

Id Cendoj: 38038340012005100117
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 632/2004
Nº de Resolución: 129/2005
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JOSE MARIA DEL CAMPO CULLEN
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 24 de febrero 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 (Ponente) (Presidente), D./Dña.Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua y D./Dña.Jose Manuel Celada Alonso , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000632/2004 , interpuesto por Andrea , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000375/2003 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Jose Mª Del Campo Y Cullen .

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Andrea , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y Tesorería General De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 18/2/2004 , por el Juzgado de referencia, con carácter desestimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:
PRIMERO.- La demandante D.ª Andrea , de 55 años de edad (nacida el día 10-01- 1948), está afiliada al Régimen General de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social con el número NUM000 , es residente en Tacoronte (Santa Cruz de Tenerife) y su profesión habitual es la de cocinera por cuenta propia en restaurante del que es dueña. Según manifiesta la parte actora se trata de un bar en el que no tiene empleados.SEGUNDO.- La base reguladora mensual de incapacidad permanente derivada de la contingencia de enfermedad común es de 603'08 euros.TERCERO.- Como consecuencia de enfermedad común, la demandante fue examinada por el EVI el 20-03-03 de las siguientes dolencias:"Antecedentes de intervención de Hernia de Hiato y eventración abdominal. Síndrome fibromiálgico. Osteoporosis. Nódulos de Heberden en ambos índices. Rizartrosis. Intervenido de síndrome varicoso en extremidad inferior dcha. Clase I-II. Paciente con limitación para actividad física importante. No se objetiva déficit que le impida el desarrollo de su actividad laboral habitual."CUARTO.- 1. Según el Informe emitido por la Dra. María Rosario (Médico Adjunto) del Servicio de Reumatología del Hospital Universitario de Canarias de 07- 03-03, D.ª Andrea , con antecedentes de I.V.C. de MMII y trastorno ansioso- depresivo en control por la Unidad de Salud Mental, presenta un cuadro consistente en dolor musculoesquelético difuso de predominio raquídeo que empeora con la sobrecarga mecánica, rigidez de predominio matutina, y sensación subjetiva de hinchazón difusa sobre todo matutina. El cuadro musculoesquelético se acompaña de sueño no reparador, cansancio persistente, que se acentúa con la actividad física, cefalea tensional, dificultad para concentrarse y parestias de manos.En la exploración destaca la presencia de múltiples puntos gatillo (los 9 pares de puntos dolorosos, a la presión manual con el pulgar, que se deben valorar de forma rutinaria según los criterios diagnósticos de la **Fibromialgia** de 1990 son positivos en la paciente). Hipersensibilidad cutánea (hipersensibilidad del rodete de piel). Dolor a la movilización cervical, con contractura de musculatura

paravertebral cervical. Nódulos de Heberden 2º dedo bilateral y dolor a la presión trapecio metacarpiana izquierda. Las pruebas de objetivación de debilidad muscular son negativas. El examen neurológico es también normal. No se objetivan signos inflamatorios articulares. La paciente ha sido valorada en los últimos años por

traumatología y rehabilitación, aportando pruebas complementarias realizadas: -RX cervical y dorsolumbar: signos degenerativos leves.-TAC cervical: signos degenerativos lumbares leves. Se encuentra pendiente de la realización de una Densitometría ósea. Su juicio diagnóstico es de síndrome fibromiálgico (alteración crónica de la modulación del dolor); artrosis de manos; espondiloartrosis leve (folio 87). En el tratamiento recomendado se prescribe analgésicos menores de forma habitual para el control del dolor (paracetamol, metamizol). AINES, codeína o tramadol durante periodos cortos en las épocas de mayor dolor, si fuera necesario. QUINTO.- Según informe de fecha 10-05-03 emitido por el perito médico propuesto por la parte demandante, Dr. Everardo, D.ª Andrea padece una **fibromialgia** persistente, de muy difícil y decepcionante tratamiento que se complica con la existencia de una osteoartritis (OA) con manifestaciones de espondiloartrosis, rizartrosis y gonartrosis. La OA es un proceso crónico, progresivo e irreversible que no tiene tratamiento curativo sino solo paliativo y sintomático. Sus procesos reumatológicos le produce una imposibilidad para el desarrollo de una actividad que le exija sedestación o bipedestación, especialmente por cuevas, escaleras o terrenos irregulares o inclinados, así como esfuerzos con los brazos o columna vertebral, tal como le exigía su actividad laboral de cocinera. SEXTO.- La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó a la actora el reconocimiento de una incapacidad permanente por no ser sus dolencias constitutivas de incapacidad permanente en ninguno de sus grados en resolución de 04-02-03. Planteada reclamación previa fue desestimada en resolución de 28-03-03. La demandante pide que se le reconozca una incapacidad permanente absoluta o subsidiariamente una incapacidad permanente total para su profesión habitual.

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de SANTA CRUZ DE TENERIFE, se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que desestimando la demanda sobre reconocimiento de derecho interpuesta por D.ª Andrea contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a las Entidades Gestoras demandadas de las pretensiones de la parte demandante. CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Andrea, no 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 10 de Febrero de 2005.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- La Sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por la actora por la que solicitaba se declare en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, frente a la cual el recurso interpuesto por su representación, en un único motivo, alude al apartado b y c) del Art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, no obstante indicar vulnerado exclusivamente los arts. 137.4 y 5 de la IGSS motivo que ha de ser estimado, pues es un hecho conforme que la actora agotó el período máximo de incapacidad temporal y examinada por la EVI se consideró que las lesiones que le afectan no le impedian el desarrollo de su actividad laboral teniendo como base exclusiva el informe a que se alude en el hecho probado cuarto, no obstante recoger en el ordinal quinto de los probado informe del Perito Médico propuesto por la demandante en la que se indica que padece una **fibromialgia** persistente de muy difícil y decepcionante tratamiento que se complica con la existe de una osteoartrosis con manifestación de espondiloartrosis rizoartrosis y gonartrosis; No obstante ello, se limita a referirse exclusivamente al informe reumatológico Silvia para entender que el cuadro que presenta es compatible con la actividad desempeñada de cocinera por cuenta propia, sin tener en cuenta aspecto tan esencial como es el agotamiento de incapacidad temporal referido al dictamen médico que recoge en los hechos declarado probados, omitiendo en la fundamentación jurídica de la Sentencia, pronunciarse sobre el mismo; de aquí que procede entender el motivo del recurso dado el alcance de las propias lesiones y repercusión funcional indirectamente asumido por el propio Organismo Demandado al haber estado en situación de incapacidad temporal hasta el propio examen por parte de la EVI por lo que procede estimar el motivo revocar la Sentencia de instancia y reconocer el derecho de la actora a la Incapacidad Permanente Total solicitada.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación, interpuesto por Andrea contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 18 de febrero de 2004, en virtud de demanda interpuesta por Andrea contra Instituto Nacional De La Seguridad Social y Tesorería General De La Seguridad Social en reclamación de DERECHOS y en consecuencia debemos revocar y revocamos la Sentencia de instancia estimando la demanda interpuesta y reconociendo a la actora en situación de

Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, debiendo el Organismo demandado estar y pasar por esta declaración .

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 3 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 líbrese 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 Ilmo/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.