

Id Cendoj: 35016340012007100155
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 399/2004
Nº de Resolución: 36/2007
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 15 de Enero de 2007

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 Jose 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 8 de enero de 2004 dictada en los autos de juicio nº 1030/2001 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Paloma , 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 Jose 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

1º. - Doña Paloma con D.N.I. numero NUM000 , nacida el 09.02.58, está afiliada a la Seguridad Social con el número NUM001 y se encuentra en situación de alta / asimilado al alta en el RETA, siendo su profesión habitual dependienta de floristería.

2º. - Inició situación de incapacidad temporal por enfermedad común el 26.02.99, finalizando el 25.08.00 por agotamiento de plazo con propuesta de incapacidad.

3º. - La parte actora tiene la cotización necesaria para acceder a la prestación solicitada.

4º. - El 01.08.01 se emitió el correspondiente informe de valoración médica, objetivizándose las lesiones y limitaciones siguientes:

"Cirugía el 24.04.01, por estenosis + inestabilidad lumbar" " Artrodesis L3-S1. Exploración puntual: Limitación de la movilidad global del raquis toracolumbar mayor del 50%. Manifestación clínica de lumbalgia mecánica".

5º.- El 27.09.01 la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social, dictó resolución en la que se le reconoció una Incapacidad Permanente Total, con efectos de dicha fecha, a razón de una base reguladora de 80.950 pts.

6º. - Interpuesta reclamación previa el 04.10.01, fue desestimada por resolución de 08.11.01.

7º. - Las lesiones, que presenta efectivamente el demandante, son las siguientes:

"Cervicoartrosis grado 3, prolapso posterior del disco C5-C6 y radiculopatía C5-C6 izquierda de evolución crónica. Intervenida de síndrome de túnel carpiano derecho con disminución de fuerza mano dcha; Intervenida de inestabilidad lumbar mediante artrodesis L3-S1, con una clínica de limitación funcional de la movilidad del raquis toracolumbar de más del 50% y dolor crónico irradiado a extremidades inferiores, radiculopatía S1 bilateral crónica. Cuadro de dolor difuso de origen neuropático que precisa de tratamiento con derivados opiáceos pautados por la Unidad del Dolor Crónico. Trastorno adaptativo mixto ansioso depresivo crónico. **Fibromialgia**."

8º. - La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 486,51 € mensuales.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que estimando la demanda, interpuesta por DOÑA Paloma , vengo a declararle en situación de invalidez permanente absoluta, derivada de enfermedad común, con derecho a una pensión vitalicia del 100% de su base reguladora de 486,51 € mensuales con efectos del 25.08.00 y en consecuencia condeno al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos oportunos, debiendo hacer efectiva inmediatamente la antedicha prestación, fijándose el plazo de revisión en un año 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, con categoría profesional de dependienta de floristería y por la que solicitó ser declarada afecta de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, frente al reconocimiento por el INSS de un incapacidad permanente total para la profesión habitual .

Contra la misma se alza el INSS mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de un motivo de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia sea desestimada la demanda.

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* denuncia el INSS la infracción de los *artículos 136.1 y 137.1 c y 2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994* y se argumenta que las lesiones descritas en el relato fáctico de la sentencia combatida no le impiden absolutamente para toda clase de trabajos .El motivo ha sido impugnado de contrario.

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 en relación con la Disposición transitoria quinta bis de la misma disposición legal introducida por la Ley 24/1997 de 15 de Julio* , 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 inalterado relato de hechos probados de la sentencia de instancia queda acreditado que el estado actual de la actora es de completa insuficiencia, no pudiendo siquiera realizar trabajos sencillos de escaso y nulo esfuerzo y los de tipo sedentario, ya que padeciéndose cual es el caso : Cervicoartrosis grado 3, prolapso posterior del disco C5-C6 y radiculopatía C5-C6 izquierda de evolución crónica. Intervenida de síndrome de túnel carpiano derecho con disminución de fuerza mano dcha;Intervenida de inestabilidad lumbar mediante artrodesis L3-S1, con una clínica de limitación funcional de la movilidad del raquis toracolumbar de más del 50% y dolor crónico irradiado a extremidades inferiores. radiculopatía S1 bilateral crónica. Cuadro de dolor difuso de origen neuropático que precisa de tratamiento con derivados opiáceos pautados por la Unidad del Dolor Crónico. Trastorno adaptativo mixto ansioso depresivo crónico. **Fibromialgia** , y tener que estar sometida a tratamiento psiquiátrico , no es posible concebir pueda siquiera acudir a un puesto de trabajo por cuenta ajena, si además no puede ni debe realizar ninguna actividad que represente un mínimo esfuerzo, ni movilización cervical o lumbar y tampoco puede estar sometida a la más mínima tensión o estrés por su patología psiquiátrica , es patente que no está capacitada para desempeñar ninguna clase de trabajo , pues

no se puede pretender ni exigir heroicidades .

TERCERO.- 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, secuelas y padecimientos de la actora que se han declarado probados en este juicio evidencian con notoriedad la imposibilidad de todo ello para la demandante.

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.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia 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 estar en condiciones de consumir la tarea, siquiera leve, que ha de demandar un cierto grado de atención y una moderada actividad física. Por otra parte al demostrarse las enfermedades y secuelas que imposibilitan 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, por lo que no habiéndolo entendido así el Magistrado de instancia , procede revocar su resolución y estimar el motivo y con ello el recurso de suplicación.

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 contra la sentencia de fecha 8 de Enero de 2004 , del Juzgado de lo Social 5 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento 1030/2001 seguido a instancia de DONA Paloma 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: 3537/0000660399/2004 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 24100000660399/2004 , 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.