

Id Cendoj: 35016340012006100558
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1719/2003
Nº de Resolución: 720/2006
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 26 de Junio de 2006.

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 Instituto Nacional De La Seguridad Social contra sentencia de fecha 28 de julio de 2003 dictada en los autos de juicio nº 207/2003 en proceso sobre SEG. SOCIAL AFILIACION-ALTA-BAJA Y COTIZACIÓN , y entablado por D./Dña. Filomena , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA 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.- La demandante Dª Filomena , con D.N.I. nº NUM000 , nació el 27-02- 1973, está afiliada a la Seguridad Social con el nº NUM001 , en el Régimen Especial Agrario por cuenta ajena, de profesión Agricultora.

SEGUNDO.- Por la Entidad Gestora le fue reconocida a la actora una Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de Agricultora, con derecho a percibir pensión del 55% de la Base reguladora de 74.570 pesetas.

En el dictamen propuesta emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades el 3-07-2000, se determina el cuadro clínico residual siguiente :

- Diagnóstico de imagen de prolapso posterior a nivel L5-S1 que comprime raíz derecha. Desde el punto de vista clínico hay signos de radiculopatía derecha. Está pendiente de iniciar programa de RH.

Las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes :

Se establecerá menoscabo en su caso en una segunda valoración.

Y, analizadas las secuelas descritas y las tareas realizables por el titular, este equipo de valoración de incapacidades, propone a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, la calificación del trabajador referido como incapacitado permanente, en el grado de Incapacidad Permanente Total P.H. (T).

Esta calificación podrá ser revisada por agravación o mejoría a partir del 1/1/2001.

Se prevé que la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría, que permita la reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años (*Artículo 48.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (B.O.E. 29-03-95). En el emitido el 21-03-2001* , se hace constar :

Determinado el cuadro clínico residual y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes :

Lesiones anteriores :

Diagnóstico de imagen de prolapso posterior a nivel L5-S1, que comprime raíz derecha. Desde el punto de vista clínico hay signos de radiculopatía derecha. Está pendiente de iniciar programa de rehabilitación.

Lesiones actuales :

Las indicadas anteriormente. En la actualidad con lumbalgia residual y episodios de ciática derecha.

Y, analizadas las secuelas descritas, este Equipo de Valoración de Incapacidades propone a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, la no modificación del grado de incapacidad actual, al no haberse producido variación con entidad suficiente para modificar el mismo.

En el emitido el 13-03-2002, se hace constar :

Determinado el cuadro clínico residual y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes :

Lesiones anteriores :

Diagnóstico de imagen de prolapso posterior a nivel L5-S1 que comprime la raíz derecha. Clínicamente hay signos de radiculopatía derecha. Está pendiente de iniciar programa de rehabilitación.

Lesiones actuales :

Hernia discal L5-S1 que comprime raíz derecha, lumbalgia de repetición. Ciatalgia derecha.

Y, analizadas las secuelas descritas, este Equipo de Valoración de Incapacidades propone a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, la no modificación del grado de incapacidad actual, al no haberse producido variación con entidad suficiente para modificar el mismo.

En el emitido el 12-03-2003, se hace constar :

Determinado el cuadro clínico residual y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes .

Lesiones anteriores :

Diagnóstico de imagen de prolapso posterior a nivel L5-S1 que comprime raíz derecha. Desde el punto de vista clínico hay signos de radiculopatía derecha. Está pendiente de iniciar programa de rehabilitación.

Lesiones actuales .

Hernia discal L5-S1 que comprime raíz derecha con cuadros de lumbociática derecha de repetición. Cervicobraquialgia derecha, con resonancia cervical normal. Posible **fibromialgia** . Ptosis palpebral intervenida quirúrgicamente el 23-02-2002. Dolor y limitación global de la movilidad del hombro derecho inferior al 25%, puntos gatillo 10/18.

Y, analizadas las secuelas descritas, este Equipo de Valoración de Incapacidades propone a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, la no calificación del trabajador referido como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

Por resolución de 22-04-2003, se resuelve modificar el grado que tenía reconocido, pasando a sin

incapacidad, causando baja como pensionista el 30-04-2003.

Contra dicha resolución fue interpuesta reclamación previa el 6-05-2003, siendo desestimada por resolución de 27-05-2003.

