

Id Cendoj: 38038340012005100390
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 1127/2004
Nº de Resolución: 544/2005
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: ANTONIO DORESTE ARMAS
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 28 de Junio 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. Antonio Doreste Armas (Ponente) (Presidente), D./Dña. Jose Mª Del Campo Y Cullen y D./Dña. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001127/2004 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000089/2004 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Antonio Doreste Armas .

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Flor , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 28-09-04 , por el Juzgado de referencia , con carácter estimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:
PRIMERO.- La demandante, Dña. Flor , nacida el 10 de septiembre de 1951, con número de afiliación a la Seguridad Social NUM000 , está incluida en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, siendo su profesión habitual la de Esteticista-Masajista.

SEGUNDO.-1. Iniciado por el Organismo demandado expediente de declaración de incapacidad permanente, tras haber permanecido la actora en situación de IT por contingencias comunes desde el 4 de marzo de 2002 hasta el 3 de septiembre de 2003, recayó en el mismo resolución de fecha 17 de octubre de 2003 por la que se calificaba a la actora incapacitada permanente en grado de total con efectos desde el 16 de octubre de 2003, con una base reguladora de 545,79 euros.

2. La referida resolución se emitió con fundamento en la propuesta emitida por el E.V.I., que emitió dictamen propuesta de fecha 2 de octubre de 2003, en el que se establecía, como cuadro clínico residual, el siguiente: "Asma bronquial persistente con FEV1 del 45% en espirometría de enero de 2003 (patrón obstructivo moderado). Discopatía crónica C6-C7 sin signos clínicos de compresión radicular. Trastorno mixto ansioso-depresivo. **Fibromialgia** "; y consignándose, como limitaciones orgánicas y funcionales, las siguientes: "Limitación para actividades de sobrecarga física y permanencia en ambientes contaminados". En la referida propuesta se indicaba que la calificación podría ser revisada por agravación o mejoría a partir del 2 de octubre de 2005.

TERCERO.- Formulada en fecha 28 de noviembre de 2003 reclamación previa por la parte actora, que solicita se le reconozca estar afecta a una incapacidad permanente absoluta, la misma fue desestimada

por resolución en la que se establecieron los siguientes Hechos: "Sometido nuevamente al Equipo de Valoración de Incapacidades, éste se ratifica en su propuesta anterior, en el sentido de que las dolencias que padece le inhabilitan para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, pero no de manera absoluta para todo trabajo".

CUARTO.-La demandante padece las siguientes dolencias:

- a) **Fibromialgia** .
- b)Asma bronquial persistente moderado (FEV 45%).
- c)Cervicoartrosis con discopatía C6-C7.
- d)Osteopenia; hernia hiatal.
- e)Síndrome de túnel carpiano bilateral (intervenido derecho).
- f) Trastorno ansioso-depresivo.

2. Las referidas dolencias, y singularmente la **fibromialgia** , que desde el año 2000 ha empeorado y presenta un carácter persistente y progresivo, determinan que la demandante sufra un cuadro algico generalizado, presentando contracturas en toda la musculatura vertebral, dolor a la palpación en todas las masas musculares y dolor selectivo a la presión en todas las inserciones músculo- tendinosas.

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que, estimando la demanda de reconocimiento de derecho interpuesta por Dña. Flor , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, DEBO DECLARAR Y DECLARO el derecho de la actora a estar afecta a una incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo, y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la parte demandada a estar y pasar por la referida declaración.

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 FECHA CITA .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Frente a la sentencia de instancia, que declaró a la actora en situación de Incapacidad Permanente en grado de Absoluta para toda profesión u oficio, se alza en suplicación la representación procesal del INSS, articulando un único motivo, de censura jurídica, cimentado procesalmente en el *apartado c) del art. 191 de la L.P.L .*, motivo que, pese a ser único y escueto, se basta para ser acogido por esta Sala, toda vez que la revisión de hechos probados prevista en el apartado b) del citado precepto tiene sólo un carácter instrumental o accesorio y la verdadera finalidad del recurso es la revisión del Derecho aplicado en la Sentencia recurrida (STS de 6 de marzo de 2001 , A. 2834).

