

Id Cendoj: 35016340012007100303  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 160/2006  
Nº de Resolución: 317/2007  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: IGNACIO JOSE DUCE SANCHEZ DE MOYA  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 8 de marzo de 2.007 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. Ignacio Duce Sánchez De Moya (Ponente) Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por Germán contra la sentencia de fecha 28 de julio de 2005 dictad en los autos de juicio nº 0000417/2005 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Germán , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

El Ponente, el Ilmo./a Sr./a. D./Dña. Ignacio Duce Sánchez De Moya , 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 demandado D. Germán , mayor de edad, nacido el 27 de junio de 1957, con D.N.I. NUM000 afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM001 , ha venido trabajando por cuenta ajena para diversas empresas, siendo su profesión habitual la de oficial de mantenimiento, con una Base Reguladora 1221 '38 euros mensuales habiendo sido la última empresa para la que ha trabajado Flimatur, S.L.

SEGUNDO.- Que las tareas propias de su trabajo consisten la solicitud de antecedentes profesionales obrantes en el expediente administrativo en lo siguiente: "realizar de manera cualificada y responsable, con conocimiento y capacidad suficiente los trabajos específicos de profesiones complementarias a la actividad de hostelería (albañilería, fontanería, electricidad, etc.).

Llevar a cabo las pruebas necesarias para garantizar el funcionamiento seguro y eficaz de las instalaciones.

Instalar y mantener los dispositivos específicos de protección de personas y clientes. Cuidar y efectuar en mantenimiento de las instalaciones y maquinarias. Seleccionar y procurar el equipo necesario y verificar que cumpla las especificaciones exigidas.

Registrar los datos sobre el desarrollo de los resultados del trabajo" (folio 6 vuelto del expediente)

TERCERO.- Que desde 09-12-02 estuvo en situación de baja por IT derivada de enfermedad común hasta el 08-06-04, iniciándose posteriormente el correspondiente expediente administrativo.

CUARTO.- Que el informe de Valoración médica de 13-08-04 emitido por el Dr. Antonio , recoge las siguientes conclusiones:

"Deficiencias más significativas: posibles fibromialguías. Espondiloartrosis lumbar incipiente. Esteotosis hepáticas leve gradol.

Tratamiento efectuado, Cen y Serv donde ha recibido asis el enfermo: Médico paliativo y psicoterapéutico: neurontin y Serotax.

Evolución: Cronica fibromialguías

Posibilidades terapéuticas y rehabilitadoras: Las indicadas.

Limitaciones orgánicas y funcionales: No se objetivan. Excepto alguias expresadas por paciente en M.M.S.S. zona de músculos abdominales, dorsal y glútea.

Conclusiones: según desarrollo de expediente"

QUINTO.- Que con fecha 18-08-04 el EVI, recogiendo las circunstancias contenidas en el informe Médico de Síntesis emitió dictamen-propuesta proponiendo: "la no calificación del trabajador referido como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral"

SEXTO.- Que el Director Provincial del INSS acepta integramente el contenido del dictamen del EVI y lo eleva a definitivo con fecha 10-09-04, resolución frente a la que la interesada presentó reclamación previa que no prosperó.

SEPTIMO.- Que con fecha 20-10-04 formuló reclamación administrativa previa que fue desestimada por resolución de 03-11-04.

OCTAVO.- Que en el expediente administrativa consta la siguiente documentación médica, cuyo contenido se da por integramente reproducido a todos los efectos (folios 7 a 16 del expediente, obrante en autos):

-Historia Clínica de fecha 14.08-03 del Hospital Universitario Central de Asturias.

-Historia Clínica de fecha 07-08-03 del Hospital Universitario Central de Asturias.

-Informe del Dr. Carlos José del Servicio Canario de Salud, Complejo Hospitalario Materno-Insular de Las Palmas.

-Informe del Servicio de Reumatología del mismo centro público de 23-0'6-04.

-Informe Radiológico de la Dra Sonia de 31-01-01

-Informe del Servicio de Reumatología del mismo servicio de fecha 05-05-04.

NOVENO.- Que con fecha 02-09-04 el Dr. Iván , del Centro Clínico Fuerteventura, emitió informe clínico en los siguientes terminos (doc nº 2 demandante).

padece de dolores lumbares irradiados a ambas piernas, que aumentan con la bipedestación prolongada y con los movimientos de flexión de columna o al soportar pesos.

El origen está en una hipertosis a nivel de acticulaciones sacroiliacas y a dos prolapsos discales en los niveles L4 -L5 y L5-S1. Artrosis bilateral de rodillas. Geni valgo. Dolores articulares difusos con pruebas positivas de Fibromialguia.

Este conjunto de lesiones le impiden realizar trabajos físicos y que le exijan estar en bipedestación un tiempo prolongado"

DÉCIMO.- Que con fecha 30-06-05, los Dres. Ángel , y Serafin emiten informe médico pericial del que cabe destacar los siguientes extremos (doc nº 1 demandante):

Un cuadro de polipatologías con afectación de su estado general insomnio, cansancio, sueño no reparador y Síndrome Ansioso Depresivo.

Patología Ósea:

-patología articular, con dolores generalizados en columna y extremidades, más acentuados en zona cervical y lumbar.

-cervicoartrosis de grado 2 con rectificación de la cervical, con sus cervicalgias, y síndrome Cerviño basilar (mareos, vértigos), y dolores irradiados a extremidades superiores.

-lumbroartrosis y protrusión discal L4-L5 y compresión de la raíz L4 bilateral, con sus lumbalgias, y dolores irradiados a extremidades inferiores.

-gonartrosis, con sus gonalgias.

Patología neurológica:

-Neuropraxia del Nervio Mediano derecho, con dolores, calambres y pérdida de fuerza en mano derecha.

