



Procediment: Incapacidad permanente por EC o ANL

NIG :

Part actora: _____

Part demandada: INSTITUT NACIONAL DE LA SEURETAT SOCIAL (INSS)

SENTENCIA Núm.

Barcelona, veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis.



M^a del Mar Mirón Hernández, Magistrada-Jueza del Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona y su provincia, he visto los presentes autos seguidos a instancia de **Doña _____** : contra el **Instituto Nacional de la Seguridad Social**, en reclamación por OPOSICIÓN A REVISIÓN DE GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE POR MEJORÍA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 28-10-2015 le correspondió a este Juzgado, por turno de reparto, la demanda suscrita por la mencionada parte actora y presentada el mismo día ante el Decanato de los Juzgados de lo Social de Barcelona, en la que tras alegar los hechos y fundamentos legales que estimó procedentes a su derecho, suplicaba se dictase una sentencia en la que se acogieran sus pretensiones.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se señaló día y hora para la celebración del acto del juicio, que tuvo lugar el 27-09-2016. Comparecieron el día señalado las partes y defensores que figuran reseñadas en acta suscrita por el auxilio judicial. Se procedió a la grabación de la vista a través del sistema ARCONTE de grabación, según certifica el Letrado de la Administración de Justicia. Abierto el acto, la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda. Las demandadas se opusieron a la demanda, practicándose las pruebas propuestas y admitidas. Tras el trámite de conclusiones se resolvió en diligencias finales requerir a la entidad gestora a fin de que realice las comprobaciones oportunas.





en torno al alta de la trabajadora en el período 20-06-2014 a 31-05-2015 y el eventual error de su empleadora en la falta de comunicación de la baja en la empresa el 13-10-2014, así como a la empresa a fin de que confirme si existió prestación de servicios por la trabajadora en el referido período. El INSS remitió informe de alta y la empresa incumplió el requerimiento. Previa audiencia a las partes, quedó el juicio visto para sentencia.

Tercero.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todos los preceptos legales, a excepción de los plazos dada la acumulación de asuntos que pesan sobre el juzgador.

HECHOS PROBADOS

Primero.- D^a [Nombre] nacida el 9-03-1969, con DNI núm. [Número] afiliada a la Seguridad Social, régimen general, por su actividad de empleada de hogar/limpiadora inició un proceso de incapacidad temporal en fecha 13-03-2013 y el ICAMS emitió propuesta de incapacidad permanente el 8-09-2014, resolviendo el 16-09-2014 la extinción de la situación de IT para la calificación de la incapacidad permanente y prolongar los efectos de la IT durante su tramitación (folio 41). Por resolución de 15-10-2014 fue declarada situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común, con fecha de revisión 1-10-2015. Las lesiones que dieron lugar a la anterior declaración de incapacidad fueron: **"Neoplasia de mama derecha estadio III B. Tratamiento con QMT. Mastectomía radical, RDT. Síndrome subacromial en tratamiento. Proliferación endometrio pendiente de estudio por ginecólogo, con limitación funcional"**.

Segundo.- Tras expediente de revisión instado por la entidad gestora, en fecha 31-07-2015 el INSS dictó resolución acordando declarar a la parte demandante, por mejoría de sus lesiones, en situación de incapacidad permanente, en grado de total para su profesión habitual, derivada de enfermedad común, y el derecho a percibir una pensión mensual de 520,85 euros, más las revalorizaciones de pensión que correspondan, que se percibirán desde el día siguiente a la presente resolución, con posibilidad de revisión por agravación o mejoría a partir de 6/2016. El dictamen del ICAMS de 17-06-2015 dictaminó que existía mejora de grado sobre la base del siguiente cuadro residual: **"Sd. Subacromial hombro derecho con leve limitación funcional en la actualidad. Neoplasia de mama que requirió QMT + mastectomía radical y linfadenectomía (10/2013)+ RDT, actualmente en controles por oncología. Tr. Adaptativo sin limitación psicofuncional incapacitante en la actualidad"**. El ICAMS apreció mejoría de grado revisable por posible mejoría total (folio 60).

Tercero.- Contra dicha resolución se interpuso reclamación previa el 25-08-2015 que fue desestimada por resolución de 16-09-2015.

