

Id Cendoj: 35016340012007101924
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 87/2005
Nº de Resolución: 2028/2007
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: IGNACIO JOSE DUCE SANCHEZ DE MOYA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 12 de diciembre 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. M^a 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 Cristina contra 000087/2005 de fecha 18 febrero 2005 dictada en los autos de juicio nº 0001148/2004 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Cristina , contra el 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.- La actora se encuentra afiliada al Régimen general habiendo trabajado habitualmente como empaquetadora, siendo la base reguladora de 513,99 Euros. Siendo su fecha de nacimiento el 26 de Enero de 1949.

SEGUNDO.- Iniciado expediente de invalidez permanente, por el INSS se desestima su pretensión el 11 de Octubre de 2004. Dicha resolución se basa en el informe del EVI según el cual la actora sufre como deficiencias espondiloartrosis, anquilosis vertebral dorsal, cifoescoliosis, **fibromialgia** , SD subacromial del hombro derecho, gonartrosis femoro rotuliana bilateral, osteoporosis, SD depresivo de larga evolución, constando como limitaciones orgánicas y funcionales bajo estado de ánimo, faltan últimos grados de extensión cervical, refiere imposibilidad para posición de cuclillas a partir de 90º de flexión de la rodilla derecha, cepillo + de rodilla derecha.

TERCERO.- Frente a esa resolución se interpuso reclamación previa que fue resuelta en sentido desestimatorio.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que desestimando la demanda interpuesta por Doña Cristina contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social debo de absolver y absuelvo al demandado de la demanda deducida en su contra.

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 desestimó la demanda se alza la actora en suplicación alegando un motivo de revisión fáctica y otro de censura jurídica que se analizan seguidamente.

SEGUNDO.- Con amparo en el *apartado b) del art. 191 LPL* la parte recurrente pretende la adición de un nuevo hp. con el siguiente texto: "Además de las enfermedades señaladas en el dictamen propuesta, la actora presenta las siguientes: Obesidad, rotura completa de tendones del supra e infraespinoso con retracción de vientres musculares y atrofia. Derrame articular y bursitis subescapular, habituales en estos casos. Lesiones quistoides sobre tuberosidad mayor, migración craneal de cabeza humeral en contacto con acromión y cambios degenerativos acromioclaviculares, trastorno depresivo persistente con distimia, de evolución crónica, con episodios de mayor intensidad que ha hecho dque se diagnostique como depresión doble, con escasa respuesta a los tratamientos. La actora, como consecuencia del cuadro clínico que presenta, sufre a nivel de la columna, polimialgias y poliartralgias en diversas localizaciones, compatibles con puntos fibromalgicos que le impiden la realización de las actividades normales de su profesión. Además de los puntos dolorosos, presenta dolor y contractura muscular cervical bilateral con limitación de la movilidad. Braquialgia bilateral. Cialgia de predominio izquierdo. Cifoescoliosis dorsolumbar, dorsolumbalgia con limitación de la movilidad de la columna. En el hombro derecho, dolor a la abducción y rotación externa, con limitación a la movilidad, con signos de lesión del tendón del músculo supraespinosos. En rodillas, dolor a la movilidad orzada. En conclusión, la actora se encuentra actualmente una situación que le imposibilita la realización de tareas que requieran esfuerzos físicos, incluso leves o moderados, debido a las alteraciones funcionales sobre todo de su conlumana, hombro derecho y rodillas, para lo cual solo puede ofrecersele tratamiento paliativo sintomático, agravado todo ello por su síndrome fibromialgia depresivo generalizado, la obesidad y la osteoporosis".

Basa su pretensión en los documentos unidos a los folios 35 y 43 y 49 y 50, consistentes en informes facultativos del Servicio Canario de Salud.

El *art. 191 b) LPL* permite la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. Pero mediante ello han de ponerse de manifiesto las equivocaciones imputadas a la sentencia recurrida de forma clara, directa y evidente sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones, de forma que no puede ser sustituida la valoración conjunta del acervo probatorio efectuado por el Magistrado a quo, de carácter objetivo e imparcial por la más subjetiva e interesada de la parte. Y en este caso resulta que los informes aludidos y los diagnósticos en ellos incluidos, que obran recogidos por el médico evaluador, han sido también valorados por el Magistrado de instancia (FD. 1º de su sentencia), habiendo llegado a la conclusión recogida -en el "factum" de la sentencia- sin que pueda apreciarse el error atribuido al mismo.

Consecuentemente debe ser rechazado el motivo.

TERCERO.- Con amparo en el *apartado c) del art. 191 LPL* la misma parte alega inadecuada aplicación del *art. 137 LGSS* porque las lesiones sufridas por la trabajadora le impiden realizar cualquier actividad por más sedentaria que sea.

Invalido absoluto es aquel que carece de posibilidades reales de actuación profesional, con asistencia habitual al lugar de trabajo, prestación de una jornada y atención a una tarea (STS de 16-2-1986)

La inhabilitación para el trabajo ha de entenderse absoluta si las lesiones solo consienten quehaceres determinados y livianos con afán de superación y de sobreponerse al dolor más allá de lo que es exigible como normal diligencia (STS de 4-12-1989). Por otro lado, el régimen de las incapacidades laborales tiene en nuestro Sistema de Seguridad Social una naturaleza eminentemente profesional lo que exige poner en relación las secuelas padecidas por el trabajador con las tareas inherentes a su profesión (incapacidad permanente total) o con las relativas a cualquiera de las actividades profesionales existentes en el mercado laboral (incapacidad permanente absoluta). Y en este caso resulta que la actora sufre bajo estado de ánimo en virtud de síndrome depresivo de larga evolución; faltándole los últimos grados de extensión cervical con imposibilidad para posición de cuclillas y a partir de 90º de flexión de la rodilla derecha.

Ello impide reconocerle el grado de incapacidad pretendido (*art. 137,5 LGSS*) pues su síndrome depresivo se halla en tratamiento (folios 49 y 50) y sus limitaciones orgánicas no deben impedirle llevar a cabo actividades sedentarias, pero si tiene derecho a una incapacidad permanente total (*art. 137, 4 LGSS*) pues siendo su profesión habitual la de empaquetadora tales limitaciones le imposibilitan cuando menos el ejercicio de las fundamentales tareas de su profesión que requiere permanente movilidad y la realización de

constantes esfuerzos.

Por todo ello ha de ser estimado el recurso con revocación de la sentencia declarando a la actora en situación de incapacidad permanente total para dicha profesión habitual derivada de enfermedad común con derecho a percibir a cargo del INSS una pensión mensual vitalicia equivalente al 75% de su base reguladora, -dado que es mayor de 55 años-, y con efectos de 6-10- 2006, fecha del dictamen-propuesta del EVI (art. 13,2 de la Orden de 18-1-1996).

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

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Cristina , contra la sentencia dictada el día 18-2-2005 por el Juzgado de lo Social numero Siete de Las Palmas de Gran Canaria debemos revocar como revocamos dicha sentencia declarando a la actora en situacion de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, con derecho a percibir a cargo del INSS una pensión mensual vitalicia equivalente al 75% de su base reguladora que asciende a 513,99 euros y efectos de 6-10-2006. .

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 080005 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 2410000066080005 , 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.