

**T.S.J. EXTREMADURA SALA SOCIAL
CACERES**

SENTENCIA: 00455/2023

C/PEÑA S/Nº
CACERES
Tfno: 927 62 02 36-37-42
Fax: 927 62 02 46
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MMC

NIG:

Modelo:

TIPO Y N° DE RECURSO: RSU RECURSO SUPPLICACION

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: SSS SEGURIDAD SOCIAL

JDO. DE LO SOCIAL de BADAJOZ

Recurrente/s:

Abogado/a: ANTONIO JESUS ARROYO GONZALEZ

Recurrido/s: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL INSS

Abogado/a: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

D^a ALICIA CANO MURILLO

D. DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

En Cáceres, a veintisiete de julio de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. DE EXTREMADURA, 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 N°455/2023

En el RECURSO SUPPLICACIÓN N°218/2023 interpuesto por el Sr. Letrado D. Antonio Jesús Arroyo González, en nombre y representación de , contra la Sentencia número 5/2023, dictada por el Juzgado de lo Social de Badajoz, en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL , seguido a instancia de la parte recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, parte representada por los Servicios Jurídicos de dicho organismo, siendo MAGISTRADA-PONENTE la ILMA. SRA. DOÑA ALICIA CANO MURILLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número , de fecha 9 de enero de 2023.

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

"PRIMERO.- D. , de profesión carnicero en el régimen especial de trabajadores autónomos interesó del INSS la declaración de incapacidad (folios 1 a 19 del expediente administrativo). Incoado el pertinente expediente, se emitió el informe médico de síntesis, proponiéndose por el equipo de valoración de incapacidades la concesión de la incapacidad permanente total propuesta aceptada por la Dirección Provincial del INSS en fecha 1 de octubre de 2021 (folio 20 del expediente administrativo). **SEGUNDO.-** El demandante formuló la pertinente reclamación administrativa previa, la cual fue rechazada por el INSS, agotándose correctamente la vía administrativa (folios 56 a 72 del expediente administrativo). **TERCERO.-**

presenta como cuadro clínico residual coxartrosis bilateral y obesidad sin haber sido agotadas aun todas las posibilidades terapéuticas de cadera derecha 3-4 y endocrinológicas 2; obesidad 2-3 (dictamen EVI e informe forense). **CUARTO.-** La base reguladora es de 798,42 euros (folio 23 del expediente administrativo).

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que debo DESESTIMAR la demanda interpuesta por D. absolviendo al INSS de la pretensión deducida frente a él".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. interponiéndolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 11 de mayo de 2023.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 13 de julio de 2023 para los actos de deliberación, 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: La sentencia objeto de recurso desestima la demanda deducida por el beneficiario del sistema Público de Seguridad Social, en su condición de Carnicero afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, al considerar ajustada a derecho la resolución de la Entidad Gestora, de fecha 1 de octubre de 2021, que le declara afecto a una incapacidad permanente total para su profesión habitual y no al grado de incapacidad permanente absoluta que postula, tomando en consideración para dicha decisión las siguientes afecciones y limitaciones: "coxartrosis bilateral y obesidad sin haber sido agotadas aun todas las posibilidades terapéuticas de cadera derecha 3-4 y endocrinológicas 2; obesidad 2-3 (dictamen EVI e informe forense)". Considera, con arreglo a dicho cuadro clínico, que no procede reconocerle la IPA por cuanto que las limitaciones de cadera y endocrinológicas no son definitivas, al no haberse agotado las posibilidades terapéuticas, estando en lista de espera para intervención quirúrgica de cadera.

Frente a dicha decisión se alza el vencido, interponiendo el presente recurso de suplicación, que no ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO: En el primer motivo de recurso, acogido al apartado b) del artículo 193 de la LRJS, solicita la revisión del hecho probado primero y tercero del relato fáctico que expone la sentencia impugnada.

En cuanto al primero, interesa se modifique la afirmación consistente en "

interesó del INSS la declaración de incapacidad (folios 1 al 19 del expediente administrativo)", por la siguiente: "el INSS inició expediente de incapacidad permanente tras agotar el actor la duración máxima en incapacidad temporal (folio 13 del expte. Advo carpeta EA acontecimiento 2 ATEA202200343609)". A ello hemos de dar lugar pues así consta en el expediente administrativo en Resolución del INSS con fecha de registro de salida de 6 de septiembre de 2021, que inicia expediente de incapacidad permanente, tras agotar la duración máxima en situación de incapacidad temporal.

