

Id Cendoj: 38038340012007100369
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 234/2007
Nº de Resolución: 375/2007
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: MARIA DEL CARMEN SANCHEZ-PARODI PASCUA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 30 de abril de 2007.

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. M^a Carmen Sanchez Parodi Pascua (Ponente) (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas y D./Dña. Jose Manuel Celada Alonso , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000234/2007 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0001067/2005 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. M^a Carmen Sanchez Parodi Pascua .

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Ana , 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 12 de febrero de 2007 , por el Juzgado de referencia, con carácter estimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:
PRIMERO.- Ana nació el 25 de junio de 1956, con profesión habitual la de dependiente camarera, afiliada al régimen general con el nº NUM000 . La actora estuvo en situación de IT desde el 28 de febrero de 2004 hasta el 23 de marzo de 2005 que causó alta por agotamiento del plazo (folio 45). SEGUNDO: La base reguladora es de 479'98 € (folio 64). La base reguladora para la incapacidad permanente parcial es de 611 € (folio 64). TERCERO: En expediente de incapacidad, el 1 de julio de 2005 se emite informe médico de síntesis (folios 34 a 40) con el siguiente juicio diagnóstico: Antecedente intervención de ovarios con histerectomía (1998); cervicoartrosis con espondilosis de C3 a C7 y protusión C3-C4 y C6-C7; leve moderada radiculopatía crónica C5-C8; osteoporosis; **fibromialgia** (1998); trastorno ansioso depresivo reactivo no severo; tendinopatía crónica suproespinal derecha, movilidad miembro superior derecho mayor del 50%. Evolución a determinar. En dicho informe se indica que no se objetiva déficit funcional que le impida realizar de forma permanente su actividad laboral. En el aparato locomotor se aprecia la siguiente situación: múltiples quejas; movilidad hombros dentro de la normalidad (exploración indirecta al recogerse el pelo con una coleta); dolor a la presión intensa en musculatura paravertebral dorsal y cervical; contractura muscular trapecios; movilidad muñecas y codos normal; movilidad cervical dentro de la normalidad. CUARTO: El equipo de valoración de incapacidades propuso el 5 de julio de 2005 la no calificación del trabajador referido como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas ni funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral (folio 33). Por resolución de 5 de julio de 2005 la Dirección Provincial del INSS desestima la pretensión del actor por entender que las lesiones que padece no alcanzaban un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente (folio 33). QUINTO: La actora presenta el siguiente cuadro clínico (folios 41, 42, 43,

49, 74, 75, 78 y 86):

- a) **Fibromialgia** .
- b) cervicoartrosis con espondilosis de C3 a C7 y protusión C3-C4 y C6-C7; leve moderada.
- c) radiculopatía crónica C5-C8.
- d) Osteoporosis.
- e) trastorno ansioso depresivo de varios años de duración.
- f) tendinopatía crónica suproespinal derecha.

La actora tiene contraindicado cargar o levantar pesos, realizar actividades físicas que supongan uso excesivo del miembro superior derecho. Cuadro de dolor corporal generalizado con mal descanso nocturno que se siguió en el servicio de Psiquiatría desde noviembre de 2004. El trastorno ansioso depresivo es crónico, con mala respuesta al tratamiento farmacológico; mala respuesta evolutiva clínica del síndrome fibromiálgico. Ha acudido a la unidad del dolor .

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por D^a Ana contra el INSS y TGSS, y en consecuencia se le debe reconocer el derecho a percibir la prestación por incapacidad permanente total para su profesión habitual .

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 26 de Abril de 2007 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En vía de censura jurídica y al amparo 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. 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social* .

