS de 23-09-2009, que fue impugnada, correspondiendo conocer de la demanda al Juzgado de lo Social 20 de Barcelona, señalando fecha para la celebración del acto de juicio el 19-02-2010, desistiendo la demandante antes de su celebración.

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 lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia se alza el letrado de Graciela invocando como primer motivo la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.b) conforme a la redacción de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

En primer lugar, la recurrente solicita la adición del contenido que propone al hecho probado quinto de la sentencia, al amparo de los informes pericial y médicos que refiere, lo que debe ser desestimado por cuanto la doctrina de suplicación, al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de "reglas básicas", cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas "reglas" las podemos compendiar del siguiente modo: 1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho. 2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que le sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1967 , 18 y 27 de marzo de 1968 , 8 y 30 de junio de 1978 , 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995). Y 3º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980 , 30 de octubre de 1991 , 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994).

En el presente caso, lo que la recurrente pretende es hacer prevalecer los informes que propone frente a los valorados por la juzgadora como preferentes (obrantes en los folios 64, 66, 71 y 76) a tenor del principio de libre valoración de la prueba, olvidando que ante informes contradictorios prevalece la solución dada por la juzgadora de instancia.

SEGUNDO .- Se alega como segundo motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la infracción del art. 137.5 y 145.2.a) de la Ley General de Seguridad Social aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.



En concreto, la recurrente alega que, teniendo en cuenta las dolencias que padece la actora está incapacitada para la realización de toda profesión u oficio, habiendo sufrido agravación de su afectación artrósica en raquis, la sobrevenida severa fibromialgia con su cortejo de clínica patológica que describe.

No obstante, las pretensiones de la recurrente no pueden ser estimadas por cuanto la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y que expone el Alto Tribunal en sentencia, entre otras, de 26 de octubre de 1.993 , sostiene que la revisión del grado de incapacidad precisa no solo de agravación de las limitaciones originariamente reconocidas, sino también el efectivo cambio invalidante.

A ello debe añadirse que la incapacidad permanente está definida en la actualidad en el artículo 136 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (con anterioridad artículo 134 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), redactado conforme a lo dispuesto en el artículo 34,1 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre , y posteriormente reenumerado, pasando a ser el artículo 136, según lo dispuesto por el artículo 15, a) de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre , para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. En efecto, en dicho artículo, su número 1, señala que, "En la modalidad contributiva, es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima como incierta o a largo plazo". Tres son, por tanto, las notas características que definen el concepto de invalidez permanente: 1) Que las reducciones anatómicas o funcionales sean objetivables ("susceptibles de determinación objetiva"), es decir, que se puedan constatar médicamente de forma indudable, no basándose en la mera manifestación subjetiva del interesado; 2) Que sean "previsiblemente definitivas", esto es, incurables, irreversibles; siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez permanente, ya que, al no ser la Medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad; y 3) Que las reducciones sean graves desde la perspectiva de su incidencia laboral, hasta el punto de que disminuyan o anulen su capacidad laboral en una escala gradual que va desde el mínimo de un 33% de disminución en su rendimiento para la profesión habitual -incapacidad permanente parcial- a la que impide la realización de todas o las fundamentales tareas de la misma -incapacidad permanente total- hasta la abolición del rendimiento normal para cualquier profesión u oficio que el mercado laboral pudiera ofrecer - incapacidad permanente absoluta -. Dicha calificación de la incapacidad permanente es la que continua en vigor, conforme a la redacción dada al artículo 137 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , puesto que conforme al artículo 8, Dos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social (BOE de 16 de julio), "Se añade en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, una nueva disposición transitoria, la quinta bis, con el siguiente contenido:Calificación de la incapacidad permanente.- Lo dispuesto en el artículo 137 de esta Ley únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias, a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 137, que deberán dictarse en el plazo máximo de un año. Entre tanto, se seguirá aplicando la legislación anterior.", al no haberse producido la determinación reglamentaria del porcentaje de reducción de la capacidad para el trabajo para la determinación de la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados en función de ese porcentaje a que se refiere el artículo 137.2 de la Ley General de la Seguridad Social según la redacción dada por la mentada Ley 24/1997.

