

Id Cendoj: 35016340012006101041
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1789/2003
Nº de Resolución: 1106/2006
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 29 de septiembre 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 Sonia contra sentencia de fecha 19 de septiembre de 2003 dictada en los autos de juicio nº 184/2003 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Sonia , 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 Dña. Sonia , con D.N.I. nº NUM000 , nació el 9-01-1955, está afiliada en el Régimen General de la Seguridad Social con el nº NUM001 , de profesión Peona Agrícola.

SEGUNDO.- Inició expediente en solicitud de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el 19-12-2002, emitiéndose dictamen propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades en fecha 5-02-2003, donde se determina el siguiente cuadro residual :

- Bocio Multinodular. Algias.

Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes :

- A grandes esfuerzos en general.

Y analizadas las secuelas descritas y las tareas realizadas por el titular. Este equipo de valoración de incapacidades propone a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social. La no calificación de la trabajadora referida como incapacitada permanente por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

Por resolución de fecha 12-02-20203, la Entidad Gestora deniega la prestación solicitada por las siguientes causas :

-Por no reunir el requisito de que, al menos un quinto del período mínimo de cotización exigido para causar pensión de incapacidad permanente, se encuentre comprendido dentro de los diez años

inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, según lo establecido en el *artículo 138.2* y en la *disposición adicional octava número 1 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994*, de 20 de junio (BOE 29/06/94).

- Por no acreditar la cotización exigidas.

Contra la misma se interpuso reclamación previa el día 10-04-2003, siendo desestimada por resolución de 20-05-2003.

TERCERO.- La actora tiene cotizados 2.633 días. La última cotización se produjo el 31-12-1994. En el periodo de 1/1/1985 a 31/12/1994, tiene cotizados 1.147 días.

CUARTO.- La actora presenta actualmente el siguiente cuadro clínico residual :

- **Fibromialgia** que produce dolores generalizados.
- Hipotiroidismo con tratamiento hormonal sustitutivo.
- Psoriasis en manos.

Los padecimientos que sufre la actora no le producen ninguna limitación, pudiendo incluso realizar esfuerzo físico moderado. Los dolores que padece son susceptibles de tratamiento.

QUINTO.- Las tareas que realiza la demandante como Peona Agrícola son los propios de su categoría.

SEXTO.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 437'75 euros mensuales.

SEPTIMO.- La actora se encuentra inscrita como demandante de empleo desde el 21-12-1994.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que desestimo la demanda interpuesta por Dña. Sonia contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, a quienes absuelvo de las pretensiones deducidas en su contra en este proceso

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 de la actora, con categoría profesional de peona del cultivo del tomate y por la que solicitó ser declarada afecta de incapacidad permanente absoluta para su profesión habitual. Frente a la misma se alza la recurrente 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 amparo en pruebas documentales y periciales la modificación del hecho probado cuarto para que quede con el siguiente contenido:

"A) La actora presenta actualmente el siguiente cuadro clínico residual: **Fibromialgia** que produce dolores generalizados, acompañado de sensación de cansancio y fatigabilidad fácil aunque no haya llevado a cabo actividades que lo expliquen.

Hipotiroidismo con tratamiento hormonal sustitutivo.

Psoriasis en manos.

Trastorno depresivo crónico.

Los padecimientos que sufre la actora la discapacita para actividades de esfuerzo continuado, moderado o ligero, que haya de llevarse a cabo de forma continuada. Los dolores que padece son

susceptibles de tratamiento si bien hasta la fecha aquél no produce la curación definitiva de la enfermedad .

B). - Que si bien la actividad física es recomendable como terapia o tratamiento, no se puede entender como tal las tareas que realiza como peona agrícola, ya que en el transcurso del día los dolores y el cansancio propios de la **fibromialgia** se agudizarían , hasta el punto que tampoco puede realizar óptimamente aquellas tareas, no pudiendo cargar más 15 kilogramos de peso, lo cual la incapacita para su profesión habitual".

El motivo se estima en cuanto al apartado a) al resultar de la documental y pericial propuestas, pero se desestima el apartado b) por no ser un hecho sino una conclusión, con excepción del hecho que se admite de que la actora no puede cargar más de 15 kilos de peso (informe forense en acto del juicio) .

