

Id Cendoj: 38038340012005100018
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 856/2004
Nº de Resolución: 30/2005
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: MARIA DEL CARMEN SANCHEZ-PARODI PASCUA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 18 de enero de 2005.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. Jose Mª Del Campo Y Cullen (Presidente), D./Dña. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua (Ponente) y D./Dña. Jose Manuel Celada Alonso , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000856/2004 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000408/2003 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua .

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Ismael , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 16 de junio de 2004 , por el Juzgado de referencia, con carácter estimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:
PRIMERO.- Ismael , nacido el 18 de febrero de 1971, ha prestado servicios como peón de la construcción.
SEGUNDO.- Por resolución de 3 de septiembre de 2002 se le reconoció una incapacidad permanente total revisable por mejoría a partir del 28 de febrero de 2003, y respecto de una base reguladora de 648,65 euros mensuales y en relación al siguiente cuadro residual: síndrome fibromiálgico severo con importante repercusión funcional y mala evolución, gonalgia derecha con exploración dentro de la normalidad, trastorno depresivo reactivo, anisocoria de causa indeterminada, ptosis renal derecha.
TERCERO.- En expediente de revisión el 28 de marzo de 2003 se emite informe médico de síntesis con el siguiente diagnóstico: diagnosticado de **fibromialgia** , cervicalgia, gonalgia, se ha descartado mediante estudios analíticos y radiológicos otros procesos músculo-esqueléticos. Limitaciones orgánicas o funcionales: Las limitaciones que presenta no le impiden el desempeño de sus actividades laborales de forma permanente.
CUARTO.- El EVI propuso el 3 de abril de 2003 la revisión por mejoría y por resolución se procedió a la revisión por mejoría, al no estar afectado de incapacidad permanente en ninguno de sus grados. El actor presentó reclamación previa. El EVI propuso ratificarse en la propuesta anterior. El Inss desestimó la reclamación previa.
QUINTO.- El actor presenta **fibromialgia** crónica y cuadro depresivo, meniscopatía en grado 2, no puede realizar trabajos que supongan esfuerzos de la columna vertebral con cargas y permanecer en la misma postura durante mucho tiempo .

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que estimando la demanda interpuesta por Pedro Jesús contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo dejar sin efecto la resolución por la que se revisó por mejoría la Incapacidad Permanente Total que el actor tenía reconocida .

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Instituto Nacional De La Seguridad Social , siendo impugnado de contrario. Recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 17 de Enero de 2005 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A tenor de lo preceptuado en el *art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral* , recurre la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social por infracción del *art. 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social* y *143 de la indicada ley* .

Del examen de hechos probados se desprende: "Por resolución de 3 de septiembre de 2002 se le reconoció una incapacidad permanente total revisable por mejoría a partir del 28 de febrero de 2003, y respecto de una base reguladora de 648,65 euros mensuales y en relación al siguiente cuadro residual: síndrome fibromiálgico severo con importante repercusión funcional y mala evolución, gonalgia derecha con exploración dentro de la normalidad, trastorno depresivo reactivo, anisocoria de causa indeterminada, ptosis renal derecha. En expediente de revisión el 28 de marzo de 2003 se emite informe médico de síntesis con el siguiente diagnóstico: diagnosticado de **fibromialgia** , cervicalgia, gonalgia, se ha descartado mediante estudios analíticos y radiológicos otros procesos músculo-esqueléticos. Limitaciones orgánicas o funcionales: Las limitaciones que presenta no le impiden el desempeño de sus actividades laborales de forma permanente. El actor presenta **fibromialgia** crónica y cuadro depresivo, meniscopatía en grado 2, no puede realizar trabajos que supongan esfuerzos de la columna vertebral con cargas y permanecer en la misma postura durante mucho tiempo".

