

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 91/2019, de 6 de febrero de 2019

Sala de lo Social

Rec. n.º 46/2017

**SUMARIO:**

**Determinación del grado de incapacidad permanente. Agravación de las lesiones que se constata con posterioridad al hecho causante.** Aunque no deben valorarse las lesiones que no fueron alegadas, ni constan en el expediente administrativo, ni tampoco en el escrito de demanda, la Sala estima que no son hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias que sean agravación de otras anteriores, ni las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después, ni siquiera las que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectadas por los servicios médicos. En el presente caso no cabe duda que el electromiograma realizado 3 años después del hecho causante, presentaba hallazgos compatibles con una agravación de las dolencias detectadas por el EVI, que revelan que se trata, sin duda de la misma enfermedad cuyo grado de afectación se pone de relieve por una prueba posterior a la resolución administrativa que puso fin a la vía previa de la que lógicamente se puede extraer el nivel de deterioro de la salud del demandante. En consecuencia, sí deben tenerse en cuenta las patologías acreditadas después del informe médico de síntesis y antes de la celebración del juicio.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 137.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 143.4.

**PONENTE:**

*Don Ángel Antonio Blasco Pellicer.*

**UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 46/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

**SENTENCIA**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. Rosa María Viroles Piñol

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 6 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Remigio , representado y asistido por el letrado D. Héctor Brotóns Albert, contra la sentencia dictada el 4 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso de suplicación núm. 603/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Murcia, de fecha 9 de diciembre de 2014 , recaída en autos núm. 478/2011, seguidos a instancia de D. Remigio , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre Invalidez en grado de Incapacidad Permanente Total y Subsidiariamente Parcial.

Ha sido parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Con fecha 9 de diciembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El actor D. Remigio , con DNI núm. NUM000 , nacido el día NUM001 de 1973, se encuentra afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, como consecuencia de sus servicios prestados como Palista-operador de volquete (maquinaria de movimiento de tierras).

#### SEGUNDO.

Solicitó pensión de incapacidad permanente en fecha 3 de septiembre de 2010 y sometido a reconocimiento médico para la valoración de su situación, se emitió Informe Médico de Síntesis con fecha de 17 de septiembre de 2010, haciendo constar que el actor padecía las siguientes dolencias: Poliartromialgias generalizadas; RMN (septiembre de 2009): Pequeña hernia discal C5-C6 sin compromiso de los canales de conjunción. Electromiografía (abril de 2010): Síndrome túnel carpiano muy leve bilateral. Sintomatología depresiva sobre Trastorno mixto de la personalidad. Actualmente no se objetivan limitaciones susceptibles de incapacidad permanente en ninguno de sus grados.

#### TERCERO.

Por el Equipo de Valoración de Incapacidades en fecha 20-9-10 se elevó Dictamen Propuesta de Inexistencia de Incapacidad permanente en ninguno de sus grados, que se elevó a definitivo en fecha 22-9-10, y por Resolución de la misma fecha se acordó denegar la prestación.

#### CUARTO.

Con anterioridad a su solicitud de prestación de Incapacidad permanente, el demandante tuvo varios procesos de IT en el año 2008 de corta duración, por distintas causas, y desde 30-8-08 a 15-9-08, por cervicalgia.

El último proceso de IT anterior a su solicitud fue iniciado el 17-9-08 por cervicalgia, y tras agotamiento de 12 meses y concedida prórroga por 6 meses más, con posibilidad de revisión de su situación a partir de 17-2-10, fue revisada su situación y valorado el 24-2-10, emitiendo el INSS resolución el 4-3-10, por la que se decide dar el alta médica con efectos de 11-3-10, en aplicación del Art. 128.1 LGSS en su redacción dada por Ley 40/2007 de 4 de diciembre. Dicha resolución no consta recurrida.