De esta forma, la calificación de la incapacidad en cualquiera de sus grados ha de realizarse atendiendo a todos los padecimientos, secuelas y limitaciones derivadas de aquéllos, pues son éstas las que determinan las efectivas restricciones de la capacidad laboral. Poder desempeñar una profesión significa la posibilidad de dedicarse a ella con habitualidad, profesionalidad y conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación, eficacia y rendimiento, así como que la capacidad o incapacidad del sujeto afectado de determinadas limitaciones patológicas no puede deducirse exclusivamente de la clase de lesiones o enfermedades que padece, sino que hay que atender fundamentalmente al efecto negativo que éstas producen en su aptitud para un determinado trabajo (TS S. 10-4-1986, entre otras muchas), pues las incapacidades permanentes que la ley define son esencialmente profesionales. "

Conforme a lo expuesto y a una reiterada doctrina jurisprudencial, la valoración de la incapacidad permanente debe llevarse a cabo atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en tanto tales limitaciones determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia.

Y en el caso que aquí se nos somete a conocimiento, partiendo del invariable relato fáctico declarado probado de sentencia recurrida (al no haber prosperado la revisión fáctica interesada por la recurrente), la actora fue



declarada en situación de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual de oficial de Control de Calidad, con efectos de 21-09-2011 por sentencia dictada el 25-7-2002 por cervicoartrosis avanzada, retrolistesis C5-C6 con pinzamiento degenerativo del disco intervertebral, uncoartrosis bilateral con protusión global, reducción biforaminal, protusión discal posterior y parasagital izquierda C4-C5 y postero-lateral derecha C6-C7, cervicalgias crónicas, lumbartrosis leve (discreta protusión discal posterior difusa L5-S1), algias osteoarticulares de predominio cervical y lumbar, trastorno depresivo-ansioso de grado moderado. Y en la actualidad, el actor presenta artrosis cervical avanzada, lumbartrosis con clínica de lumbalgia, fibromialgia en tratamiento, síndrome de ojo seco severo, síndrome ansioso-depresivo reactivo de grado moderado.

Y con tales dolencias no podemos declarar a la actora afectada de una incapacidad permanente absoluta, pues respecto a la patología osteoarticular en columna cervical y lumbar, no se evidencia la existencia de afectación radicular activa de carácter severo (f. 59,67,68 y 75), y en codos y rodillas no presentaba alteraciones significativas (f.69) y no constan informes que determinen agravación.

Respecto a la fibromialgia, esta Sala viene declarando reiteradamente 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 (STSJ Catalunya STSJ, del 03 de Noviembre del 2010 (ROJ: STSJ CAT 8529/2010) Recurso: 431/2010 . En efecto, tiene dicho la Sala que "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" (STSJ Catalunya de 10 de diciembre de 2005/JUR 20054637), habiéndose apreciado **el grado de absoluto de incapacidad en los casos en que existe una severidad notoria de la fibromialgia : STSJ, Social sección 1 del 03 de Noviembre del 2010 (ROJ: STSJ CAT 8520/2010)Recurso: 1120/2010 STSJ, Social sección 1 del 22 de Abril del 2010 (ROJ: STSJ CAT 4507/2010)Recurso: 3575/2009 7836/2012 .**

En el caso de autos, la fibromialgia consta que está en tratamiento, y no consta que sea severa en sede de hechos probados (al no haber prosperado la revisión fáctica interesada), por lo que no se halla entre los supuestos que determinan la declaración de incapacidad permanente absoluta.

Respecto al síndrome de ojo seco severo, como determina la sentencia de instancia, es susceptible de tratamiento y no comporta déficit visual (f.65).

