

TSJ de Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 28-1-2009, nº 738/2009, rec. 9127/2007  
Pte: Sánchez Burriel, Miguel Angel

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG: 08019 - 44 - 4 - 2007 - 0008423

RM

Ilmo. Sr. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

Ilmo. Sr. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

Ilmo. Sr. ENRIQUE JÍMENEZ ASENJO GÓMEZ

En Barcelona a 28 de enero de 2009

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 738/2009

En el recurso de suplicación interpuesto por -I.N.S.S.- (Instituto Nacional de la Seguridad Social) frente a la Sentencia del Juzgado Social 12 Barcelona de fecha 10 de julio de 2007 dictada en el procedimiento Demandas núm. 187/2007 y siendo recurrida .... Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de marzo de 2007 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Invalidez grado, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 10 de julio de 2007 que contenía el siguiente Fallo:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por Dª ... declaro a la misma en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta para todo tipo de trabajo, derivada de enfermedad común, y condeno al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por tal declaración y a pagarle la pensión correspondiente en cuantía del 100% de la base reguladora de 648'95 € con efectos desde el 17-12-06, más las mejoras y revalorizaciones legales que procedan."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1º) La demandante, nacida el 16-7-59, se encuentra afiliada a la Seguridad Social y en situación de alta en el Régimen General a consecuencia de trabajos prestados por cuenta ajena, siendo su profesión habitual la de limpiadora, tiene cubierto el periodo de carencia requerido para causar derecho a la prestación que reclama y había iniciado proceso de incapacidad temporal el 17-6-05, agotando el subsidio el 16-12-06.

2º) Incoado el preceptivo expediente administrativo para valorar la eventual incapacidad, el ICAM emitió dictamen el 16-1-07.

3º) La Dirección provincial del INSS dictó resolución el 6-2-07 por la que no le reconoció grado alguno de incapacidad permanente, ni por lo tanto derecho a prestaciones económicas, acordando extinguir la situación de incapacidad temporal con efectos desde la misma fecha.

4º) Contra la anterior resolución formuló reclamación previa, que fué desestimada por nueva resolución de 27-2-07, quedando agotada la vía administrativa.

5º) De las cotizaciones computables acreditadas por la demandante resulta la base reguladora de la prestación que reclama de 648'95 €

6º) Acredita la siguiente patología: obesidad mórbida; fibromialgia grado III, asociada a fatiga crónica grado II; osteopenia; trastorno adaptativo, asociado a un trastorno por dolor; artropatía degenerativa de raquis y rodillas de características leves."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia que reconoce a la parte actora el derecho a prestación por incapacidad permanente absoluta, interpone el Instituto Nacional de la Seguridad Social recurso de suplicación, que basa en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, y articula en un único motivo, dedicado a la revisión del derecho aplicado por el Juzgador "a quo", efectuando denuncia, por incorrecta aplicación, del artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, que considera infringido por cuanto la demandante, según el grado de la enfermedad que padece no estaría incapacitada para realizar los trabajos propios de su profesión habitual de limpiadora sin perjuicio de sufrir procesos de incapacidad temporal en un momento determinado.

Para el correcto análisis del caso enjuiciado, debe partirse del concepto de incapacidad permanente de nuestro sistema de incapacidades, fijado en el artículo 136 de la Ley General de la Seguridad Social y graduado en los grados que recoge el artículo 137 del citado texto legal, que, en tanto, sea desarrollado, deben entenderse remitidos a la regulación transitoria que mantiene la disposición transitoria quinta bis de la misma ley, en particular en el apartado quinto, en el que se describe el grado de absoluta solicitado.

Según el primero de los preceptos citados, la declaración de una incapacidad permanente, exige la concurrencia de dos elementos: a) la existencia de unas lesiones cuya gravedad en sí misma pueda determinar ciertas limitaciones a quien las padece; b) la conexión entre dichas lesiones y el trabajo desempeñado por quien las sufre, lo cual obliga a examinar las tareas que configuran el profesiograma laboral del afectado. De este modo, puestas en relación lesiones y tareas a desempeñar por el trabajador, puede concluirse si las exigencias psicofísicas de su trabajo son o no incompatibles con su estado de salud y, por tanto, determinan su ineptitud para continuar ejecutándolo en las condiciones en las que venía prestando hasta la manifestación de aquéllas, calificado legalmente como incapacidad permanente, valorado en alguno de los grados enumerados en el art. 137. A tenor del apartado cuarto del art. 137 LGSS, deberá valorarse el profesiograma laboral del trabajador, que deberá ponerse en relación con las lesiones padecidas, resultando de dicha conjunción de elementos la existencia del grado de total para la profesión habitual en caso de apreciarse una notoria merma de capacidad para seguir desempeñando con normalidad las tareas fundamentales de dicha profesión o una nula capacidad residual para ello.