Cuarto.- La base reguladora de la prestación es de 947 euros, con fecha de efectos 1-08-2015.





Quinto.- La parte actora padece “Síndrome subacromial de hombro derecho intervenido el 4-11-2015 mediante acromioplastia del hombro + burssectomía en hombro derecho. Limitación del balance articular del hombro (antepulsión 140° - abducción 90° - RE 40° y RI 40°, con persistencia de dolor. Neoplasia de mama que requirió quimioterapia + mastectomía radical y linfadenectomía (10/2013) + radioterapia. En controles por oncología. Linfedema grado I. Trastorno adaptativo con síntomas emocionales mixtos, en tratamiento psiquiátrico y psicológico en centro de salud mental.”

Sexto.- Fue dada de alta laboral por subrogación de la anterior empleadora de 20-06-2014 a 31-05-2015 a través de la empresa “SI SCP”, grupo de cotización 10, contrato a tiempo parcial 125. El INSS comunicó a dicha empresa la obligación de abono del subsidio hasta el 12-10-2014 (folio 45). El 15-06-2015 el administrador de la SCP Sr. i certificó que la demandante se había incorporado a la empresa por subrogación el 20-06-2014 y el 13-10-2014 dejó de prestar servicios al pasar a la situación de pensionista, no habiendo prestado servicios efectivos a partir de aquella fecha pese a lo cual se le mantuvo erróneamente en alta (folio 22- interrogatorio actora).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- A los efectos de lo dispuesto en el art. 97, 2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se hace constar que los hechos declarados probados resultan del expediente administrativo y de la documental obrante en autos, del dictamen del ICAMS y, en especial, de la pericial practicada por las partes.

La cuestión controvertida en este litigio es la valoración del estado físico de la parte actora y las lesiones o enfermedades que padece en relación con el ámbito profesional, al objeto de determinar si se encuentra en situación de **incapacidad permanente en grado de absoluta** como se postula en la demanda, por no haber experimentado mejoría las dolencias que dieron lugar al reconocimiento de la incapacidad permanente que tenía reconocida y que le es negada en la resolución administrativa alegando haber experimentado mejoría que supone una parcial recuperación de sus facultades generales y la posibilidad de prestar actividades laborales distintas a las que ejercía habitualmente.

Segundo.- Postula la parte demandante le sea mantenido el grado de incapacidad permanente absoluta que tiene reconocido, señalando que la resolución es arbitraria e incumple los presupuestos necesarios para proceder a la revisión, conforme a lo dispuesto en el art. 143 LGSS. Afirmo que la resolución impugnada reproduce las mismas patologías por las que se le reconoció el grado de absoluta, indicando únicamente que actualmente carecen de limitación funcional, adoleciendo de arbitrariedad y falta de motivación. Indica también que el hecho de que se mantuviera el alta en la empresa





SCP es debido a un error ya que no ha prestado servicios y que pese a que así se indicó en la reclamación previa no ha sido rectificado y que la resolución adolece de falta de congruencia interna pues de apreciarse que mantuvo la actividad en dicha empresa debió declararse que no reunía los requisitos para la declaración de incapacidad permanente en ningún grado. Mantiene por último que se ha producido una fragante vulneración del art. 143, 2 LGSS, no habiéndose respetado el plazo establecido en la resolución para la revisión del grado por lo que no procedía efectuarla y se ha llevado a cabo antes del plazo de servicios por cuenta ajena por considerar que había prestación de servicios, cuando ni ha existido ni ha percibido otros ingresos distintos de la pensión.

No compareció al acto de juicio el testigo citado Sr. Capel para ratificarse en documento en el que figura estampada su firma (folio 101) en el que se indica que se mantuvo el alta en la empresa por error y que ello se subsanaría ante la TGSS. Ante ello se resolvió en diligencias finales requerir a la empresa a fin de que ratificara el tenor del documento, sin que lo cumplimentara en dos sucesivos requerimientos. En el acto de juicio se realizó por esta juzgadora el interrogatorio de la actora que negó haber prestado servicios ni como empleada de hogar ni como limpiadora desde que la incapacidad temporal y posterior reconocimiento del grado de absoluta.