La infracción denunciada, según la Entidad Gestora recurrente, se produce en relación con los *arts. 136.1 y 137.5 LGSS* precepto éste que configura la Incapacidad Permanente Absoluta como aquella situación que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

El examen del motivo de crítica jurídica requiere volver la vista al intacto -por inatacado- relato fáctico de la Sentencia recurrida, cuyo ordinal cuarto describe las dolencias que padece la actora y las secuelas o limitaciones orgánico-funcionales que éstas le producen respecto a su capacidad laboral, secuelas que -con la redacción normativa actual de "reducciones anatómicas o funcionales"- son lo realmente relevante a los efectos de la decisión administrativa y da la revisión judicial sobre el grado de incapacidad permanente, ex *art. 136 LGSS* .

Las dolencias que padece la actora son: **fibromialgia** , asma bronquial moderada (FEV del 45%), cervicoartrosis, síndrome del túnel carpiano y trastorno ansioso depresivo. Tales afecciones le producen, según describe la Sentencia, cuadro algico generalizado, contracturas en toda la musculatura cervical, dolor a la palpación en todas las masas musculares y dolor selectivo a la presión en todas las inserciones músculo tendinosas.

Realmente, la sentencia sólo declara las secuelas propias de la **fibromialgia** y de la cervicoatrosia, omitiendo las del asma y la del síndrome del túnel carpiano, pero aunque incorporara las conocidas limitaciones que éstas dos últimas producen (muy comunes y no invalidantes, salvo que sean singularmente graves) la situación de la actora dista mucho de ser tributaria del grado de Absoluta en la Invalidez Permanente, siendo suficiente (e incluso discutible, dado su carácter de trabajadora autónoma) la declaración de Invalidez Permanente Total para su profesión habitual de esteticien masajista que ya ha obtenido.

El grado de Absoluta en la Invalidez Permanente debe reservarse sólo para aquéllos casos en los que, conforme con su configuración legal, el trabajador carece de aptitud para prestar servicios en cualquier actividad retributiva, con un mínimo de eficacia y rendimiento, por lo que deben excluirse de esta calificación a aquellos trabajadores que presenten secuelas, limitaciones orgánico- funcionales o reducciones anatómicas y funcionales que permitan la realización de trabajos sedentarios y livianos existentes en el amplísimo abanico de las prestaciones laborales, tales como los de vigilancia estática, que no precisa especial concentración mental ni esfuerzo físico.

Al efecto, debe recordarse que -al margen incluso de la su difícil objetivación- un cuadro algico, aún generalizado, no tiene entidad suficiente para declarar por sí mismo una Invalidez Permanente, salvo cuando los dolores son de especial intensidad y persistencia que conducen a un sufrimiento rebelde a analgésicos. En esta línea puede citarse las SSTs de 25 y 29 de junio de 1981 y la del TSJ Canarias/Las Palmas de 15 de Noviembre de 1994 o de 26 de octubre de 1995.

En palabras de esta última, la situación de invalidez permanente absoluta la define la LGSS como aquélla que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión y oficio, expresión legal que, aunque debe ser objeto en cada caso de una interpretación racional y consecuente con su propia finalidad, siempre comporta la concreción de un estado claramente incompatible con la realización de trabajos tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, de suerte que la invalidez permanente absoluta única y exclusivamente comprende las afecciones o las limitaciones anatómicas - orgánicas-funcionales que tengan la entidad, la intensidad y la gravedad necesaria para impedir la dedicación a toda ocupación retribuida, sin que quepa ampliar este grado de invalidez absoluta para abarcar en él a los que por su capacidad residual son aptos para ciertos trabajos, cuales son los sencillos, sedentarios o similares, o aquéllos que requieran un esfuerzo físico pequeño o liviano, o una responsabilidad mínima o una atención atenuada.

Así pues, para ser incluido en la situación de incapacidad permanente absoluta es preciso que el trabajador carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, o si le quedan algunas aptitudes, que éstas no tengan significado suficiente para desempeñar con la debida eficacia las tareas inherentes a una cualquiera de las variadas ocupaciones que se ofrecen en el mundo laboral.

Procede en consecuencia, estimar el motivo y, con él, el recurso, procediendo la revocación de la sentencia de instancia y la consiguiente desestimación de la demanda no absolucón de la Entidad Gestora de los pedimentos deducidos contra ella.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación, interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 28-09-04 , en virtud de demanda interpuesta por Flor contra Instituto Nacional De La Seguridad Social en reclamación de DERECHOS y en consecuencia la revocación de la sentencia de instancia y la consiguiente desestimación de la demanda no absolucón de la Entidad Gestora de los pedimentos deducidos contra ella. .

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 5 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, Oficiaria 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 fe.