TERCERO.- La demandante presenta el siguiente cuadro clínico residual :

- Dolor lumbar, síndrome depresivo mayor, hernia discal, lumbar L5.S1, **fibromialgia** .

En abril de 2003, se le solicita RX y RMN para estudiar la posibilidad de cirugía.

Desde el punto de vista psiquiátrico se mantiene la sintomatología con gran componente depresivo, ideación autolítica, continúa en tratamiento.

Precisó tratamiento con analgésicos, antiinflamatorios.

Recibió tratamiento rehabilitación sin mejoría.

Los padecimientos que sufre la actora son los mismos que la hicieron acreedora a una incapacidad permanente total para su profesión, presentando además una mala evolución de su depresión.

CUARTO.- Las tareas que realiza la demandante como Agricultura son las propias de su profesión.

QUINTO.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 448'17 euros.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que estimo la demanda interpuesta por Dña. Filomena contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, declaro que la demandante se encuentra afecta de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por la anterior declaración y a abonar a la demandante una pensión en la cuantía equivalente al 100 por cien de su base reguladora de 448'17 euros, con las revalorizaciones y mejoras que legalmente le correspondan y con efectos de 30-04-2003.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la pretensión de la actora nacida en 1973 , agricultora por cuenta ajena de alta en el REA , por la que solicitó ser declarada afecta de incapacidad permanente absoluta. Frente a la misma se alza el INSS mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través motivos de revisión fáctica y de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia de instancia se desestime la demanda .

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado b) del art 191 de la LPL* , el INSS, interesa con base a prueba documental (el informe del EVI), la modificación del hecho probado tercero , para que se supriman padecimientos de la actora y quede con el siguiente contenido: La demandante presenta el siguiente cuadro clínico residual : dolor lumbar, síndrome depresivo, hernia discal lumbar L5-S1, posible **fibromialgia** . El motivo se desestima .

El TSJ del País Vasco en sentencia de 11 de Junio de 2002 (ED 35606) afirma que : "la revisión de hechos probados debe apoyarse en concretas y específicas pruebas prevalentes, toda vez que no resulta admisible per se la corrección, complementación o supresión del contenido de Hechos Probados en base al criterio subjetivo de quien los recusa, frente al más objetivo y fundado del Juzgador de Instancia". Por su parte el TSJ de Cataluña en sentencia de 22 de Abril de 2003 (ED 24133) mencionando otras muchas de dicha Sala y en aplicación de constante jurisprudencia (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de marzo, 3, 17 y 31 de mayo, 21 y 25 de junio y 10 y 17 de diciembre de 1990, y 24 de enero de 1991 , entre otras), considera , que ante dictámenes médicos contradictorios, si no concurren especiales circunstancias, hay que atenerse a la valoración realizada por el Magistrado de instancia en virtud de las facultades que le confieren el *artículo 97- 2 de la Ley procesal laboral* y el *artículo 632 (actual 348) de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

El Magistrado "a quo" hizo suyo el informe médico forense y además en dicho informe (folio 25) consta que para emitir el dictamen se tuvo en cuenta informes de la Unidad de Salud Mental del Servicio Canario de Salud y otros informes, y además se habla allí de una mala evolución de la depresión .

En cualquier caso como ha entendido la sala de lo Social del TSJ de Cataluña en sentencia de 19 de Febrero de 2002 (El Derecho 13136) "lo que no puede imponérsele al Juez " a quo" es que dictámenes periciales debe apreciar, pues ello entra dentro de la convicción del Juez, en uso de las facultades legales en orden a la valoración de la prueba producida en el proceso, no siendo válidas las razones del recurrente que pretende prevalezca su personal interpretación acerca de dictámenes periciales por él aportados al proceso en contradicción con los que ha tenido en cuenta la Magistrada a quo".

TERCERO.- Al amparo del *art 191 c) de la LPL* alega el INSS la infracción de los *arts 136.1 y 137.1 b y 2 de la LGSS de 1994* . El motivo no prospera.

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, e 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, afirma 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 y del inmodificado relato de hechos probados de la sentencia de instancia queda acreditado que desde el año 2000 la actora estaba en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual por decisión del INSS y en el año 2003 con padecimientos físicos aún más agravados ahora el INSS resuelve dejarla sin incapacidad y sin embargo la actora padecía a la fecha de la demanda : Dolor lumbar, síndrome depresivo mayor, hernia discal, lumbar L5.S1, **fibromialgia** . En abril de 2003, se le solicita RX y RMN para estudiar la posibilidad de cirugía. Desde el punto de vista psiquiátrico se mantiene la sintomatología con gran componente depresivo, ideación autolítica, continúa en tratamiento.