Y respecto del hecho tercero, solicita se adicione que: "a tiempo de la evaluación médica del EVI 2/9/2021, las limitaciones funcionales que presenta el demandante han de estimarse como determinantes de una capacidad laboral ciertamente residual, condicionada a la aplicación de medios especiales para la asistencia y desplazamiento a un puesto de trabajo; así como para el desarrollo continuo de una jornada laboral en condiciones de

rentabilidad, en actividades con sedentarismo mantenido". A ello no es necesario acceder por cuanto que al informe del Médico Forense se remite la sentencia recurrida, siendo que, como se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en sentencia de 5 de junio de 2013, Rec. 2/2012, "...en cuanto a la adición o ampliación de hechos probados ha reiterado, entre otras, en la STS/IV 13- noviembre-2007 (rco 77/2006) que si existe en tales hechos constancia suficiente de las especificaciones que se pretenden adicionar, aunque sea por remisión, tal circunstancia permite a la Sala contar con ellas sin necesidad de introducirlas en la narración histórica de la sentencia". En el mismo sentido nos ilustra la STS de 23 de octubre de 2020, Rec. rec. 174/2019. "Tampoco este motivo se presenta como necesario en tanto que habiendo obtenido el hecho probado del documento que en él se identifica, debemos entender que lo que se quiere añadir está comprendido dentro del relato fáctico, con lo cual nada nuevo estaría introduciendo la parte, al margen de la transcendencia que le pretenda dar a ese concreto dato al plantear el motivo de infracción normativa".

TERCERO: El segundo motivo de recurso, amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, denuncia el recurrente la vulneración de la doctrina seguida por esta Sala, en relación a la consideración del tratamiento médico quirúrgico, y del artículo 193.1, inciso último del TRLGSS, así como el artículo 169.1.a) del propio Texto Legal y artículos 10.1 y 13.3 de la Orden del 13 de enero de 1996 y 200 del TRLGSS. En un segundo apartado invoca

la vulneración del artículo 194.5 del TRLGSS en la redacción que ofrece su disposición transitoria 26ª. Todo ello para mantener, en síntesis, que, dado que el demandante en el momento de la calificación por parte de la Entidad Gestora no podía desempeñar actividad rentable alguna, como consta en el informe del médico forense al que se remite el juez a quo, al haber agotado la IT, ha de ser declarado en la situación pretendida, IPA, sin perjuicio de que, si tras la intervención quirúrgica y el tratamiento endocrinológico mejoran sus limitaciones, se proceda a revisar el grado de incapacidad permanente reconocido.

Y, razón tiene la parte recurrente. En efecto, tal y como recordábamos en la de 30 de septiembre de 2014, Recurso 342/2014:

<<(…) tal y como mantiene la recurrente, y ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala de lo Social, por ejemplo, en sentencia de 20 de enero de 2005, RS 765/2004, fundamento de derecho tercero:

... En cuanto a ello, tal y como hemos adelantado respecto al carácter definitivo de las lesiones, la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de marzo de 1.987 nos dice que "una intervención quirúrgica no puede ser impuesta contra la voluntad del paciente"; en la de 15 de septiembre del mismo año expone que "Si en entender del organismo recurrente los padecimientos que sufre el actor, limitándole sus aptitudes para el trabajo, no son definitivos por admitir curación, en mayor o menor grado, mediante tratamientos médicos, deberá actuar en su momento para instar la revisión de la incapacidad declarada, a fin de

que sea reajustada a la que pudiera ser procedente entonces (artículos 143 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social)" y que "Precisamente ese precepto que se invoca en el motivo segundo como infringido, en su último párrafo, conduce a idéntica conclusión; dispone que, concretadas las lesiones como definitivas, la posibilidad de recuperación laboral del inválido no obstará a que se le reconozca la incapacidad que corresponda a las limitaciones que en sus aptitudes aquéllas determinen, si la recuperación se ofrece como incierta" y en la de 29 de enero que "No es obstáculo, pues, que se mantenga tratamiento médico -que aun para secuelas definitivas ha de prestarse siempre que esté indicado- para que pueda pronunciarse la declaración de invalidez permanente si, como aquí ocurre, las secuelas son irreversibles y la determinan, en el grado que corresponda".

Esa doctrina es la seguida mayoritariamente por los Tribunales Superiores de Justicia y así, el de Castilla y León, con sede en Valladolid, en sentencia de 15 de marzo de 1.999 señala que "no cabe imponer jurídicamente a un trabajador la obligación de someterse a una operación quirúrgica, siempre arriesgada, ni tal posibilidad constituye impedimento legal para calificar unas lesiones residuales o secuelas de permanentes o previsiblemente definitivas por cuanto no puede subordinarse la calificación al resultado de la misma, que nunca garantizará en términos absolutos la curación". El de Cataluña, en la de 13 de enero de 1.999, entiende que "para estimar o no la existencia del grado incapacitante para el trabajo, se ha de estar a las lesiones que en el momento del hecho causante pueda padecer el

