

Id Cendoj: 35016340012008100037  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 84/2005  
Nº de Resolución: 123/2008  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 31 de Enero de 2008 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 Instituto Nacional De La Seguridad Social contra sentencia de fecha 13 de Abril de 2005 dictada en los autos de juicio nº 84/2005 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Virginia , contra INSTITUTO NACIONAL 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 actora se encuentra afiliada al Régimen general habiendo trabajado habitualmente como reponedora de almacén, siendo la base reguladora de 640,60 Euros. Siendo su fecha de nacimiento el 20 de Noviembre de 1942.

SEGUNDO.- Iniciado expediente de invalidez permanente, por el INSS se desestima su pretensión el 23 de Noviembre de 2004. Dicha resolución se basa en el informe del EVI según el cual la actora sufre como deficiencias **fibromialgia** , cervicolumboartrosis según informe de reumatólogo, sospecha de SDR de apnea obstructiva del sueño no constando limitaciones orgánicas y funcionales salvo dolor referido.

TERCERO.- Ha quedado acreditado además que la actora sufre cervicoartrosis con radiculopatía C5-C6 derecha, artrosis lumbar severa, **fibromialgia** con 18/18 puntos gatillo presentes y síndrome de apnea obstructiva del sueño. Dichos padecimientos determinan que la actora esté imposibilitado para aquellas labores que tienen relación directa con la columna cervical y lumbar en especial en posición sedente, bipedestación y posiciones sostenidas de la misma. Todas estas situaciones se ven agravadas con el acarreo de cargas.

CUARTO.- 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 estimando parcialmente la demanda interpuesta por Doña Virginia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social debo declarar y

declaro que la parte actora se encuentra afecta de una INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL para su profesión habitual cualificada, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración, abonando a la actora las prestaciones inherentes a la misma, con efectos del día en que fue examinada por el EVI.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que no fue impugnado de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora nacida en 1942 y afiliada a la Seguridad Social desde 1993 solicitó ser declarada afecta de incapacidad permanente absoluta o subsidiariamente total para su profesión habitual, por padecer : **fibromialgia** , cervicolumboartrosis con radiculopatía C5-C6 según informe de reumatólogo, sospecha de SDR de apnea obstructiva del sueño no constando limitaciones orgánicas y funcionales salvo dolor referido, quedando acreditado además que la actora sufre , artrosis lumbar severa, gatillo presentes y síndrome de apnea obstructiva del sueño. Dichos padecimientos determinan que la actora esté imposibilitada para aquellas labores que tienen relación directa con la columna cervical y lumbar en especial en posición sedente, bipedestación y posiciones sostenidas de la misma. Todas estas situaciones se ven agravadas con el acarreo de cargas. El INSS denegó la prestación de incapacidad y la sentencia de instancia ha estimado parcialmente la demanda reconociendo una incapacidad permanente total cualificada para su profesión habitual.

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

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral solicita el INSS la modificación del ordinal primero* del relato fáctico declarado probado por el Magistrado de instancia con la finalidad de que quede redactado en la forma siguiente: "La actora se encuentra afiliada al RETA dedicándose a regentar su empresa de mantenimiento, siendo la base reguladora de 640,60 euros y su fecha de nacimiento el 20-11-1942". El motivo se estima parcialmente en lo referente a que se encuentra afiliada al RETA, pero no en lo referido a dedicándose a regentar su empresa de mantenimiento ya que ello no ha sido acreditado.

TERCERO.-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 b) 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 limitan la capacidad física de la interesada para su profesión habitual.

*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.

CUARTO.- Del examen de los hechos declarados probados se desprende que los padecimientos de la actora puestos en relación con su profesión habitual, le impiden realizar las tareas propias de reponedora de almacén , ya que ello conlleva realizar tareas incompatibles con los padecimientos que sufre, al existir correlación entre sus limitaciones y los requerimientos físicos y psíquicos de dichas tareas ya que padece :

**fibromialgia** , cervicolumboartrosis con radiculopatía C5-C6, gatillo presentes y síndrome de apnea obstructiva del sueño. Dichos padecimientos determinan que la actora esté imposibilitada para aquellas labores que tienen relación directa con la columna cervical y lumbar en especial en posición de bipedestación y posiciones sostenidas de la misma. Todas estas situaciones se ven agravadas con el acarreo de cargas que es actividad propia de la reponedora de almacén, lo que determina que el motivo y el recurso deban ser desestimados.

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 SOCIAL contra la sentencia de fecha 13 de Abril de 2005 , del Juzgado de lo Social 7 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento 84/2005 seguido en su contra por DOÑA Virginia que confirmamos.

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 1239/2005 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 24100000661239/2005 , 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.