SEGUNDO.- Esta Sal tiene establecido que: "la revisión jurisdiccional de las declaraciones administrativas de incapacidad laboral, en sus diversos grados, no pueden seguirse criterios rígidos ni generales, sino que, por el contrario, deben ponderarse y valorarse, en cada caso concreto, las lesiones, taras o secuelas que han quedado consolidadas en el trabajador y ponerlas en relación con las principales tareas y funciones que el citado trabajador realiza con los quehaceres propios de su categoría laboral. Por ello, la abundante casuística de la doctrina de los Tribunales Laborales no tiene mas que un valor orientativo, que ayuda eficazmente a la Sala Sentenciadora".

En sentencia 4/95 (Aranzadi 56/95) ha indicado: "Es preciso traer a colación la doctrina que esta Sala ya mantuvo en la Sentencia de 18 de Noviembre de 1993 : "conviene señalar, que la Jurisprudencia viene destacando -con reiteración- entre otras en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de Junio y 24 de Julio de 1986 , el carácter esencial y determinante de la profesión en la calificación jurídica de la situación residual del afectado; de tal manera, que unas mismas lesiones y secuelas pueden ser constitutivas o no de invalidez permanente en función del presunto incapaz, dado que en concreto y con respecto a los grados de incapacidad permanente parcial y total, los *números 3 y 4 del Art. 135 de la Ley General de la Seguridad Social de 30-5-1974* , los refieren a la profesión habitual, debiendo declararse dichos grados de incapacidad cuando las lesiones o secuelas impidan en el caso de la incapacidad total o menoscabo en el supuesto de la parcial, el desempeño de las tareas propias de la actividad habitual con la profesionalidad, dedicación y constancia que la relación laboral exige.

Es reiterada doctrina jurisprudencial según señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19-10-92 y de otras Salas de lo Social de diversos Tribunales Superiores de Justicia (SS11-3-1991/Asturias, 9-3-1992/La Rioja , concordantes con la establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo SS 2-11-1978, 24-7-1986 y 9-4-1990 , la de que a los efectos de la declaración de una invalidez permanente como total debe partirse de que: a) La valoración de la invalidez permanente ha de realizarse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en cuanto tales limitaciones son las que determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia. b) Han de ponerse en relación las limitaciones funcionales resultantes con los requerimientos de la tareas que constituyen el núcleo de la concreta profesión. c) La aptitud para el desempeño de la actividad laboral "habitual", de un trabajador, implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia, y sin que el desempeño de las mismas genere "riesgos adicionales o superpuestos" a los normales de un oficio o comporte el sometimiento a una "continua situación de sufrimiento" en el trabajo cotidiano. d) no es obstáculo a la declaración de tal grado de incapacidad el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, mas livianas o sedentarias, o incluso pueda desempeñar tareas "menos importantes o secundarias de su propia profesión habitual o cometidos "secundarios o complementarios" de ésta, siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad y que conserve una aptitud residual que "tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concretar relación de trabajo futuro, y que e) debe entenderse por profesión habitual no un determinado puesto de trabajo, "sino

aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional".

El recurso de suplicación no puede tener éxito, toda vez que el convencimiento de la Magistrada no ha sido desvirtuado a través del escrito.

Queda constancia a través de las pruebas médicas y del informe del Médico Forense, que la mejoría no se ha producido debido a que los padecimientos le siguen afectando para el desarrollo de su profesión, debido a los movimientos continuos y al cuadro doloroso que presenta y que le afectan, sin duda alguna, a la columna vertebral.

Todo ello nos lleva a desestimar el recurso de suplicación y confirmar la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación, interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 16 de junio de 2004 , en virtud de demanda interpuesta por Ismael contra el Organismo aquí recurrente en reclamación de DERECHOS y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer sólo Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral* , advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que el depósito de los 300,51 euros (50.000 ptas.) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella y en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficiana 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004 de Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 28002 de Sta. Cruz de Tenerife, haciendo constar el código nº 66 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número y año del rollo de suplicación, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Remítase testimonio a la Fiscalía de la Audiencia Provincial y librese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, que es firme, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior Sentencia, por el lltmo/a. Sr/a Magistrado/a Ponente, que la suscribe en el Sala de Audiencia de este Tribunal. Se envía testimonio a la Audiencia Provincial, en unión del correspondiente oficio de remisión. Doy fé.