

Id Cendoj: 35016340012008100697
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 444/2007
Nº de Resolución: 751/2008
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 29 de Mayo 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 18 de

Diciembre de 2006 dictada en los autos de juicio nº 811/2004 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña.

Clara contra TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 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, con DNI nº NUM000, nacida el 15.11.1946, afiliado y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, con núm. de S.S. NUM001, ha venido prestando sus servicios con la categoría profesional de dependienta, inició un proceso por enfermedad común el 05.05.2003.-

SEGUNDO.- Tras la solicitud de prestaciones por incapacidad permanente , y previo informe médico de síntesis, en la fecha 26.05.2004 el Equipo de Valoración de Incapacidades emite informe en el que se determina el siguiente cuadro clínico residual: "Carcinoma mama izquierda resulto quirúrgicamente. Trastorno adaptativo mixto con síntomas depresivos asociados. **Fibromialgia** ., y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes : "en el momento actual no se aprecian limitaciones funcionales que condicionen menoscabo permanente", proponiendo la no calificación del trabajador referido con incapacitado permanente por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

TERCERO.- Tras la oportuna propuesta por el EVI, el 07.06.2004, la Dirección Provincial del INSS dictó Resolución, por la que se declaraba a la parte actora no afecta de ningún tipo de invalidez, "por no alcanzar las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser

constitutivas de una incapacidad permanente".

Contra dicha Resolución fue interpuesta la oportuna reclamación en Vía Previa, en fecha 05.07.2004, que fue denegada de manera expresa el 21.07.2004.-

CUARTO.- Se solicita la declaración de una Invalidez Permanente Absoluta o Total, siendo la base reguladora de dicha prestación la de 1.059,66 euros/mes.

QUINTO.- Quien hoy acciona aqueja el cuadro de dolencias residuales siguiente:

- **Fibromialgia** HTA Síncopes Vagales. Sinusitis. Síndrome migrañoso. Carcinoma Intraductal de mama izquierda, intervenida. Lumboartrosis, síndrome del tunel carpiano bilateral. Síndrome del dolor crónico.

- Distimia (crónica por definición)

- Trastorno Depresivo Mayor, Moderado. Con síntomas melancólicos. Crónico .

-

SEXTO.- Como consecuencia de las patologías que sufre, la parte actora sufre una disminución del rendimiento en todas las facetas de su vida. Presenta disminución en la actividad intelectual , memoria y concentración, impidiéndose el desarrollo normas y habitual de su actividad cotidiana.-

SÉPTIMO.- La actora prestó servicios para la entidad El Corte Ingles desde 1.03.1999 hasta 03.04.2003 y desde el 04.04.2003 hasta el 08.04.2003.

Percibió prestaciones por desempleo desde el 09.04.2003 hasta 08.04.2005.-

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que, estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D^a Clara , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA, o TOTAL debo declarar y declaro que la parte actora se encuentra afecta de una INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual equivalente al 100% de una base reguladora de 1.059,66 euros/mes con efectos desde el 26.05.2004 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 estima la demanda y declara a la actora nacida en 1946 en situación de invalidez absoluta por padecer **Fibromialgia** HT A Síncopes Vagales. Sinusitis. Síndrome migrañoso. Carcinoma intraductal de mama izquierda, intervenida. Lumboartrosis. Síndrome del tunel carpiano bilateral. Síndrome del dolor crónico. Distimia (crónica por definición). Trastorno Depresivo Mayor, moderado, con síntomas melancólicos y crónico.

Frente a la misma se alza el INSS mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través motivos de revisión fáctica y de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia de instancia se desestime la demanda .El recurso ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado b) del art 191 de la LPL, el INSS* , interesa con base a prueba documental: a) la modificación del ultimo apartado del quinto hecho probado, para que quede redactado en la forma siguiente: "Trastorno depresivo, tratada por la Unidad de Salud Mental del Servicio Canario de Salud, desde marzo de 2003".

El motivo se desestima por cuanto ésta Sala en sentencia de 21 de Junio de 2002 recurso 587/2000 tiene dicho que "el hecho que se pretende declarar probado, debe resaltar de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos , sin necesidad de argumentaciones más o menos

lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes , o no coincidentes , han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas , no siendo cauce para demostrar el error de hecho la "prueba negativa" , consistente en afirmar que los hechos que el Juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (TS 14 de Enero , 23 de Octubre y 10 de Noviembre de 1986 y 17 de Noviembre de 1990)" .

Para el TSJ del País Vasco en sentencia de 11 de Junio de 2002 (ED 35606) "la revisión de hechos probados debe apoyarse en concretas y específicas pruebas prevalentes, toda vez que no resulta admisible per se la corrección, complementación o supresión del contenido de Hechos Probados en base al criterio subjetivo de quien los recusa, frente al más objetivo y fundado del Juzgador de Instancia".

El TSJ de Cataluña en sentencia de 22 de Abril de 2003 (ED 24133) mencionando otras muchas de dicha Sala y en aplicación de constante jurisprudencia (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de marzo, 3, 17 y 31 de mayo, 21 y 25 de junio y 10 y 17 de diciembre de 1990, y 24 de enero de 1991 , entre otras), considera , que ante dictámenes médicos contradictorios, si no concurren especiales circunstancias, hay que atenerse a la valoración realizada por el Magistrado de instancia en virtud de las facultades que le confieren el *artículo 97- 2 de la Ley procesal laboral* y el *artículo 632 (actual 348) de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

La Magistrada a quo entiende más objetivo y especializado el dictamen emitido por el Jefe de Psiquiatría del Hospital Doctor Negrín del SCS y le da mas relevancia entrando ello dentro de sus facultades legales , que a la Sala le parece correcto dado el notorio prestigio del médico especialista informante .

b) que se modifique el ordinal sexto para quedar del siguiente tenor literal:"Como consecuencia de las patologías que sufre, la paciente se muestra triste, desanimada, labil con la sensación de incapacidad". El motivo se desestima por los mismos argumentos expuesto en el anterior.

TERCERO.- Al amparo del *art 191 c) de la LPL* se denuncia la infracción del *art 137.5 de la LGSS* .El motivo no prospera y el recurso se desestima.

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 inmodificado relato de hechos probados de la sentencia de instancia queda acreditado que la actora padece: **Fibromialgia** HT A Síncopes Vagales. Sinusitis. Síndrome migrañoso. Carcinoma intraductal de mama izquierda, intervenida. Lumboartrosis. Síndrome del tunel carpiano bilateral. Síndrome del dolor crónico. Distimia (crónica por definición). Trastorno Depresivo Mayor, moderado, con síntomas melancólicos y crónico. 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 . Como ya dijimos en las sentencias de esta Sala recursos 268/2000 y 1250/2001 , 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 reclusa 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 perdida del deseo sexual o del placer en general . El depresivo se muestra inapetente , es pasivo y aletargado , introvertido , escéptico, hipercrítico 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., habiéndolo 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 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, 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 inexistente o magnanimidad del empresario.

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 17-2-1988; 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

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha 18 de Diciembre de 2006 , del Juzgado de lo Social 5 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento 811/2004 seguido en su contra por DOÑA Clara que se confirma .

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: 3537/0000660444/2007 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 24100000660444/2007 , 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.