En el informe de evaluación de IT de 24-2-10 se hacía constar: Paciente con dolor crónico de 3-4 años de evolución de características miofasciales de predominio cervical, cráneo, que sigue en Tratamiento en Unidad del

dolor y USM, con historia de múltiples valoraciones médicas. Se consideran limitaciones para actividades con alto requerimiento físico, fundamentalmente a nivel de raquis cervical

#### QUINTO.

El demandante a la fecha de la solicitud de prestación y de ser valorado presentaba las dolencias que se recogen en el hecho probado segundo de esta resolución, encontrándose en esa fecha en tratamiento en la Unidad del dolor del Hospital Virgen del Castillo de Yecla, por poliartromialgias, y continúa por cervicobraquialgias y dolor miofascial.

En RMN cervical de 21-1-11 se informó: Mínimas Protusiones discales sin aparente afectación neural C3-C4 y C4-C5.

En EMG de 4-4-10 se apreciaron lesiones radicales C6-C7 bilaterales de curso crónico sin agudización y de grado leve-moderado.

En posterior estudio de EMG de 10-7-13 presentaba hallazgos compatibles con una polirradiculopatía cervical C5, C6 y C7 bilateral, de evolución subaguda sin signos de denervación actualmente y con los siguientes grados de afectación:

- Radiculopatía C5 bilateral de grado leve-moderado en ambos lados.
- Radiculopatía C6 bilateral de grado leve en ambos lados, discretamente más acentuado en el lado derecho.
- Radiculopatía C7 bilateral de grado leve-moderado en el lado derecho y leve en el izquierdo.

También se observó Neuropatía desmielinizante focal del nervio derecho por atrapamiento en el túnel del carpo, de grado leve.

#### SEXTO.

La base reguladora de la prestación solicitada por enfermedad común asciende a la cantidad de 1.119,13 €/mes para la I. P. Total.

En la fecha de solicitud de la prestación de incapacidad permanente, el demandante estaba en situación de desempleo y percibiendo subsidio de desempleo, siendo la base reguladora para la I. P. Parcial, de conformidad al IPREM del año 2010, de 532,51 €/mes.

#### SÉPTIMO.

El demandante presentó reclamación previa frente a la resolución denegatoria de 22-9-10, en fecha 20-1-11, que fue desestimada por resolución de 8-2-11, notificada al demandante en fecha 16-2-11".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la petición principal de la demanda presentada por D. Remigio frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro haber lugar a la misma y en consecuencia declaro a la parte demandante en situación de INVALIDEZ PERMANENTE EN GRADO DE TOTAL para su profesión habitual con origen en Enfermedad Común, con derecho a percibir una pensión vitalicia y mensual del 55% de la base reguladora de 1.119,13 €/mes más los incrementos legales correspondientes, y con efectos desde el día 20-9-10, condenando al INSS al abono de dicha prestación".

#### Segundo.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, la cual dictó sentencia en fecha 4 de julio de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

"Que, con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida y la dejamos sin efecto, con absolución del INSS, desestimando la demanda.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal".

#### **Tercero.**

Por la representación de D. Remigio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2013 (Rcud. 1453/2012 ).

#### **Cuarto.**

Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado dicho traslado, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser estimado.

#### **Quinto.**

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de febrero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

**1.-** La cuestión a decidir en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si, para la declaración del grado de incapacidad permanente, deben ser tenidas en cuenta las dolencias o las agravaciones de las lesiones, acaecidas con posterioridad al hecho causante.

**2.-** En el presente caso, el trabajador, tal como consta en otro lugar de la presente resolución, palista operador de volquete, solicitó pensión de Incapacidad Permanente Total que le fue denegada por resolución del INSS de 22 de septiembre de 2010. El Informe médico de síntesis de 17 de septiembre de 2010, recogía las siguientes dolencias: Poliartromialgias generalizadas; RMN (septiembre de 2009): Pequeña hernia discal C5-C6 sin compromiso de los canales de conjunción. Electromiografía (abril de 2010): Síndrome túnel carpiano muy leve bilateral. Sintomatología depresiva sobre trastorno mixto de la personalidad. No se objetivan limitaciones susceptibles de incapacidad permanente en ninguno de sus grados.

