

Id Cendoj: 35016340012005101095
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1979/2002
Nº de Resolución: 1017/2005
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 29 de septiembre 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. Mª 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 Emilia contra sentencia de fecha 29 de Abril de 2002 dictada en los autos de juicio nº 246/2002 en proceso sobre SEG. SOCIAL AFILIACION-ALTA-BAJA Y COTIZACIÓN , y entablado por D./Dña. Emilia , contra INSTITUTO NACIONAL 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.- Dª. Emilia , con D.N.I. NUM000 , nacida el 01.07.51, está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con N.A.S. NUM001 de Profesión Ayudante de Pastelería.

SEGUNDO.- La actora causó baja por Incapacidad Temporal derivada de Enfermedad común en fecha 28.05.99 y Alta el 27.11.00, por agotamiento del plazo, con Propuesta de Incapacidad.

TERCERO.- Con fecha 10.01.01 se emitió Informe Médico de Síntesis que ponía de manifiesto como deficiencias mas significativas: "Síndrome de **Fibromialgia** .

Limitaciones orgánicas y funcionales: Las expuestas anteriormente.

Evolución: Fluctuante.

CUARTO.- Con fecha 15.01.01 el E.V.I., reproduciendo el informe médico de síntesis formuló dictamen propuesta de No calificación del trabajador como Incapacitado Permanente. Por resolución de fecha 14.02.01 la Dirección Provincial del INSS elevó a definitivo el dictamen propuesta y acordó denegar la solicitud de Incapacidad Permanente.

QUINTO.- Presentada reclamación previa ante el INSS con fecha 19.03.01, se dictó resolución denegatoria con fecha 16.04.01, que dio origen a las presentes actuaciones.

SEXTO .- La base reguladora por contingencias comunes asciende a 452,45 Euros mensuales.

SÉPTIMO.- La actora está afecta a las siguientes dolencias o lesiones crónicas.

Problemática vascular por varices bilaterales.

Cérvico artrosis grado 2 con rectificación de la lordosis fisiológica cervical, cervicalgias y síndrome basilar.

Neuropaxia del nervio mediano.

Lumbo artrosis, canal estrecho lumbar y protusión discal L-4- L-5.

Síndrome fibromiálgico.

Cuadro depresivo leve. SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que desestimando la demanda interpuesta por D^a. Emilia , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre Prestaciones (Incapacidad Permanente Total) frente a Resoluciones de la Dirección Provincial del I:N.S.S. de fecha 14.02.01 y de 16.04.01 debo confirmar las mismas y en consecuencia debo absolver y absuelvo a la Entidad Gestora de los pedimentos en su contra formulados. TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que no fue impugnado de contrario

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la pretensión de la actora con categoría profesional de ayudante de pastelería y por la que solicitó ser declarada afecta de incapacidad permanente total para su profesión habitual , por padecer **fibromialgia** y cuadro depresivo

Frente a la misma se alza la trabajadora 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.

SEGUNDO. Por el cauce del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* solicita la recurrente con base a prueba documental la modificación del hecho probado séptimo para añadir a su redacción el siguiente texto:

"La actora padece además: Neuroapraxia del nervio Mediano, rama sensitiva, a nivel del Túnel carpiano bilateral con dolores y parestesias en ambas manos, lo que conlleva pérdida de fuerza de las mismas (Atrapamiento del componente sensitivo del nervio mediano bilateral de grado moderado). Lumbo artrosis, canal estrecho lumbar y protusión discal L4-L5 con sus lumbalgias y dolores irradiados a extremidad inferior izquierda. Dolores lumbares irradiados a extremidades inferiores de tal intensidad que tiene que ser controlada por la Unidad de Tratamiento de Dolor Crónico de Neurocirugía Funcional y es tratada con TENS. La relación entre el síndrome fibromiálgico y valoración psiquiátrica constituye el círculo álgico: a más dolor más depresión y a más depresión más dolor, y alcanza tal deterioro psico orgánico que puede presentar características invalidantes. Las lesiones citadas son crónicas pero por su interrelación se convierten en secuelas activas, es decir, se irán acentuando cada vez más. En el caso del síndrome de túnel carpiano, al ser principalmente sensitivo, la intervención quirúrgica puede disminuir el cuadro de parestesias, pero las cicatrices pueden convertirse en "puntos gatillo" para su síndrome fibromiálgico. Trastorno del Estado del ánimo debido a Fibromialgia con síntomas depresivos. Y son causa del déficit funcional que presenta: No puede ni debe sobrecargar su columna vertebral. No puede ni debe estar en posición de bipedestación más o menos 30-60 minutos por sus varices, dolores lumbociáticos y gonalgias. No puede estar en ambientes de tensión e estrés, por su patología psiquiátrica. No puede someter su cuerpo a sobrecargas, cargar peso, caminar, mover los brazos, cambios de temperatura, porque serán los "puntos gatillo" que actuarán de desencadenante en su círculo álgico: **fibromialgia** + depresión = más dolor = + depresión + dolor = + depresión." El motivo prospera al resultar del informe pericial (folios 71 a 73) e informe Psiquiátrico (folio 99).