TERCERO.- Al amparo del *apartado c) del art 19 de la LPL* denuncia la trabajadora la infracción de los *artículos 137.5 b de la LGSS de 1994* , y se argumenta en el suplico que las lesiones descritas en el relato fáctico de la sentencia combatida con las adiciones propuestas limitan la capacidad física del interesado para toda profesión u oficio. Se estima el motivo .

En la resolución del INSS se denegaba la prestación por dos causas, la primera se refería a la falta de carencia , el Magistrado "a quo" aplicó correctamente la doctrina del paréntesis (ss del TS 10-12- 1993, 24-10-1994, 7-2-2000 y 24-10-1994) y estimó que la actora si reunía el requisito del *art 138.2 de la LGSS* y la Sala comparte el criterio que por otro lado no ha sido impugnado por el INSS.

La segunda se refiere a si los padecimientos de la actora la limitan y en que grado.

El *artículo 137.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social* aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio* , 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 y , del alterado relato de hechos probados de la sentencia de instancia queda acreditado que el estado actual de la actora puesto en relación con su profesión habitual, le impide realizar las tareas propias de peona del cultivo del tomate puesto que los dolores generalizados de la **fibromialgia** , el tratamiento hormonal para combatir el hipotiroidismo , unido a la depresión crónica que padece y el hecho de no poder cargar más de 15 kilos de peso son determinantes, para considerar que muy difícilmente una persona con tales padecimientos pueda estar durante toda una jornada laboral, cargando pesos, y con una permanente sensación de estar cansada, dolorida, fatigada y deprimida, en un trabajo de que de por si es de esfuerzo físico permanente. En la incapacidad permanente total para la profesión habitual es donde tiene adecuado encaje la situación de la demandante, dadas las características de su profesión habitual, cuyo conocimiento es notorio, pues su desempeño impone una constante actividad física que resulta de extremado desgaste y cansancio por esa continuidad, que resulta difícilmente compatible con su **fibromialgia** .. En este mismo sentido y similares padecimientos se han pronunciado diversos TSJ como el de Andalucía (Málaga) en sentencia de 10 de Febrero de 2005 (ED 80071) para una limpiadora ,Cataluña sentencia de 19 de Mayo de 2005 (ED 98730) en el caso de un comercial y Madrid en sentencia de 6 de Junio de 2005 (ED 114955) en el caso de un pinche de cocina .

Por contra no es posible acceder a la petición principal de que se reconozca un grado de invalidez absoluta , puesto 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.

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 inalterado relato de hechos probados de la sentencia de instancia queda acreditado que el estado actual de la actora no es de completa insuficiencia, pudiendo realizar trabajos sencillos de escaso y nulo esfuerzo y los de tipo sedentario, ya que sus limitaciones son para el esfuerzo continuado ,la deambulaci3n y bipedestaci3n prolongada, pues su sensaci3n de cansancio y fatiga se lo impedirían , pero no para la sedestaci3n.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicaci3n.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicaci3n interpuesto por DOÑA Sonia contra la sentencia de fecha 19 de Septiembre de 2003, del Juzgado de lo Social de Gáldar en procedimiento numero 184/2003 seguido contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TGSS, que revocamos, y dejando sin efecto la resoluci3n del INSS impugnada por contraria a derecho , estimamos en parte la demanda y declaramos que la actora se encuentra en situaci3n de incapacidad permanente total para su profesi3n habitual, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por el anterior pronunciamiento y abonar a la actora una pensi3n por tal concepto equivalente al 55 por 100 de su base reguladora de 437,75 euros, desde la fecha del informe del EVI el 5-2-2003, absolviendo al INSS de la pretensi3n principal de invalidez absoluta que se pretendía .

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

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta Sentencia cabe recurso de casaci3n para la unificaci3n 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 notificaci3n.

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 Dep3sitos y Consignaciones abierta en el BANESTO cta. número 3537/0000661789/2003 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 pensi3n 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 personaci3n, la consignaci3n de un dep3sito de 300 Euros en la entidad de crédito BANESTO c/c 24100000661789/2003 , 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 raz3n a su condici3n 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 prestaci3n de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificaci3n acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitaci3n.

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.

DILIGENCIA - En Las Palmas a .Dada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Presidente que la suscribe a los efectos de su notificaci3n, uniéndose certificaci3n literal de la misma a los autos originales, conforme a lo dispuesto en los arts. 266.1 de la L. O. P. J. y 212 de la L. E. C., archivándose la presente en

la Secretaría de este Juzgado en el Libro de su clase. Doy fe.