Precisó tratamiento con analgésicos, antiinflamatorios.

Recibió tratamiento rehabilitación sin mejoría.

Los padecimientos que sufre la actora son los mismos que la hicieron acreedora a una incapacidad permanente total para su profesión, presentando además una mala evolución de su depresión.

Por lo tanto, el estado actual de la actora 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 difícilmente se concibe que una persona como la demandante, con los padecimientos que sufre pueda desempeñar un puesto de trabajo por sencillo que sea . Como ya dijimos en las sentencias de esta Sala recursos 268/2000 y 1250/2001 , la depresión de larga duración es un síntoma de grave enfermedad psíquica ya que un episodio de depresión dura habitualmente de 6 a 9 meses, y entre un 15 y 20 por 100 de pacientes dura algo más de dos años . 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 (en el caso de autos ya la actora intento ahorcarse) . El depresivo tiene dificultad para conciliar el sueño y se despiertan repetidamente , sobre todo temprano de madrugada . Es habitual una perdida del deseo sexual o del placer en general . El depresivo se muestra inapetente, es pasivo y aletargado, introvertido, escéptico, hiper crítico 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 importante o mayor , dada su larga evolución inhabilita para cualquier actividad que requiera como el trabajo por cuenta ajena una responsabilidad, el cumplimiento de un horario, el desplazamiento diario al centro de trabajo , el sometimiento a las instrucciones y disciplina empresarial , etc, etc ., habiéndolo entendido así esta Sala en situaciones similares como la contemplada en el recurso de suplicación número 167 /2001 . Por ello la Sala

entiende , que una persona como la demandante con depresión de larga duración no se encuentra capacitada para desempeñar el más sencillo, simple , sedentario y relajante de los trabajos que el mercado laboral pueda ofrecer , además de que encontrar hoy día un trabajo así sería como hallar un mirlo blanco , 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 la actora 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 esta 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 de la actora 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 inexistente o magnanimidad del empresario.

CUARTO.- 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 los padecimientos de la actora con notoriedad la imposibilidad de todo ello para la demandante, a no ser que se le quiera situar en situación de riesgo evidente , lo que en definitiva supone reconocer que se encuentra incapacitada absolutamente para toda actividad.

QUINTO.- La sentencia del TS de 9 de Febrero de 1.987 establece que no sólo debe ser reconocida la invalidez absoluta 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, y para determinación del grado de incapacidad (ss del TS de 7 de Marzo y 11 de Diciembre de 1.990) han de apreciarse conjunta o simultáneamente, de un lado la severidad de la incapacitación y, de otro, las posibilidades reales de hallar ocupación, pero evitando una interpretación literal y rígida del *art 137.5 LGSS* en evitación de que resulte imposible su aplicación real.

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 una trabajadora afectada de los padecimientos que como secuelas definitivas se declaran pueda mantener ni siquiera mínimas posibilidades de realizar las tareas que comporta cualquier relación laboral por cuenta ajena . Según estimaron las sentencias de esta Sala de lo Social en Las Palmas de G.C. de fecha 25 de Febrero de 1.994 recurso 863/93 y 25 de Septiembre de 1.998 recurso 173/97, procede reconocer el grado de incapacidad absoluta, 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 la hoy demandante sufre los padecimientos ya relatados .

El Tribunal Supremo en su momento se ha pronunciado en casos similares al hoy enjuiciado estimando la invalidez absoluta en casos de depresión : sentencias de 17-2-1988; 23-3-1988 ; 13-3-1989 y 7-6-1989 (ED 1312 - 2474 - 2854 y 5816) y en un supuesto de agorafobia : sentencia TS de 17 de Julio de 1989 (ED 7380) .

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

aplicación.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha 28 de Julio de 2003 , del Juzgado de lo Social de Gáldar en procedimiento numero 207/2003 seguido en su contra por DOÑA Filomena que se confirma .

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de esta 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 1719/2003 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 la 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 de BANESTO c/c 2410000066 1719/2003 , Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón de 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, devuélvase 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. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.