

Id Cendoj: 35016340012008100452
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 184/2006
Nº de Resolución: 536/2008
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 17 de Abril 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 Jose Rodríguez Ojeda (Ponente) Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por María Milagros contra sentencia de fecha 20 de septiembre de 2005

dictada en los autos de juicio nº 953/2004 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. María Milagros contra INSTITUTO NACIONAL 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:

PRIMERO.- La parte demandante, nacida el 6 de enero de 1948, está encuadrada en el Régimen de la Seguridad Social y ha venido prestando servicios como camarera de piso. El 6 de agosto de 2002 inició una situación de IT derivada de enfermedad común.

SEGUNDO.- En fecha 21 de junio de 2004, el EVI emitió dictamen propuesta en materia de incapacidad permanente en el expediente de la actora, en el que determinaba el siguiente cuadro clínico: "trastorno depresivo moderado. Posible síndrome de **fibromialgia** ". Como limitaciones orgánicas y funcionales le reconocía las siguientes: "Bulimia. Inhibición, Anhedonia e insomnio de inicio. Las algias referidas por la paciente. Proponía la no calificación de la demandante como incapaz permanente. El INSS, mediante resolución de fecha 21 de junio de 2004, asumiendo totalmente el dictamen emitido, acordó denegar prestaciones por incapacidad permanente.

TERCERO.- La parte actora formuló reclamación previa en fecha 3 de agosto de 2004, que le fue desestimada mediante resolución sin fechar, registrada de salida el 13 de agosto de 2004.

CUARTO.- La actora presenta el siguiente cuadro clínico:

- Espondiloartrosis cervical con discopatía a varios niveles.

- **Fibromialgia** .

- Osteoporosis.

- Síndrome depresivo de años de evolución.

Las dolencias señaladas le provocan un cuadro de intenso dolor cervical con contractura de la musculatura paravertebral y limitación de la movilidad en todos los ejes; trastornos en la sensibilidad y pérdida de fuerza; vértigos, mareos y cefaleas; dolor lumbar, dorsal y pélvico; dolor selectivo en los puntos miálgicos.

Como consecuencia de sus dolencias la actora no puede realizar esfuerzos y debe evitar las posturas mantenidas.

SEXTO.- La base reguladora de las prestaciones de invalidez es de 776,63 € mensuales.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que, estimando totalmente la pretensión subsidiaria de la demanda interpuesta por María Milagros, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debo declarar y declaro a la actora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual en atención a una base reguladora de 776,63 € euros, con efecto desde el 14 de junio de 2004 y con los incrementos legales y revalorizaciones pertinentes; en su virtud, debo condenar y condeno al Instituto demandado a que abone al actor dicha pensión en la forma y cuantía señaladas. 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 parcialmente la pretensión de la actora, nacida en 1948 camarera de pisos, por la que solicitó ser declarada afectada de incapacidad permanente absoluta o en su caso total para su profesión habitual, y estima la pretensión subsidiaria. Frente a la misma se alza la demandante mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través motivo de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia de instancia se declare a la actora en situación de incapacidad permanente absoluta.

SEGUNDO.- Al amparo del *art 191 c) de la LPL* alega la recurrente la infracción del *art 137 de la LGSS de 1994* . El motivo prospera.

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 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 relato de hechos probados de la sentencia de instancia queda acreditado que el 6 de agosto de 2002 la actora inició una situación de IT derivada de enfermedad común, y que el 21 de junio de 2004, el EVI emitió dictamen propuesta en materia de incapacidad permanente, en el que determinaba el siguiente cuadro clínico: "trastorno depresivo moderado. Posible síndrome de **fibromialgia** ". Como limitaciones orgánicas y funcionales le reconocía las siguientes: "Bulimia. Inhibición, Anhedonia e insomnio de inicio. Las algias referidas por la paciente, y en el juicio de las pruebas se determina que la actora presenta el siguiente cuadro clínico:- Espondiloartrosis cervical con discopatía a varios niveles. - Fibromialgia. Osteoporosis. Síndrome depresivo de años de evolución. Las dolencias señaladas le provocan un cuadro de intenso dolor cervical con contractura de la musculatura paravertebral y limitación de la movilidad en todos los ejes; trastornos en la sensibilidad y pérdida de fuerza; vértigos, mareos y cefaleas; dolor lumbar, dorsal y pélvico; dolor selectivo en los puntos miálgicos. La actora no puede realizar esfuerzos y debe evitar las posturas mantenidas. Por lo tanto, el estado actual de la actora le impide la realización de cualquier actividad

profesional, es decir cualquier trabajo que requiera sometimiento a un horario e instrucciones empresariales , un trabajo que exija eficacia y siquiera rendimientos mínimos, pues difícilmente se concibe que una persona como la demandante, con los padecimientos que sufre pueda desempeñar un puesto de trabajo por sencillo que sea. La depresión mayor persistente (folio 60 vltto) y trastorno alimentario mixto que sufre la adiaroución que a pesar del tratamiento recibido desde la Unidad de Salud Mental la evolución es muy torcida (folio 59) con persistencia de importantes síntomas depresivos y ansiosos g y de los 18 puntos de graduación de la **fibromialgia** la demandante presenta 14 puntos (g folio 63 informe pericial).