TERCERO.- Al amparo *191 c) de la LPL* se alega infracción por la sentencia recurrida del *artículo 137.1 b) de las LGSS* .El motivo debe ser estimado .

El *artículo 137.1 b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio en su redacción anterior a la Ley 24/1997 de 15 de Julio* aplicable por la remisión que efectúa la *Disposición Transitoria bis de la LGSS* , determina que se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de

todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta, ya que dicho grado no significa solo una disminución del rendimiento, propio de la incapacidad parcial, sino una imposibilidad de continuar trabajando en la actividad habitual, aunque le quede una aptitud residual con relevancia y trascendencia tal que no impida al trabajador concertar relación de trabajo futura según afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Noviembre de 1978 (Arzdi 3995).

El Tribunal Supremo en sentencias de 18 de Enero de 1988 y 30 de Enero de 1989, ha dictaminado que cada caso ha de contemplarse individualmente para calificar el grado de invalidez, pues depende de la concreta capacidad residual del sujeto concreto en un momento determinado, debiéndose tener en cuenta que la aptitud para una actividad laboral implica la posibilidad de llevar a cabo tareas con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, eficacia y rendimiento (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1989 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) con la posibilidad de un ejercicio razonable continuado y no esporádico o intermitente de sus labores, habiendo expresado el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de Junio de 1981 que hay que estar a una valoración conjunta de todos los padecimientos que sufra el actor y que hayan dejado en el secuelas de naturaleza irreversible.

CUARTO.- Del examen de los hechos declarados probados se desprende que los padecimientos de la actora puestos en relación con su profesión habitual de ayudante de pastelería, le impiden realizar las tareas propias de la misma, ya que cuando se padece depresión de doce años de evolución unido a fibromialgias no se está en condiciones de realizar el trabajo habitual, pues además en este caso la actora es mas vulnerable por las importantes enfermedades mentales de familiares directos, siendo dicha depresión de entidad grave con evolución tórpida como expresa el Psiquiatra en su informe. Ya esta Sala tiene dicho en varias sentencias, como la del recurso 268/2000, que la depresión de larga duración es un síntoma de grave enfermedad psíquica. En la depresión, el pensamiento, la comunicación y otras actividades de tipo general se hacen más lentos, hasta cesar todas las actividades voluntarias, produciendo incapacidad de concentración. La persona con depresión está a menudo indecisa y recluida en si misma tiene una progresiva sensación de desamparo y desesperanza y piensan en la muerte y en el suicidio. El depresivo tiene dificultad para conciliar el sueño y se despierta repetidamente, sobre todo temprano de madrugada. Es habitual una pérdida del deseo sexual o del placer en general. El depresivo se muestra inapetente es pasivo y aletargado, introvertido, escéptico, hipercritico o en constante queja y lleno de autoreproches.. En las depresiones graves se tienen delirios (creencias falsas) o alucinaciones, viendo y oyendo cosas que no existen y se tiene sentimientos de inseguridad y de poca valía. Por tanto la depresión que padece la actora le inhabilita para asumir su responsabilidad, el cumplimiento de horario, el desplazamiento diario al centro de trabajo, el sometimiento a las instrucciones y disciplina empresarial. Si a lo anterior se une la **fibromialgia** que padece el círculo se cierra, pues a mayor dolor mayor depresión y viceversa, lo que determina que el recurso deba ser estimado así como la demanda y declarar a la actora afecta de una incapacidad permanente para su profesión habitual. A mayor abundamiento hemos de resaltar que la **fibromialgia** por si sola tiene de particularidad, el dolor mal delimitado muscular profundo, la fatiga, como si se tuviera en los brazos y las piernas bloques de cemento y sensación de abatimiento, despertares parciales del sueño o bruxismo (rechinar de dientes), así como otros síndromes. Las

Salas de lo Social de varios TSJ en diversas sentencias han considerado a la fibromialgias como determinantes para el reconocimiento de incapacidades permanentes, y así a título de ejemplo podemos mencionar las de 16-12-1999 de Valencia (ED 57479); la de 14-1-2003 de Baleares (ED 77182); 14-2-2003 de Asturias (ED 38457); 18-2-2003 del País Vasco (ED 39888); y las de Cataluña de 26-5-2003 (ED 42009) y 11-6-2003 (ED 90844).

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Emilia contra la sentencia de fecha 29 de Abril de 2002, del Juzgado de lo Social numero 3 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento numero 246/2001 seguido contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que revocamos y estimando en parte la demanda, declaramos a la actora en situación de incapacidad permanente total para su trabajo habitual, con derecho a percibir una pensión desde la fecha del informe del EVI 15 de Enero de 2001, por importe mensual del 55 por 100 de la base reguladora de 452,45 euros con las actualizaciones correspondientes, absolviendo al INSS de la pretensión principal de invalidez absoluta que se pretendía como pretensión principal.

Notifíquese este 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 3537/000066 1979/2002 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 24100000661979/2002 , 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.