Por Resolución de 22 de septiembre de 2010 se acordó denegar la prestación. El demandante presentó reclamación previa frente a la resolución denegatoria, que fue desestimada por resolución notificada al demandante en fecha 16 de febrero de 2011. Formuló demanda en fecha 7 de junio de 2011 que fue turnada al Juzgado de lo Social nº tres de Murcia.

En estudio de EMG de 10-7-13 presentaba hallazgos compatibles con una polirradiculopatía cervical C5, C6 y C7 bilateral, de evolución subaguda sin signos de denervación actualmente y con los siguientes grados de afectación: Radiculopatía C5 bilateral de grado leve-moderado en ambos lados. Radiculopatía C6 bilateral de grado leve en ambos lados, discretamente más acentuado en el lado derecho. Radiculopatía C7 bilateral de grado leve-moderado en el lado derecho y leve en el izquierdo. También se observó Neuropatía desmielinizante focal del nervio derecho por atrapamiento en el túnel del carpo, de grado leve.

El juzgado de instancia dictó sentencia en fecha 9 de diciembre de 2014 , estimatoria de la demanda declarando al demandante en situación de Invalidez Permanente en grado de Total para su profesión habitual con derecho al percibo de la pensión correspondiente. Recurrida la sentencia por el INSS la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en sentencia de 4 de julio de dos mil dieciséis -aquí recurrida- estimó el recurso del

INSS y revocó la sentencia de instancia desestimando la demanda. La Sala de Murcia, declara que debe valorarse la situación del trabajador el 22 de septiembre de 2010, fecha del hecho causante y, en dicho momento, no se advierte que el actor estuviese impedido para realizar las actividades fundamentales de su profesión. Recalca más adelante que las dolencias más significativas se objetivan en el año 2013 y, por tanto, no cabe tenerlas en cuenta si consideramos que la fecha del hecho causante se sitúa en el 20 septiembre 2010.

### Segundo.

1.- Recurre el trabajador en casación unificadora y aporta como sentencia de contraste la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el cinco de marzo de dos mil trece (Rcud. 1453/2012 ). En ella se contempla el supuesto de un trabajador que fue declarado en situación incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, por resolución del INSS de 15 de octubre de 2009 al padecer cardiopatía Isquémica; Scasest, Angor Intestable en 2008, enfermedad coronaria Monovaso (Ada Ostial), tratada con implante de Stent Farmacoactivo, compromiso ramo intermedio/infarto periprocedimiento IV A) fevi conservada FRCV: HTA DLP. Con limitaciones cardiológicas moderadas.

La sentencia de instancia estimó su demanda y declaró que el grado que le correspondía era el de absoluta, declarando que el actor había sufrido un empeoramiento de la cardiopatía "ya que el mismo 11 de marzo de 2011 había sido intervenido mediante la colocación de un stent ". El INSS interpuso recurso de suplicación que fue estimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Sevilla-. La Sala rechazó que pudiera tenerse en cuenta la colocación del "stent" por ser de "fecha muy posterior al hecho causante". Recurrída en casación unificadora, la sentencia de esta Sala, aportada como contradictoria, declaró que la doctrina tradicional seguida por la Sala no ha considerado hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias que sean agravación de otras anteriores, ni las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después, ni siquiera las que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectadas por los servicios médicos. Añade que tal doctrina se ha positivizado en la LRJS, no aplicable por razones temporales, que en su artículo 143.4 establece la posibilidad de incorporar hechos distintos si son nuevos o no se hubieran podido conocer con anterioridad.

2.- Atendidas las circunstancias relatadas, tal y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 LRJS hay que apreciar la existencia de contradicción doctrinal entre las resoluciones comparadas ya que en ambos casos la pretensión deducida consiste en el reconocimiento de una incapacidad permanente conforme al art. 137 LGSS (actual 194) y en ambos casos existe una agravación de las lesiones que se constatan con posterioridad al hecho causante. La sentencia recurrida declara que debe valorarse la situación del actor en la fecha del hecho causante, sin que puedan tenerse en cuenta las dolencias aparecidas con posterioridad. En la referencial, por el contrario, se establece que no pueden considerarse hechos nuevos, ajenos al expediente las dolencias que sean agravación de otras anteriores, o las que ya existían y se ponen de manifiesto después.