Como ya dijimos en las sentencias de esta Sala recursos 268/2000 y 1250/200 1 la depresión de larga duración es un síntoma de grave enfermedad psíquica ya que un episodio de depresión dura habitualmente de 6 a 9 meses, y entre un 15 y 20 por 100 de pacientes dura algo más de dos años . En la depresión, el pensamiento, la comunicación y otras actividades de tipo general se hacen más lentos, hasta cesar todas las actividades voluntarias produciendo incapacidad de concentración La persona con depresión está a menudo indecisa y recluida en si misma tiene una progresiva sensación de desamparo y desesperanza y piensan en la muerte y en el suicidio (en el caso de autos ya la actora intento ahorcarse) . El depresivo tiene dificultad para conciliar el sueño y se despiertan repetidamente, sobre todo temprano de madrugada. Es habitual una pérdida del deseo sexual o del placer en general . El depresivo se muestra inapetente , es pasivo y aletargado , introvertido , escéptico, hiper crítico o en constante queja y lleno de autoreproches.. En las depresiones graves se tienen delirios (creencias falsas) o alucinaciones, viendo y oyendo cosas que no existen y se tiene sentimientos de inseguridad y de poca valía. Por tanto la depresión importante, dada su larga evolución inhabilita para cualquier actividad que requiera como el trabajo por cuenta ajena, una responsabilidad, el cumplimiento de un horario, el desplazamiento diario al centro de trabajo , el sometimiento a las instrucciones y disciplina empresarial, etc, etc habiendolo entendido así esta Sala en situaciones similares como la contemplada en el recurso de suplicación número 167 /2001 . Por ello la Sala entiende , que una persona como la demandante con depresión mayor de larga duración no se encuentra capacitada para desempeñar el más sencillo, simple, sedentario y relajante de los trabajos que el mercado laboral pueda ofrecer, además de que encontrar hoy día un trabajo así sería como hallar un mirlo blanco , pues debe considerarse que la aptitud para una actividad laboral módica implica la posibilidad de llevar a cabo tareas con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, eficacia y rendimiento (sentencia del ; Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1.989 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).; sin que tal aptitud exista actualmente en la actora ni siquiera con la posibilidad de un ejercicio esporádico de

alguna labor que no sean las meramente ocupacionales, implicando ello que no puede realizar trabajos sedentarios y livianos que supongan la permanencia en centro de trabajo durante ocho horas , o requieran una mínima destreza manual o intelectual pues como ha afirmado esta Sala de lo Social en Las Palmas del TSJ de Canarias en sentencia de 2 de Diciembre de 1.997 recurso 1018 , la grave patología de la actora le impide llenar de contenido la realización laboral, pues difícilmente podrá mantenerse en su puesto de trabajo durante la jornada laboral, someterse a las ordenes y directrices del empresario, integrarse en la plantilla con el resto de compañeros y realizar en definitiva con profesionalidad, rendimiento y eficacia las tareas esenciales del quehacer laboral, como no fuera a costa de un esfuerzo inexigible o magnanimidad del empresario.

Si a la depresión unimos la **fibromialgia** no es posible concebir que la actora pueda siquiera acudir a un puesto d jorutrenta ajena, porque ha de tenerse en cuenta que la **fibromialgia** que padece, es una enfermedad crónica y compleja, caracterizada por cursar con dolor generalizado y fatiga permanente entre otros síntomas, que se presenta con distintas intensidades en las personas que la sufren, aceptándose como criterios diagnósticos (criterios de clasificación de la American College of Rheumatology 1990), dos:

1.-Una historia de dolor generalizado en el lado derecho e izquierdo del cuerpo, por encima y debajo de la cintura (cuatro cuadrantes corporales); además de existir dolor en el esqueleto axial con una de las cuatro posibilidades (raquis cervical, dorsal, región lumbar, pared torácica anterior).

2.- Dolor a la presión digital en, al menos, 11 de los 18 puntos elegidos, los llamados "tender points", que corresponden a las áreas más sensibles del organismo.

No basta con la existencia de un diagnostico de **fibromialgia** para el reconocimiento de una incapacidad permanente, sino que lo determinante es la repercusión funcional en cada caso concreto ya que puede oscilar entre resultar irrelevante y carecer de trascendencia funcional a, por el contrario, imposibilitar a quien la padece para realizar cualquier actividad por liviana que esta sea. En el supuesto examinado se constata una intensidad severa con dolor a la presión en 14 de los 18 puntos ; se trata, por tanto, de un cuadro doloroso grave que, desde luego puede afectar a sus facultades intelectuales superiores y acarrearle problemas de concentración y lapsos de memoria, ademas de entorpecer cualquier labor y es

incompatible con la realización de cualquier actividad.