Y respecto al síndrome ansioso-depresivo reactivo es de grado moderado, habiendo declarado esta Sala en relación a los supuestos de *depresión* que son tributarios de una *Incapacidad permanente* absoluta aquellos cuadros **crónicos, persistentes, y graves o severos** - supuestos éntrelos que no está la actora-: STSJ Catalunya núm. 1221/2011 de 15 febrero JUR 2011\160121; STSJ Catalunya 03 de Noviembre del 2010 (ROJ: STSJ CAT 8520/2010) Recurso: 1120/2010 , STSJ Catalunya de 22 de diciembre de 1998 ; AS 1998 \ 7658 , de 03 de Noviembre del 2010 (ROJ: STSJ CAT 8520/2010) . núm. 6087/2001 de 12 julio JUR 2001\274806 ; números 364/1995, de 23 de enero ; 969/1995, de 11 de febrero ; 5.349/1995 y 5.352/1995, de 6 de octubre ; 5.440/1996, de 25 de julio ; y más recientemente, 5.259/2001, de 18 de junio ; 7.775/2001, de 15 de octubre y 2.994/2002, de 11 de abril , con cita de las Sentencias de la Sala de lo Socialdel Tribunal Supremo de 29 de enero , 16 de febrero , 9 de abril y 14 de julio de 1.987 , 17 y 23 de febrero de 1.988 , 30 de enero de 1.989 y 22 de enero de 1.990 - , calificándose por ejemplo como:

- *Incapacidad permanente absoluta* : *depresión* mayor severa, Sentencia 14 abril 2004 , AS 2004\1881; *depresión* mayor recidivante grave sin síntomas psicóticos, evolución tórpida, Sentencia 22 diciembre 1998, nº9586/1998 , AS 1998\7658; Trastorno Depresivo Mayor Cronificado, de más de tres años de Evolución, Sentencia núm. 2543/2006 de 23 marzo JUR 2006 \241267; Trastorno depresivo mayor grave, Sentencia núm. 6627/2004 de 1 octubre JUR 2004\314518; trastorno Depresivo Mayor Cronificado, de más de tres años de evolución concurrente con Fibromialgia con afectación a toda la musculatura, Sentencia núm. 2543/2006 de 23 marzo JUR 2006\241267 ; proceso de deterioro cognitivo y trastorno depresivo - ansioso por estrés post-traumático Sentencia núm. 7565/2001 de 5 octubre JUR 2002\5603.

La Sala, por otro lado, ha considerado como:



- *No incapacitante* : *depresión* mayor recurrente dentro de una distimia, trastorno histriónico y pasivo-depresivo de la personalidad, trastorno disociativo-agorafobia con tratamiento neuropsiquiátrico con mal pronóstico (vid *Sentencia núm. 2004/2003 de 25 marzo JUR 2003\130424*); trastorno depresivo moderado con somatizaciones; *Sentencia núm. 8846/2004 de 10 diciembre JUR 2005\34637*; Distimia en grado moderado de tres años de evolución con sintomatología de mediana intensidad. *Sentencia núm. 3836/1998 de 30 junio AS 1998\3173* síndrome depresivo ansioso, *depresión* mayor recurrente , episodios de ansiedad, ambas de carácter moderado, en tratamiento *Sentencia núm. 5311/2008 de 26 junio JUR 2008\316579*; Trastorno depresivo mayor y trastorno de la personalidad en tratamiento. *Sentencia núm. 6087/2001 de 12 julio JUR 2001\274806*(se considera en IPT por otras dolencias descartando la IP absoluta por la patología psiquiátrica).

Por ello procede, desestimar el recurso al no haber existido agravación por revisión que determine la declaración de incapacidad permanente absoluta postulada, confirmando el criterio de la sentencia de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de Graciela contra la sentencia del juzgado social 19 de BARCELONA, autos 331/2012, de fecha 17 de septiembre de 2012, seguidos a instancia de la recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en materia de invalidez permanente, debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos.

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, nº 47, N° 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), N° 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 la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.