presunto beneficiario, siempre que las mismas sean definitivas, categoría que no se pierde por una posible intervención quirúrgica, ya que ésta es siempre de riesgo, al que no se puede compeler al paciente (artículo 10. 6 Ley 14/1986, de 25/4, General de Sanidad); y sin perjuicio de que de llevarse a efecto la referida intervención, y según sus resultados, se actúe en consecuencia, pues a partir de la supresión de la situación de Invalidez Provisional por la Ley 42/94, de 30 de diciembre, el carácter definitivo de las lesiones a efectos de la Incapacidad Permanente queda desdibujada, debiéndose estar simplemente al carácter incapacitante de unas presuntas lesiones una vez agotados los plazos, en su caso, de la incapacidad temporal, pues de futuro se puede actualmente aquilatar constantemente el estado del beneficiario a través del expediente, actualmente mucho más expeditivo que antes, de la revisión por mejoría". Y, en fin, el de la Comunidad Valenciana en al de 22 de septiembre de 1.998 mantiene que "la demandante no está obligada a sufrir una nueva intervención quirúrgica, cuyo resultado es siempre incierto y en la actualidad está inhabilitada para todas o las fundamentales tareas de su referida profesión habitual, por lo que el recurso que se examina debe ser desestimado">>.

El mismo criterio se vierte en las sentencias de esta Sala número 61/2019, de fecha 31 de enero de 2019, número 417/2015, de 17 de septiembre de 2015, y en la 3/2009, de 8 de enero de 2009, citadas por la recurrente, entre otras muchas, en las que esta Sala se

remite a la doctrina del Tribunal Supremo en la materia.

Pero, es más, tal y como razona correctamente la parte recurrente, el artículo 193.1 del TRLGSS de 2015, establece que "La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, 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". Y en el supuesto examinado el demandante ha agotado el periodo de IT, razón por la que ha de calificarse la incapacidad permanente en el grado que proceda.

En el presente supuesto, con el simple sustento en el informe del Médico Forense tantas veces citado, el demandante no está en condiciones de poder desempeñar con un mínimo de eficacia y rendimiento actividad laboral de clase alguna, al afirmar que "le resta una capacidad laboral ciertamente residual, condicionada a la aplicación de medios especiales para la asistencia y desplazamiento a un puesto de trabajo; así como para el desarrollo continuo de una jornada laboral en condiciones de rentabilidad, en actividades con sedentarismo mantenido". Y ello por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sostiene que la incapacidad permanente absoluta ha de reconocerse a quién, debido a sus

padecimientos, carezca de facultades reales para consumir con eficacia y un mínimo de profesionalidad y rendimiento las tareas componentes de cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral (sentencias de 5 de marzo de 1990, 18 de enero y 25 de enero de 1988 y 25 de marzo de 1988); también ha declarado el Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencia de 21 de enero de 1988, "esta Sala viene insistiendo que el grado de invalidez que tipifica, teniendo presente su texto, sus antecedentes históricos, su espíritu y su finalidad, no sólo debe ser reconocido al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, sino, también, a aquél que, aún con aptitudes para algunas actividades, no tenga facultades reales para consumir, con cierta eficacia, las tareas componentes de una cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral. A tal fin han de valorarse, más que la índole y la naturaleza de los padecimientos, las limitaciones que ellos generen, en sí mismas, en cuanto trabas reales y suficientes para dejar sin posibilidades de indicar y consumir a quien los sufre las faenas que corresponden a un oficio, siquiera sea el más simple, de los que, como actividad laboral retribuida, con una u otra categoría profesional, se dan en el seno de una empresa o actividad económica de mayor o menor volumen. Además, es imperativo tener presente que la realización de un quehacer asalariado implica no sólo la posibilidad de efectuar cualquier faena o tarea, sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia; y la necesidad de consumirla en

régimen de dependencia de un empresario durante la jornada laboral, sujetándose a un horario, actuando consecuentemente con las exigencias, de todo orden, que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros, en cuanto no es posible pensar - concretan las sentencias de 3 de febrero, 20 y 24 de marzo, 12 de y 30 de septiembre, todas de 1986, entre otras muchas- que en el amplio campo de las actividades laborales existe alguna en las que no sean exigibles esos mínimos de dedicación, diligencias y atención, que son indispensables incluso en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, salvo que se den un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario, pues de no coincidir ambos, no cabe mantener como relaciones laborales normales aquéllas en las que se ofrezcan tales carencias, al ser incuestionable que el trabajador ha de ofrecer unos rendimientos socialmente aceptables (sentencia de 30 de septiembre de 1986)".

En consecuencia, la sentencia de instancia ha de ser revocada para reconocer al demandante afecto a una incapacidad permanente absoluta, con derecho a una pensión mensual del 100% de la base reguladora reconocida.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

ESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por contra la sentencia de fecha 9 de enero de 2023, dictada en autos número , seguidos ante el Juzgado de lo Social número de los de Badajoz, a instancia del recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, REVOCAMOS la sentencia de instancia para, estimando la demanda deducida por el actor, declararle afecto a una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, condenando a la Entidad Gestora demandada a estar y pasar por la precedente declaración y al abono de la pensión mensual que legalmente le corresponda.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público

de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER N°

debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad

, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación".

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.