Asociada a la anterior enfermedad e incidiendo sobre la misma se encuentra la patología psíquica. Además del cansancio o la fatiga propios de la **fibromialgia**, ésta se concreta en un dolor, que no tiene fronteras, como tampoco las tienen la intensidad y la extensión del mismo. La enfermedad puede presentarse con casos de dolor errático, o casos donde duele todo el cuerpo en general y donde el dolor puede apreciarse de manera continua, aunque también puede variar su duración, así como la intensidad y frecuencia, dependiendo de la parte del cuerpo afectada. Los pacientes describen profundos y punzantes dolores musculares (sensación de apuñalamiento), quemazón, y calambres. Frecuentemente, los dolores y la rigidez corporal son más intensos por las mañanas, viéndose más afectados los grupos musculares que más empleamos. El síntoma de la fatiga es descrito por los pacientes de diferentes modos. Algunos dicen encontrarse completamente agotados físicamente, mientras otros se agotan mentalmente o notan una gran falta de concentración. En algunos casos, la totalidad de la energía ha desaparecido, dejando una gran pesadez en los miembros. Ello causa con desórdenes del sueño. Por norma, los pacientes que no presentan depresión, quedan dormidos sin problemas. Sin embargo, mantienen un sueño poco profundo, el cual, además, se ve interrumpido por la presencia de dolor, temblores musculares, la presencia del síndrome de la pierna inquieta, el rechinar de los dientes, o casos de apnea. Son frecuentes los dolores en la parte posterior de la cabeza, así como los zumbidos en los oídos (tinnitus), edemas en los párpados, migrañas con ataques de dolor en los antebrazos durante el aura. Los síntomas neurológicos son los de entumecimiento, sensación de hormigueo en las extremidades, hipersensibilidad en ciertas áreas de la piel, hinchazón en manos y piernas, falta de habilidad, y dificultad al andar. Aún describiendo los pacientes estos síntomas, los neurólogos no son capaces de encontrar cambios de tipo patológico en ellos, aunque, en ocasiones perciban un cuadro de dolor complejo.

En el caso de la actora el informe médico obrante a los folios 65 y 66 y el informe médico de síntesis plasma la mayoría de los síntomas y dolores que hemos o relatado, y de todos sus padecimientos se deduce que la misma no se encuentra capacitada para la realización de ninguna actividad por sedentaria que sea o que no conlleve esfuerzo físico, pues, como es consustancial a las enfermedades evolutivas, su sintomatología se va agravando con la cronicidad y el transcurso del tiempo, (sentencias TS de 22 de enero de 1985, 24 de enero, 12 de junio y 22 de noviembre de 1989, 22 de : enero, 2 de abril, 30 de junio, 20 de julio, 17 de septiembre, 23 de octubre, 14 de noviembre y 10 de diciembre de 1990) por lo que es patente que no está capacitada para desempeñar ninguna clase de trabajo, pues no se puede pretender ni exigir heroicidades.

CUARTO.- 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 los padecimientos de la actora con notoriedad la imposibilidad de todo ello para la demandante, a no ser que se le quiera situar en situación de riesgo evidente, lo que en definitiva supone reconocer que se encuentra incapacitada absolutamente para toda actividad.

QUINTO.- 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.

Siguiendo la doctrina del El Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Julio de 1.990 (El Derecho 90/7396) no es ni jurídica ni humanamente pensable que una trabajadora afectada de los padecimientos

que como secuelas definitivas se declaran pueda mantener ni siquiera mínimas posibilidades de realizar las tareas que comporta cualquier relación laboral por cuenta ajena. Según estimaron las sentencias de esta Sala de lo Social en Las Palmas de G.C. de fecha 25 de Febrero de 1.994 recurso 863/93 y 25 de Septiembre de 1.998 recurso 173/97 , procede reconocer el grado de incapacidad absoluta, ya que a mayor abundamiento ,al demostrarse las enfermedades que invalidan 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.

El Tribunal Supremo en su momento se ha pronunciado en casos similares al hoy enjuiciado estimando la invalidez absoluta en casos de depresión : sentencias de 1 7-2-1988; 23-3-1988; 13-3-1989 y 7-6-1989 (ED 1312-2474-2854 y 5816).

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA María Milagros contra la sentencia de fecha 20 de Septiembre de 2005 del Juzgado de lo Social 2 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento 953/2004 seguido contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que revocamos y estimamos plenamente la demanda, dejamos sin efecto la resolución del INSS impugnada por contraria a derecho , y declaramos que la actora se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, condenando al INSS a estar y pasar por el anterior pronunciamiento y abonar a la demandante una pensión vitalicia por tal concepto equivalente al 100 por 100 de su base reguladora de 776,63 euros mensuales desde el 21 de Junio de 2004 fecha del informe del EVI, con las actualizaciones correspondientes.

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 3537/0000660184/2006 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 24100000660184/2006 , 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.

..

.