El también citado art. 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción transitoria conservada por la Disposición transitoria quinta bis de dicho texto legal, exige para el reconocimiento del derecho a la prestación solicitada, es necesario que el afectado por las dolencias que se examinan carezca de la capacidad suficiente para desarrollar, con mínima profesionalidad, una actividad profesional por cuenta ajena o por cuenta propia, según la interpretación que del mismo viene efectuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de la Sala Social 22 de septiembre, 21 de octubre y 7 de noviembre de 1988, 9 y 17 de marzo, 13 de junio y 27 de julio de 1989, y 23 y 27 de febrero y 15 de junio de 1990), en virtud de la cual el precepto citado debe ser objeto de una interpretación flexible y, por tanto, la calificación de incapacidad permanente absoluta está sometida a la condición general de imposibilidad no absoluta pero sí relativa de ejecutar cualquier trabajo retribuido, es decir que, aun siendo factible su ejecución, exista limitación para su realización en las mismas condiciones de profesionalidad, rendimiento, y rentabilidad de cualquier otro trabajador en el mismo puesto de trabajo, valorable en términos retributivos.

SEGUNDO.- Asimismo, ha declarado la Sala Social del Tribunal Supremo en sentencias de 22 de septiembre, 21 de octubre y 7 de noviembre de 1988, 9 y 17 de marzo, 13 de junio y 27 de julio de 1989, y 23 y 27 de febrero y 14 y 15 de junio de 1990, y de 18 y 29 de enero de 1991), entre muchas otras, que la realización de un quehacer asalariado implica no sólo la posibilidad de efectuar

cualquier faena o tarea, sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, y la necesidad de consumarlo en régimen de dependencia de un empresario durante la jornada laboral, sujetándose a un horario, actuando consecuentemente con las exigencias que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros, en cuanto no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles esos mínimos de dedicación, diligencia y atención, que son indispensables incluso en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, salvo que se dé un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario, pues de no coincidir ambos, no cabe mantener como relaciones laborales normales aquellas en las que se ofrezcan tales carencias, al ser incuestionable que el trabajador ha de ofrecer unos rendimientos socialmente aceptables.

En el presente caso existen como lesiones más destacables una fibromialgia de grado intenso y un síndrome de fatiga crónica en grado moderado, por lo que con dichas lesiones se ha de concluir que la actora no puede realizar todas y cada una de las actividades esenciales de su profesiograma laboral de Limpiadora, al tener contraindicado el mediano esfuerzo continuado, tal como ha venido a reconocer la sentencia de instancia al estimar incompatible tales lesiones con un trabajo que suponga posturas forzadas de columna, como sin duda se predica de esa profesión. Ahora bien, el conjunto de tales dolencias, si bien le incapacitan para el desarrollo de actividades que requieran de esfuerzo físico, no le incapacitan para todo tipo de trabajos por lo que el grado de incapacidad del que se haya afecta es el de incapacidad permanente total para su profesión habitual y no el de absoluta que establece la Sentencia por lo que, se impone con la estimación en parte del recurso la revocación de la sentencia recurrida estimando parcialmente la demanda en cuanto a su petición subsidiaria, declarando a la actora afecta de una Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual derivada de enfermedad común.

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

## FALLO

Que debemos estimar y estimamos en parte el Recurso de Suplicación formulado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de los de Barcelona, el día 10 de julio de 2007, en el procedimiento núm. 187/07, seguido a instancia de ... contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social en reclamación de Incapacidad Permanente Absoluta y, subsidiariamente, total para la profesión habitual y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos dicha resolución para con estimación de la petición subsidiaria de la demanda declaramos a ... afecta de una Incapacidad Permanente total para su profesión habitual, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una prestación en cuantía del 55% de la base reguladora de 648,95 euros mensuales con efectos de siete de febrero de 2007, condenando a su pago al Instituto Nacional de la Seguridad Social con las mejoras y revalorizaciones legalmente procedentes.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.