

Id Cendoj: 35016340012005100193  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1320/2002  
Nº de Resolución: 254/2005  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 15 de Marzo de 2005

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS formada por los Ilmos. Sres D./Dña. Humberto Guadalupe Hernández Presidente, D./Dña. M<sup>a</sup> Jesús García Hernández y D./Dña. Juan José Rodríguez Ojeda (Ponente) Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por Luis Miguel contra sentencia de fecha 15 de marzo de 2002 dictad en los autos de juicio nº 0001067/2000 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Luis Miguel , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; .

El Ponente, el Ilmo./a Sr./a. D./Dña. Juan José Rodríguez Ojeda , quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- Que el actor, Luis Miguel nacido en fecha 23.08.43, con D.N.I. número NUM000 afiliado al Régimen de Trabajadores de la Seguridad Social con el número NUM001 , tiene como profesión habitual la de albañil.

SEGUNDO.- Que por resolución del INSS de fecha 22.05.97, se declara al actor afecto a una incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de enfermedad común y con derecho a percibir una pensión del 55% de su base reguladora mensual de 71.855 ptas.

TERCERO.- Que las lesiones y secuelas que dieron lugar a la situación descrita anteriormente han sido las siguientes:

-Lumbociática;

-Hernia discal L5-S1 y fibrosis epidural de receso lateral derecho de L4-L5.

-Epicodilitis recidivamente de codo derecho.

-Talgia.

- **Fibromialgia** ;

-Columna lumbar limitada y dolorosa;

-Codo derecho con limitación en prono supinación.

CUARTO.- Que en fecha 01.09.97 se dicta Sentencia por el Juzgado de lo Social de Gádar (autos número 223/97 ) y cuyo tenor literal damos aquí por reproducido (folios números 27, 28 y 29 del expediente administrativo).

QUINTO.- Que en fecha 28.07.99 el actor formula solicitud de revisión de invalidez, y dictándose resolución denegatoria en fecha 29.09.99 (folios 30 a 34 del expediente administrativo). Y habiéndose formulado reclamación previa resultó desestimada por Resolución de fecha 18.11.99.

Y en fecha 17.01.00 se dicta Sentencia por el Juzgado de lo Social de Gádar (autos 704/99 ) folios 42 y 43 del expediente administrativo.

SEXTO.- Que en fecha 24.07.00 el actor solicita revisión de invalidez. Y emitiéndose informe médico de síntesis en fecha 18.10.00 (folios 62 a 65 del expediente administrativo).

Y en fecha 25.10.00 el EVI propone la no modificación del grado de incapacidad del actor.

SÉPTIMO,. Que en fecha 02.11.00 se dicta por el INSS resolución denegatoria de la solicitud de revisión instada por el actor. Y habiéndose formulado reclamación previa resultó desestimada por Resolución de fecha 01.12.00.

OCTAVO.- Que el actor presenta como lesiones y secuelas actuales las siguientes:

-Radiculopatía C5-C6 y C7, derecha de intensidad leve y crónica, con dolores, calambres y paréntesis en ambas extremidades superiores;

-Axonotmesis parcial del nervio cubital derecho a nivel del codo y para el componente sensitivo;

-Atrapamiento subacronial del supraespinoso derecho;

(elevación anterior y abducción activa 0-135º, pasiva o -160º), siendo la movilidad articular del hombro izquierdo simétrica.

-Radiculopatía L-5S1, bilateral y crónica;

-Goncurtrosis incipiente;

-No puede sobrecargar sus extremidades superiores, ni cargar pesos, ni hacer fuerzas;

-No puede sobrecargar su columna lumbosacra.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que desestimando la demanda interpuesta por DON Luis Miguel contra el INSS y TGSS, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones de que eran objeto. TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la pretensión del actor, con categoría profesional de albañil y por la que solicitó ser declarado afecto de incapacidad permanente absoluta por agravación de las lesiones por las que se le había reconocido por el INSS la incapacidad permanente total .