Si bien es cierto que no ha existido reconocimiento del firmante del documento aportado respecto a su contenido, su incomparecencia no puede perjudicar a la firmante, resultando patente que su situación psicofísica impedía el desempeño de su actividad, lo que abunda en el error en el mantenimiento del alta que figura en dicho documento que ningún perjuicio puede causarle, sin perjuicio de la oportuna rectificación o anulación de las cuotas que proceda llevar a cabo a través de la oportuna revisión, al no corresponderse con una efectiva prestación de servicios.

Tercero.- En cuanto a las dolencias psicofísicas afirma que persiste el riesgo de recaída de la patología neoplásica y no han mejorado las secuelas físicas ni psicológicas derivadas de la misma, ampliándose el cuadro patológico con linfedema grado I, síndrome subacromial, pólipos de colon-adenoma con displasia de colon, capsulitis retráctil de hombro derecho como secuelas post radioterapia, endometriosis, trastorno adaptativo con síntomas emocionales mixtos, hipercolesterolemia, hipertrigliceridemia, asma bronquial, lumbalgia con irradiación, migrañas, cuadro clínico acreedor del grado de absoluta que solicita.

La incapacidad permanente absoluta le fue reconocida principalmente por la patología neoplasia de mama derecha estadio III B, intervenida mediante mastectomía y tratada con quimioterapia, por presentar síndrome subacromial en tratamiento y detectarse proliferación endometrio pendiente de estudio por ginecólogo, con limitación funcional. Junto a demanda aporta colonoscopia realizada el 30.09.2014 con el diagnóstico de pólipo en colon que le fue extirpado, apreciándose fragmentos de adenoma tubular con displasia de bajo grado (folios 24-25). Se le practicó hisperestoscopia diagnóstica al presentar endometrio engrosado, sin signos de actividad neoplásica (folios 26-90). Por la patología neoplásica fue dada de alta de la incapacidad temporal iniciada a raíz





de la misma el 16-09-2014 (folio 28).

Respecto a la patología en hombro fue intervenida en hombro derecho mediante acromioplastia + bursectomía, al presentar limitación en el balance articular del hombro. Ha sido dada de alta de tratamiento de fisioterapia el 28-04-2016, persistiendo limitación del balance articular del hombro y dolor (folio 97).

En cuanto a la patología depresiva inició tratamiento con anterioridad a la detección de la neoplasia mamaria, en noviembre de 2011, a raíz de un conflicto laboral, siendo tratada con mejoría y empeorando a raíz de la enfermedad y sus secuelas del tratamiento, estando diagnosticada de trastorno adaptativo con síntomas emocionales mixtos por psiquiatra del centro de salud mental, según informes emitidos el 12-02-2014, 20-07-2014, 14-04-2015 (folios 86- 87-27). En el más reciente informe de dicho centro de salud mental de 10-06-2016 (folio 96) se confirma el diagnóstico y la necesidad de continuar con tratamiento psiquiátrico y psicológico. Aporta informe de fecha 12-09-2016 de centro privado en el que se indica que la patología depresiva ha evolucionado hacia una depresión mayor con síntomas psicóticos, patología cronicada, que no responde al tratamiento e impide la reinserción laboral (folios 98-99) y posterior informe de 20-09-2016 del CSM describe que no se ha recuperado de la recaída en su sintomatología depresivo-ansiosa presentando sentimientos intensos de inutilidad que agravan su pronóstico (folio 100).

Cuarto.- El ICAMS valora en su dictamen, realizado con anterioridad a la intervención en hombro derecho, el resultado de la colonoscopia de 30-09-2014, la ECO TV de 13-06-2014 para examen del engrosamiento endometrial y el informe de psicología de CSM de 14-04-2015, apreciando a la exploración funcional limitación en hombro derecho, no aprecia sintomatología ansioso-depresiva grave y hace constar el tratamiento prescrito y las sucesivas visitas pendientes a los distintos facultativos y para rehabilitación (folio 60).

El informe aportado por la entidad gestora recoge la intervención en hombro derecho y la limitación funcional que le provoca en la extremidad rectora y la persistencia del trastorno adaptativo, con remisión al ICAMS.