-radiculopatía L4 bilateral, con sus dolores, calambres y fallos de ambas extremidades causantes de su claudicación.

Patología hepática:

-Esteatosis hepática no alcohólica y clínica de de astenia, cansancio, etc.

Patología fibromiálgica:

-dolores generalizados, déficit funcional, y poliartalgia (cervical, lumbar, rodillas y tobillos), así como cansancio. Trastornos del sueño y síntomas agresivos.

Patología psíquica:

-Distimia, Síndrome Ansioso Depresivo (síndrome adaptativo) y que se estaba tratando farmacológicamente desde hacía tiempo por su médico de familia y que se intensificado últimamente, siendo la causa de su estado anímico actual.

Patología dolorosa:

-ratificadas por la "prueba del dolor" y por padecer una serie de patologías que originan dolor, por lo que se aconseja y se le remite a la Unidad del Dolor, al Servicio Canario de Salud o privado.ç

Las patologías citadas son crónicas, por el tiempo que hace que las está sufriendo y por no estar estabilizadas sino que por la relación existente entre ellas irán agravándose.

Y son la causa del déficit funcional que presenta:

-No puede realizar ni debe realizar ninguna actividad, tanto de ocio, familiar o laboral, que obligue a sobrecargar su columna vertebral realizando movimientos repetitivos de flexo extensión de la misma y cargando pesos.

-No puede ni debe mantener posiciones estáticas de bipedestación o sedestación 30 minutos.

-No puede ni debe realizar deambulaciones de + 50 m, y menos por terrenos irregulares o empinados, o llevando carga.

-No puede correr, saltar, agacharse y levantarse, ponerse en cuclillas o subir y bajar escaleras.

-No puede permanecer en situación de tensión o estrés.

-No puede tomar ciertos medicamentos por su hepatología.

-Tiene que seguir controles periódicos de reumatología, digestivo, rehabilitación teniendo que efectuarse pruebas médicas para el control de sus patologías.

UNCECIMO.- Que el actor ha agotado la preceptiva vía previa." SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: "Estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. Germán , asistido por el letrado Sra Cabrera González frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado por el letrado Sra. Cerezo Nuñez y en consecuencia, DECLARO al demandante en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual como Oficial de Mantenimiento, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión vitalicia consistente en un 55% de la base reguladora de 1221'38 euros mensuales con efectos iniciales y de devengo desde el 20-09-04 y Condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración". TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que no fue impugnado de contrario

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia que declaró al actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de Oficial de mantenimiento, derivada de enfermedad común, se alza el mismo en suplicación pretendiendo la estimación de la pretensión deducida con carácter principal en su demanda consistente en el reconocimiento a su favor del grado de incapacidad permanente absoluta, a cuyo fin alega un motivo de revisión fáctica y dos de censura jurídica que se analizan seguidamente.

SEGUNDO.- Con amparo en el *apartado b) del art. 191 LPL la parte recurrente pretende adicionar el siguiente texto al hecho probado 10º* de la sentencia impugnada: "...La **fibromialgia** que padece el actor es de un 80%, de 16 a 18 puntos.

El actor no puede estar sentado, ni efectuar ningún tipo de actividad continua aunque sea liviana"

Basa su solicitud en el informe pericial unido como documento núm. 1 de la propia parte y ratificado en el acto del juicio. Y en efecto, del aludido informe del Dr. D. Ángel - folios 65 y 72- ratificado en juicio (folios 122 y 123) se deducen los extremos cuya adición se pretende, por lo que procede la estimación del motivo añadiéndose dicho texto al indicado hecho probado.

TERCERO.- Con amparo en el *apartado c) del art. 191 LPL* la misma parte alega como infringido el *art. 137 LGSS* así como la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en sentencias de 13.6.1990, 9.4.1990, 21.5.1979, 23.9.1990 y 27.2.1990 , que considera incapacidad permanente absoluta la debatida a pérdida de la aptitud psicofísica necesaria para desarrollar una profesión en condiciones de rentabilidad empresarial con la necesaria continuidad, dedicación eficacia y profesionalidad exigible a un trabajador. Y en efecto, de los padecimientos recogidos en el relato fáctico de la sentencia impugnada con el añadido de la **fibromialgia** sufrida por el trabajador según el informe del Dr. D. Ángel se deduce su absoluta incapacidad para realizar cualquier tarea profesional con un mínimo de dedicación y eficacia mas alla de un sacrificio personal o una actitud heroica inexigible. La **fibromialgia** diagnosticada incapacita al actor de tal forma que ni siquiera puede permanecer sentado ni ejercer una actividad continuada. En consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en el *art. 137.5 LGSS* procede la estimación del recurso, con revocación de la sentencia impugnada, declarando al trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común con derecho a percibir a cargo del I.N.S.S. una pensión mensual vitalicia equivalente al 100% de su base reguladora, y efectos desde el día 8.6.2004, fecha de su alta por agotamiento del periodo de incapacidad temporal con propuesta de invalidez (*art. 131 bis 3 LGSS*).

Visto los preceptos legales citados y de mas de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por DON Germán , contra la sentencia dictada el día 28.7.2005 por el Juzgado de lo Social numero 2 de Arrecife de Lanzarote con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) debemos revocar como revocamos dicha sentencia declarando al actor en situación de incapacidd permanente absoluta derivada de enfermedad común con derecho a percibir a cargo del I.N.S.S. una pensión mensual vitalicia equivalente al 100% de su base reguladora que asciende a 1.221,78 € y efectos desde el día 8.6.2004.

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 160/2006 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 2410000066 clave 4043, 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.

DILIGENCIA - En Las Palmas a .Dada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Presidente que la suscribe a los efectos de su notificación, uniéndose certificación 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.