Frente a la misma se alza el demandante mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de motivos de revisión fáctica y de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia sea estimada la demanda. El recurso ha sido impugnado por el INSS

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* solicita el recurrente con base a la pericial médica ,la modificación del ordinal octavo proponiendo la siguiente redacción: "El actor presenta las siguientes lesiones :Cervicoartrosis grado 2-3, con sus cervicalgias, mareos y vértigos, más acentuados por su hipercolesterolemia. Discopatía degenerativa C5, C6. C7. Radiculopatía C5, C6, C7, bilateral y crónica con dolores calambres y parestesias en ambas extremidades

superiores. Síndrome de atrapamiento subacromial del supraespinoso derecho en hombros, con dolor y limitación de los movimientos. Artrosis bilateral de codos, osteocondromatosis con dolores y limitación de la movilidad de la articulación. Axonotmesis parcial del cubital derecho a nivel del codo con dolores y pérdida de fuerza. Atrapamiento bilateral del Nervio Mediano a nivel del Túnel del Carpo con pérdida de fuerza y dolores en ambas manos Lumboartrosis grado 2-3, con sus lumbalgias irradiadas a ambas extremidades inferiores. Hernia discal L5-S1, Fibrosis epidural L4-L5 postquirúrgica y prolapsos L3-L4, con lumbalgias y limitación de la movilidad de la columna lumbosacra. Radiculopatía L5-S1 bilateral y crónica con dolores parestesias, calambres y fallos en las extremidades inferiores. Condrocálcosis de ambas rodillas, con calcificaciones meniscales. **Fibromialgia**. Depresión reactiva con mal pronóstico. Las citadas lesiones son crónicas y progresivas."

Del referido cuadro patológico se derivan las siguientes limitaciones:

No puede ni debe realizar movimientos bruscos o repetitivos con el cuello ni con sus extremidades superiores, por su cervicoartrosis y discopatía degenerativa cervical.

No puede sobrecargar sus extremidades superiores, realizando movimientos, cargando pesos o haciendo fuerza, por su Síndrome de atrapamiento subacromial, osteocondromatosis de ambos codos y radiculopatías C5, C6 y C7.

No puede realizar movimientos repetitivos ni fuerza con ambas manos, por su neuroapraxia bilateral del Nervio Mediano.

No puede ni debe sobrecargar su columna lumbosacra, realizando movimientos de flexo-extensión como agacharse y levantarse o ponerse de puntillas.

No puede ni debe mantener posiciones de bipedestación o sedestación de más de 30-60 minutos, por su lumboartrosis y hernia, prolapsos y fibrosis epidural en región lumbosacra, y gonartrosis.

No puede ni debe realizar deambulaciones de más de 100 metros, menos por terrenos irregulares o llevando carga, ni subir y bajar escaleras, por su radiculopatía L5 - Si bilateral crónica y patología degenerativa lumbosacra.

No puede permanecer en situaciones de tensión o estrés, por su Síndrome depresivo reactivo a su múltiple patología osteoarticular. Además habrá que tener en cuenta su **Fibromialgia**, relacionada íntimamente con la depresión, ya que inicialmente aparece el cuadro doloroso, que propicia la aparición del cuadro depresivo, y un aumento de la sintomatología depresiva hace que se vivencie el cuadro doloroso con mayor intensidad, entrando en lo que se conoce como Círculo Algico: a más dolor más depresión." Se estima el motivo al resultar de la pericial practicada, e informe médico de síntesis varios de los padecimientos que no se contemplan en el hecho probado octavo de la sentencia .

TERCERO.- Al amparo del *art 191 c) de la LPL* se denuncia la infracción del *art 137.5 de la IGSS de 1994*. El motivo prospera. Ha de tomarse en consideración que el *art 137.5 del Real Decreto Legislativo 1/1.994 de 20 de Junio por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social* determina que se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio, interpretando el Tribunal Supremo en sentencias de 18 de Enero de 1.988 y 30 de Enero de 1.989 el *art 135 del texto de 1.974* de idéntico contenido que el actual, que cada caso ha de contemplarse individualmente para calificar el grado de invalidez, pues aquel depende de la concreta capacidad residual del sujeto concreto en un momento determinado.

