



Roj: **STSJ CAT 8147/2015 - ECLI: ES:TSJCAT:2015:8147**

Id Cendoj: **08019340012015105052**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2015**

Nº de Recurso: **2720/2015**

Nº de Resolución: **4990/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL SANCHEZ BURRIEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 44 - 4 - 2014 - 8015133**

RM

**Recurso de Suplicación: 2720/2015**

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMO. SR. AMADOR GARCIA ROS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

En Barcelona a 22 de julio de 2015

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. 4990/2015**

En el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (INSS) frente a la Sentencia del Juzgado Social 19 Barcelona de fecha 3 de febrero de 2015 dictada en el procedimiento Demandas nº 311/2014 y siendo recurridos TRESORERIA GENERAL DE LA SEGURETAT SOCIAL y Hipolito . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 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 3 de febrero de 2015 que contenía el siguiente Fallo:

"ESTIMO la demanda presentada por Don Hipolito contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad social, en reclamación por INCAPACIDAD PERMANENTE y declarar a la parte demandante en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común, con derecho al percibo de la prestación correspondiente en cuantía del 100 por cien de la base reguladora de 536,68 euros, con efectos 13-11-2013 y en consecuencia condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social a hacer efectiva esta prestación con los mínimos, las mejoras y las revalorizaciones legalmente procedentes."



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

"Primero.- Don Hipolito con fecha de nacimiento el día NUM000 -1954 DNI núm. NUM001 consta afiliada a la Seguridad Social con el número NUM002 y en situación asimilada a la de alta en el régimen general, siendo perceptora del subsidio de desempleo. Su profesión habitual es Peón de la Construcción. Solicitó la prestación el 17-10-2013. Percibe subsidio de mayores de 52 años desde el 12-07-2008.

**Segundo.-** Por resolución del INSS de 3-12-2013 se acordó que no procedía declarar al la demandante en ningún grado de incapacidad permanente por no reunir dicho requisito y por hallarse al descubierto de cuotas en la seguridad social. Según Dictamen del ICAMS emitido el 13-11-2013 la parte actora presenta las siguientes lesiones: **"Secuelas de poliomieltis en extremidad inferior derecha. Arteriopatía extremidades inferiores en tratamiento médico. Enfisema pulmonar con ligera alteración ventilatoria obstructiva. FEVI 60%. Evisceración ojo derecho"**.

**Tercero.-** Frente a dicha resolución se interpuso reclamación previa el 19-12-2013. Dicha reclamación fue desestimada por resolución de 6-02-2014 que confirmó la resolución en cuanto a la denegación de la incapacidad permanente, dejando sin efecto las manifestaciones relativas al descubierto de cuotas.

**Cuarto.-** La base reguladora de la prestación es de 536,68 euros y sus efectos 13-11-2013.

**Quinto.-** La parte actora presenta **"Poliomieltis desde la infancia con atrofia de la extremidad inferior derecha, movilidad disminuida de la pelvis, rodilla y pie. Deambulacion con cojera que precisa utilizar muleta. Lumbalgia crónica, con clínica de dolor lumbar e irradiación ocasional y flexoextensión limitada. Claudicación intermitente en extremidades inferiores. Ausencia de pulsos femoral y distal derecho por ateromatosis severa infra aórtica con disminución de la medida de las dos arterias ilíacas con estenosis del 60%. Ateromatosis de aorta abdominal infrarrenal con disminución progresiva de su medida. . Enfisema pulmonar paraseptal con bullas apicales de predominio derecho (FEVI 69%). Evisceración de ojo derecho en 2013. Agudeza visual ojo izquierdo 0,8-1 con visión correcta en ojo izquierdo"**. "

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, Institut Nacional de la Seguretat Social (INSS), que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, Hipolito , 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 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y articula en un único motivo, dedicado a la revisión del derecho aplicado por la Juzgadora "a quo", efectuando denuncia, por incorrecta aplicación, del artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social , que considera infringido por cuanto el hecho probado quinto indica la existencia de un "síndrome postpoliomieltis" que no está acreditado en el mencionado hecho probado, no acreditándose lesiones incapacitantes en la actualidad. El recurso ha sido impugnado de contrario.

Para el correcto análisis del caso enjuiciado, debe partirse del concepto de incapacidad permanente de nuestro sistema de seguridad social, 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 reconocido por la resolución judicial impugnada.

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 prestándolo 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 [ RJ 1988, 7101], 21 de octubre [RJ 1988, 8130 ] y 7 de noviembre de 1988 [ RJ 1988, 8546], 9 y 17 de marzo [ RJ 1989, 1876], 13 de junio y 27 de julio de 1989 [RJ 1989, 5928], y 23 [RJ 1990, 1219] y 27 de febrero [RJ 1990, 1243] 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 (RJ 1989, 1816 ) y 17 de marzo , 13 de junio (RJ 1989, 4575 ) y 27 de julio de 1989 , y 23 y 27 de febrero y 14 y 15 de junio de 1990 (RJ 1990, 5471), y de 18 (RJ 1991, 61) y 29 de enero de 1991 (RJ 1991, 191), 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.

**TERCERO.-** Pues bien, en el presente caso, aun cuando consta inalterado el relato fáctico, la sentencia debe revocarse pues la patología que consta descrita en el hecho probado quinto de la resolución judicial permiten entender subsiste una capacidad de trabajo valorable, ya que no consta haberse agravado el síndrome poliomiélico padecido por el actor que afecta a la extremidad inferior derecha, la claudicación es intermitente, -puede efectuar menos recorrido y descansar-, y la visión es monocular por lo que, en todo caso, no puede realizar tareas que precisen de una visión binocular óptima, estando limitado por la ateromatesis para la realización de grandes esfuerzos físicos.

En consecuencia, el conjunto de tales dolencias, si bien pueden incapacitar a la demandante para el desarrollo de su actividad profesional de peón de la construcción, no le incapacitan para todo tipo de trabajos por lo que el grado de incapacidad del que se halla afecto es el de total para su profesión habitual y no el de absoluta que establece la sentencia de instancia, 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 al actor afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad común con las consecuencias legales que se dirán en el fallo de esta resolución y sin perjuicio de una futura revisión del grado que ahora se reconoce por mejoría o agravamiento.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

## FALLAMOS

Estimamos en parte el Recurso de Suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 19 de los de Barcelona, el día 3 de Febrero de 2015, en el procedimiento nº 311/14 y, en consecuencia, revocamos dicha resolución y, con estimación en parte de la demanda interpuesta por Hipolito le declaramos en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una prestación en cuantía del 75% de la base reguladora de 536,68 euros mensuales, con efectos de esta resolución, condenando a su pago al Instituto Nacional de la Seguridad Social con las mejoras y revalorizaciones legalmente procedentes. Sin costas.

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.



Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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.