

Id Cendoj: 35016340012007101202
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1520/2004
Nº de Resolución: 1089/2007
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: IGNACIO JOSE DUCE SANCHEZ DE MOYA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 28 de junio 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. Ignacio Duce Sánchez De Moya (Ponente) Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por María Teresa contra sentencia de fecha 30 de junio de 2004 dictada en los autos de juicio nº 0000203/2003 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. María Teresa , contra I.N.S.S .

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

1º. - Doña María Teresa , nacida el 01.05.47, está afiliada a la Seguridad Social con el número NUM000 y se encuentra en situación de alta / asimilado al alta en el Régimen General, siendo su profesión habitual vigilante de comedor de colegio, cuyas funciones consisten en atender a los niños en el comedor.

2º. - Inició situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, el 01.02.01. que finalizó el 31.07.02 por agotamiento de plazo.

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

4º.- El 14.10.02 se emitió el correspondiente informe del E.V.I., concretándose las lesiones y limitaciones siguientes:

"Cervicoartrosis moderada sobre C4-C5, C5-C6 y C7-C8. Rizartrosis en ambas manos sin documentar. Estenosis severa lumbar (pendiente de artrodesis L2-S1 y descompresión L2-L4)". Limitaciones para actividades físicas de esfuerzos en movimientos de flexión y torsión en columna lumbar".

5º. - El 27.11.02 la Dirección Provincial de Las Palmas del Instituto Nacional de la Seguridad Social, dictó resolución en la que se le deniega la prestación de Incapacidad Permanente por no alcanzar, las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral.

6º. - Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por resolución de 24.01.03.

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

"Síndrome de **fibromialgia** reumática. Artrosis lumbar severa. Hernias discales en los espacios L2-L3 y L3-L4. Estenosis de canal lumbar severa. Intensas alteraciones dolorosas tratadas en la Unidad del Dolor Crónico". Dichas lesiones le limitan para actividades que requieran de un esfuerzo físico moderado o ligero, especialmente las que requieran la marcha o el permanecer de pie durante periodos de tiempo prolongado.

8º. - La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 363,89 € mensuales.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Desestimando la pretensión principal y estimando la subsidiaria de la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Doña María Teresa frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA O SUBSIDIARIAMENTE TOTAL, debo de declarar y declaro que la parte actora se encuentra afecta de una INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL para su profesión habitual, condenando al INSS a estar y pasar por dicha declaración y que abone al actor una prestación económica consistente en una pensión vitalicia equivalente al 55% de la base reguladora de 363,89 €/mes más los incrementos y revalorizaciones que legalmente correspondan; con efectos de 27.11.02, fijándose el plazo de revisión en un año. TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación por Dña María Teresa, que no fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia que declaró a la actora afecta de incapacidad permanente total para su profesión habitual de vigilante de comedor de colegio, se alza la misma en suplicación alegando un único motivo de censura jurídica al amparo del *artículo 191c) de la Ley de Procedimiento Laboral* por infracción del *artículo 137,5 de la Ley General de la Seguridad Social*, pretendiendo el reconocimiento a su favor del grado de incapacidad permanente absoluta porque sufriendo síndrome de **fibromialgia** reumática, artrosis lumbar severa y hernias discales de expansión radicular con estenosis de canal severa; la capacidad residual de la trabajadora es inexistente.

La incapacidad permanente absoluta viene definida en el marco del *art. 137.5 del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por RDLeg. 1/94, de 20 de junio*, en relación con el contenido de su *art. 134*, como la situación de quien, por enfermedad o accidente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que le inhabilitan por completo para toda profesión u oficio. Tal ausencia de habilidad se interpreta jurisprudencialmente (sentencias de la Sala de lo Social del TS de 15-12-88, 13-6-89 y 23-2-90) como la pérdida de la aptitud psicofísica necesaria para poder desarrollar una profesión en condiciones de rentabilidad empresarial, y, por consiguiente, con la necesaria continuidad, sujeción a horarios, dedicación, rendimiento o eficacia y profesionalidad exigible a un trabajador fuera de todo heroísmo o espíritu de superación excepcional por su parte.

Nuestro Sistema de Seguridad Social tiene un carácter esencialmente profesional en el que destaca la valoración no solo de las lesiones y limitaciones en sí sino también su incidencia en el menoscabo funcional u orgánico. Ello, por otra parte, ha de conectarse a los requerimientos físicos exigidos por la profesión habitual (para la incapacidad permanente total) o la de cualquier otra de las ofrecidas en el mercado laboral (incapacidad permanente absoluta).

En este caso ha resultado probado que la actora padece síndrome de **fibromialgia** reumática; artrosis lumbar severa; hernias discales L2-L3 y L3-L4; estenosis de canal lumbar severa e intensas alteraciones dolorosas tratadas en la Unidad del Dolor Crónico; hallándose limitada para actividades que requieran de un esfuerzo físico moderado o ligero especialmente la que requieran la marcha o permanecer de pie durante periodos de tiempo prolongados (hecho probado 7º). Sin embargo tales padecimientos y limitaciones ha de impedir a la trabajadora la realización de su labor como vigilante de comedor de colegio que le exigirá marcha y bipedestaciones prolongadas; pero no la ejecución de tareas de carácter sedentario, es decir sin exigencias físicas. Por todo ello ha de concluirse que la trabajadora tiene derecho a la incapacidad permanente total reconocida (*artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social*), pero no a la absoluta pretendida (*art 137.5 LGSS*) procediendo en consecuencia la confirmación de la sentencia impugnada con desestimación del recurso interpuesto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Dña María Teresa , contra la sentencia dictada el día 30-06-2004 por el JUZGADO DE LO SOCIAL N. 5 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA debemos confirmar como confirmamos dicha sentencia.

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 1520/04 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 1520/04 , , 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.