El hecho de que en la sentencia recurrida se reclame la declaración de incapacidad permanente, y en la referencial, desde la situación de incapacidad permanente total, se reclame mayor grado de incapacidad carece de trascendencia para impedir la apreciación de contradicción.

### Tercero.

1.- El recurrente plantea un único motivo de casación en el que denuncia interpretación errónea del artículo 137 LGSS (actual 194) en relación con el artículo 142.2 LPL y la jurisprudencia que lo interpreta, así como infracción de los artículos 24.1 CE y 97.2 de la LRJS al no motivar la sentencia la razón por la que no se podía tener en cuenta el agravamiento de las lesiones ocurridas después del hecho causante.

Una atenta lectura del recurso de casación revela que el recurrente está planteando dos motivos de infracción jurídica ya que, por una parte, denuncia la nulidad de la sentencia por incongruencia omisiva y, en consecuencia, por vulneración de la tutela judicial efectiva; y, por otra parte denuncia la infracción de la normativa que cita de Seguridad Social, planteando que la sentencia recurrida yerra al haber estimado el recurso de suplicación por entender que el agravamiento de las dolencias padecidas ocurrido después del hecho causante no pueden ser valoradas.

Ocurre que el primer motivo relativo a la posible incongruencia de la sentencia no puede ser examinado por esta Sala al tratarse de una cuestión no anunciada ni preparada en el escrito de anuncio del recurso y no haber señalado al respecto sentencia de contraste alguna, ello con independencia de que la Sala no observa la pretendida incongruencia pues la sentencia recurrida sí explicita la motivación de la solución que adopta.

**2.-** Respecto de la otra cuestión planteada adecuadamente, la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste que, con apoyo en sentencias anteriores de esta Sala de 2 de febrero de 1996, rcud. 1498/1995 ; de 27 de marzo de 2007, rcud. 2406/2006 , y, especialmente la STS de 7 de diciembre de 2004, rcud. 4274/2003 , recordó que la Sala no ha considerado hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias que sean agravación de otras anteriores, ni las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después, ni siquiera las que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectadas por los servicios médicos.

En el caso presente no cabe duda que el examen EMG realizado el 10 de julio de 2013, presentaba hallazgos compatibles con una agravación de las dolencias detectadas por el EVI, que revelan que se trata, sin duda de la misma enfermedad cuyo grado de afectación se pone de relieve por una prueba posterior a la resolución administrativa que puso fin a la vía previa de la que lógicamente se puede extraer el nivel de deterioro de la salud del demandante.

**3.-** En consecuencia, coincidiendo con la opinión del Ministerio Fiscal, hemos de concluir que procede la estimación del recurso. Ahora bien. Dado que en el recurso de suplicación fueron planteadas por el INSS otras cuestiones ligadas al pronunciamiento de la sentencia de instancia que no fueron resueltas por la Sala de Suplicación, la estimación del recurso debe circunscribirse a la cuestión aquí resuelta respecto de que sí deben tenerse en cuenta las patologías acreditadas después del informe médico de síntesis y antes de la celebración del juicio. Bajo esta premisa deben devolverse las actuaciones a la Sala de procedencia para que ésta, con libertad de criterio, resuelva el resto de cuestiones planteadas en suplicación. Sin costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Remigio , representado y asistido por el letrado D. Héctor Brotóns Albert.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 4 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso de suplicación núm. 603/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Murcia, de fecha 9 de diciembre de 2014 , recaída en autos núm. 478/2011.

3.- Devolver las actuaciones a la Sala de procedencia para que, partiendo de la afirmación de esta resolución según la que, a efectos de determinación de la solicitud de invalidez, sí deben tenerse en cuenta las patologías acreditadas después del informe médico de síntesis y antes de la celebración del juicio, resuelva con libertad de criterio el resto de cuestiones planteadas en suplicación que no fueron resueltas en la sentencia revocada.

4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.