La invalidez permanente absoluta para todo trabajo supone la impotencia para el ejercicio útil de cualquier actividad por liviana o sedentaria que sea, sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1985 Arzadi 1263, y la inhabilidad para toda posible actividad dentro de la amplia gama de quehaceres laborales, por lo que implica no poder realizar ningún esfuerzo, ni siquiera un trabajo sedentario según sentencias del Tribunal Supremo de 23 y 30 de Enero de 1989, 14 de Febrero y 7 de Marzo de 1989 .

CUARTO.- Si comparamos el estado actual del actor con el que tenía en 1997 cuando la fue reconocida una incapacidad permanente total para su profesión de albañil apreciamos sin esfuerzo el agravamiento de su estado de salud . En 1997 solamente padecía : Lumbociática, hernia discal L5-S1 y fibrosis epidural de receso lateral derecho de L4-L5 , epicodilitis recidivante de codo derecho, talalgia, **fibromialgia**, columna lumbar limitada y dolorosa y codo derecho con limitación en prono supinación. Sin embargo en el año 2000 además de dichas lesiones padece ahora: Cervicoartrosis grado 2-3, con sus cervicalgias, mareos y vértigos, más acentuados por su hipercolesterolemia. Discopatía degenerativa C5,

C6. C7. Radiculopatía C5, C6, C7, bilateral y crónica con dolores calambres y parestesias en ambas extremidades superiores. Síndrome de atrapamiento subacromial del supraespinoso derecho en hombros, con dolor y limitación de los movimientos. Atrapamiento bilateral del Nervio Mediano a nivel del Túnel del Carpo con pérdida de fuerza y dolores en ambas manos. Lumbartrosis grado 2-3, con sus lumbalgias irradiadas a ambas extremidades inferiores. Radiculopatía L5-S1 bilateral y crónica con dolores parestesias, calambres y fallos en las extremidades inferiores. Condrocálciosis de ambas rodillas, con calcificaciones meniscales. **Fibromialgia**. Depresión reactiva con mal pronóstico. Pues bien, el agravado estado actual del actor le impide la realización de cualquier actividad profesional, es decir cualquier trabajo que requiera sometimiento a un horario e instrucciones empresariales, un trabajo que exija eficacia y siquiera rendimientos mínimos, pues debe evitar realizar esfuerzos físicos, así como estar en situaciones de tensión o cargas emotivas, por lo que dada su edad y los padecimientos acreditados solo deberá realizar actividades recreativas. En el caso de autos los padecimientos del actor son de tal entidad que le impiden siquiera realizar trabajos sencillos, livianos o sedentarios, determinando que se le deba considerar afecto de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, pues debe considerarse que la aptitud para una actividad laboral módica implica la posibilidad de llevar a cabo tareas con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, eficacia y rendimiento (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1.989 y Sala de lo Social en Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 26 de Mayo de 1.992), sin que tal aptitud exista actualmente en el actor ni siquiera con la posibilidad de un ejercicio esporádico de alguna labor que no sean las meramente ocupacionales, implicando ello que no puede realizar trabajos sedentarios y livianos que supongan la permanencia en centro de trabajo durante ocho horas, o requieran una mínima destreza manual o intelectual pues como ha afirmado la Sala de lo Social en Las Palmas del TSJ de Canarias en sentencia de 2 de Diciembre de 1.997 recurso 1018, la grave patología del actor le impide llenar de contenido la realización laboral, pues difícilmente podrá mantenerse en su puesto de trabajo durante la jornada laboral, someterse a las ordenes y directrices del empresario, integrarse en la plantilla con el resto de compañeros y realizar en definitiva con profesionalidad, rendimiento y eficacia las tareas esenciales del quehacer laboral, como no fuera a costa de un esfuerzo inexigible o magnanimidad del empresario.