Quinto.- Valorando la totalidad de informes obrantes en autos no puede compartir esta juzgadora que la parte demandante haya experimentado una mejoría compatible con el desempeño de actividades laborales en la fecha en que se procedió a la revisión de oficio. En primer lugar por la extemporánea revisión de oficio, que el INSS lleva a cabo casi seis meses antes de finalizar el plazo previsto en la resolución que reconoció el grado de absoluta.

Cierto es, y así lo reconoce la parte demandante, que la revisión sería posible con anterioridad a dicho plazo de haber realizado trabajos por cuenta ajena o propia, conforme a lo dispuesto en el art. 143, 2 LGSS. Pero no lo es menos que el plazo de revisión vincula a las partes y no permitiendo la situación psico-física de la demandante la prestación de servicios y mereciendo plena convicción de que no han sido prestados pese al erróneo mantenimiento del alta por quien fue su empleadora, no puede más que declararse extemporánea la revisión de oficio





que la entidad gestora ha llevado a cabo.

Y en cualquier caso, aun aceptando la validez del procedimiento de revisión, lo cierto es que los informes aportados ponen de relieve que la demandante no había recuperado funcionalidad suficiente para llevar a cabo actividades laborales: seguía tratamiento con tamoxifeno por riesgo de recidiva de la enfermedad neoplásica, continuaba con dolor y limitación en hombro derecho y estaba pendiente de intervención quirúrgica, que se realizó 4 meses después de ser examinada por el ICAMS, y de los informes del centro de salud mental se desprende que no se ha producido una estabilización clínica y precisa continuar tratamiento psiquiátrico y psicológico en el CSM.

Sexto.- Como consecuencia necesaria de lo dicho debe declararse la extemporaneidad de la revisión de grado y revocar la resolución impugnada que la declara, sin perjuicio que la remisión de los síntomas de las patologías descritas y su progresiva recuperación para el desempeño de tareas exentas de esfuerzos físicos, pues la parte demandante continúa incapacitada para el desempeño de actividades laborales, requiriendo tratamiento con control médico constante y no pudiendo hacer frente actualmente a los requerimientos que impone una actividad laboral normalizada.

Reúne por ello los requisitos que exige el mantenimiento del grado de incapacidad permanente absoluta que tenía reconocido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 136 del mismo texto legal (R.D.Leg. 1/94), y por tanto, el derecho a continuar percibiendo las prestaciones contributivas en cuantía del **100 % de una base reguladora de 947 euros, con fecha de efectos 1-08-2015** a partir de la cual dejó de percibir la prestación que tenía reconocida.

Séptimo.- Por razón de la materia, cabe interponer recurso de suplicación contra esta sentencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 191, 3 c) de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

Vistos los preceptos legales mencionados y las demás disposiciones aplicables,

FALLO

ESTIMO la demanda presentada por D^a **contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social**, en reclamación por **OPOSICIÓN A REVISIÓN DE GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE** y declaro no haber lugar a la revisión del grado de incapacidad permanente absoluta reconocido a la parte demandante, manteniendo su derecho a percibir la prestación correspondiente en cuantía del **100 % de una base reguladora de 947 euros, con fecha de efectos 1-08-2015** y, en consecuencia, con revocación de la resolución impugnada, condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social a hacer efectiva esta prestación con los mínimos, las mejoras y las revalorizaciones legalmente procedentes.





Notifíquese esta sentencia a las partes y hágaseles saber que contra la misma puede interponerse **recurso de suplicación** ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que deberá anunciarse ante este juzgado dentro del plazo de los **cinco días** siguientes al de su notificación. Si el recurrente es el demandado no se tramitará el recurso hasta que certifique que comienza el pago de la prestación y que continuará haciéndolo durante la tramitación del recurso.

Así lo pronuncia, manda y firma M^a del Mar Mirón Hernández, Magistrada del Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona y su provincia.

PUBLICACIÓ. El mateix dia la magistrada jutgessa que la signa ha publicat i llegit la Sentència anterior. Se n'ha inserit l'original al llibre de sentències i se n'ha incorporat a les actuacions una certificació literal. Tot seguit es remet a cada una de les parts un sobre per correu certificat amb justificant de recepció amb una còpia de la Sentència, d'acord amb el que disposa l'article 56 i concordants de la Llei de Reguladora de la Jurisdicció Social.. En dono fe.