Reiteradamente esta Sala y solamente en referencia a la depresión que sufre el demandante y que ha resultado acreditada del informe médico pericial que se ampara además en un informe psiquiátrico de 12-7-2001 (folio 169) emitido por el Doctor Julián destacado profesional de esta rama de la medicina, y en el que incluso se habla de ideas suicidas, ha considerado que la depresión por si sola, cuanto más si se le unen padecimientos como los relatados, invalida en principio para todo trabajo, pues en toda profesión por sencilla que sea, el trabajador debe mantenerse en el centro de trabajo, relacionarse con compañeros y jefes, y desempeñar, en todo caso su prestación con un mínimo de profesionalidad y responsabilidad, a los fines de poder responder de las acciones que ejecuta, siendo difícil de imaginar un trabajo en que no se requiera la relación con terceras personas (jefes, compañeros o clientes). Ejemplo de lo que antecede son las sentencias de fecha 31 de Enero de 2003 recurso 111/2001, la dictada en el recurso 167/2001 y la de fecha 29 de Mayo de 2004 recurso 224/2002.

QUINTO.- Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada en sentencias de 14 de Marzo de 1.979, 12 de Mayo y 15 de Junio de 1.981 el *artículo 137.5 de la LGSS de 1.994 (anterior art 135)* no ha de ser interpretado exclusivamente a través de su tenor literal, entendido rígidamente, pues de hacerlo así, terminaría resultando imposible su real aplicación, ya que en definitiva toda persona siempre estaría en condiciones de llevar a cabo alguna actividad por liviana que fuera de cuantas integran todas las profesiones u oficios en que se descomponen la variada gama de las actividades económico-laborales y si por el contrario teniendo muy en cuenta la objetividad que el sentido propio de sus palabras comportan sin perder de vista el contexto y sus antecedentes históricos.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de Febrero de 1.990 (R1243) señala que la prestación de un trabajo por liviano que sea, incluso sedentario, solo puede realizarse mediante asistencia diaria al lugar de trabajo permaneciendo en él durante la jornada laboral y estando en condiciones de consumir la tarea, siquiera leve, que ha de demandar un cierto grado de atención y una moderada actividad física, doctrina que aplicada al supuesto enjuiciado implica que las enfermedades, lesiones y padecimientos del actor que se han declarado probados en este juicio evidencian con notoriedad la imposibilidad de todo ello para el demandante, a no ser que se le quiera situar en situación de riesgo evidente para su vida, dada la entidad y diversidad de sus enfermedades que son irreversibles e irán empeorando lo que en definitiva supone reconocer que se encuentra incapacitado absolutamente para toda actividad.

Siguiendo la doctrina del El Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Julio de 1.990 (El Derecho 90/7396) no es ni jurídica ni humanamente pensable que un trabajador afectado de los padecimientos que como secuelas definitivas se declaran pueda mantener ni siquiera mínimas posibilidades de realizar las

tareas que comportan cualquier relación laboral por cuenta ajena , ya que a mayor abundamiento ,al demostrarse las enfermedades que invalidan al sujeto para toda actividad laboral por cuenta ajena , se produce una inversión de la carga de la prueba y es el INSS el que ha debido acreditar suficientemente que tipo de puesto de trabajo pudiera ser desempeñado por persona que como el hoy demandante sufre los padecimientos ya relatados, por lo que al no haberlo entendido así la Magistrada de instancia , procede revocar la sentencia recurrida y declarar al actor afecto de incapacidad permanente absoluta con derecho a las prestaciones correspondientes.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

## **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DON Luis Miguel contra la sentencia de fecha 15 de Marzo de 2002 , del Juzgado de lo Social numero 5 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento numero 1067/2000 que revocamos, y estimamos la demanda dejamos sin efecto la resolución del INSS impugnada por contraria a derecho , y declaramos que el actor se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por el anterior pronunciamiento y abonar al actor una pensión por tal concepto equivalente al 100 por 100 de su base reguladora de 71.855 pesetas equivalente a 431,86 euros desde el 25 de Octubre de 2000 fecha del informe del EVI , con las actualizaciones correspondientes.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

### **ADVERTENCIAS LEGALES.-**

Contra esta Sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO cta. número 3537/0000661320/2002 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en el Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300 Euros en la entidad de crédito BANESTO c/c 24100000661320/2002 , Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo. Sr./a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.