Del examen de hechos probados se desprende: " Ana nació el 25 de junio de 1956, con profesión habitual la de dependiente camarera, afiliada al régimen general con el nº NUM000 . La actora estuvo en situación de IT desde el 28 de febrero de 2004 hasta el 23 de marzo de 2005 que causó alta por agotamiento del plazo. La base reguladora es de 479'98 €. La base reguladora para la incapacidad permanente parcial es de 611 €. En expediente de incapacidad, el 1 de julio de 2005 se emite informe medico de síntesis con el siguiente juicio diagnóstico: Antecedente intervención de ovarios con histerectomía (1998); cervicoartrosis con espondilosis de C3 a C7 y protusión C3-C4 y C6-C7; leve moderada radiculopatía crónica C5-C8; osteoporosis; **fibromialgia** (1998); trastorno ansioso depresivo reactivo no severo; tendinopatía crónica suproespinal derecha, movilidad miembro superior derecho mayor del 50%. Evolución a determinar. En dicho informe se indica que no se objetiva déficit funcional que le impida realizar de forma permanente su actividad laboral. En el aparato locomotor se aprecia la siguiente situación: múltiples quejas; movilidad hombros dentro de la normalidad (exploración indirecta al recogerse el pelo con una coleta); dolor a la presión intensa en musculatura paravertebral dorsal y cervical; contractura muscular trapecios; movilidad muñecas y codos normal; movilidad cervical dentro de la normalidad. El equipo de valoración de incapacidades propuso el 5 de julio de 2005 la no calificación del trabajador referido como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas ni funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral. Por resolución de 5 de julio de 2005 la Dirección Provincial del INSS desestima la pretensión del actor por entender que las lesiones que padece no alcanzaban un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente. La actora presenta el siguiente cuadro clínico:

- a) **Fibromialgia** .
- b) cervicoartrosis con espondilosis de C3 a C7 y protusión C3-C4 y C6-C7; leve moderada.
- c) radiculopatía crónica C5-C8.
- d) Osteoporosis.

e) trastorno ansioso depresivo de varios años de duración.

f) tendinopatía crónica suproespinal derecha.

La actora tiene contraindicado cargar o levantar pesos, realizar actividades físicas que supongan uso excesivo del miembro superior derecho. Cuadro de dolor corporal generalizado con mal descanso nocturno que se siguió en el servicio de Psiquiatría desde noviembre de 2004. El trastorno ansioso depresivo es crónico, con mala respuesta al tratamiento farmacológico; mala respuesta evolutiva clínica del síndrome fibromiálgico. Ha acudido a la unidad del dolor."

SEGUNDO.- Esta Sala tiene dicho 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 livianos 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 ha de tener favorable acogida. En el presente caso las lesiones son de carácter generalizado, tal y como puede demostrarse del propio hecho probado quinto.

Este tribunal ha mantenido en varias resoluciones: "... como bien se advierte por pacífica doctrina (STS 13-6-90), siguiendo el mandato legal de los *arts. 136 y 137 LGSS* , las enfermedades, por graves que puedan ser, no son causa de incapacidad, sino las secuelas que ellas producen, de forma que un proceso canceroso malignizado, por grave que parezca, no es incapacitante si, por estar en un estadio inicial, el enfermo no tiene limitaciones orgánico-funcionales o las tiene en grado tal que no disminuye su rendimiento laboral en más del 33% y, a la inversa, cualquier dolencia que pueda parecer nimia puede ser incapacitante si afecta en mayor medida.

Tales consideraciones las realiza esta Sala en relación con la particular enfermedad que padece la actora, cuyos síntomas son difusos y propensos a la subjetivización, generalmente concurrentes con procesos depresivos, y que, por tanto, viene siendo considerada con recelo a efectos invalidantes, apreciación que la Sala comparte."

En definitiva, los padecimientos que refiere la demandante relativos a una **fibromialgia** por tener puntos de gatillo situados en 10- 12, no son suficientes para alcanzar la invalidez que interesa por cuanto no hay unas secuelas significativas que le impidan realizar sus tareas. Normalmente esta enfermedad va unida a la distimia que presenta la actora, que tampoco "per se" y unida a la anterior, puede alcanzar la incapacidad que insta.

En conjunto estas lesiones unidas a las otras de cervicoartrosis, que no es de carácter grave y la radiculopatía de leve a moderada, hacen en conjunto que no pueden considerarse como constitutivas de la invalidez total para su profesión, lo cual puede seguir desempeñando con una eficacia y rendimiento normales, a excepción de aquellos momentos puntuales de exacerbación de los síntomas atendibles con una incapacidad temporal.

Es por ello que el recurso de suplicación debe ser estimado, revocándose la sentencia de instancia, sin perjuicio de que si la parte se viera agravada en sus padecimientos pueda volver a solicitar la incapacidad que insta y que ahora, en esta resolución por los motivos antedichos, debe ser desestimada.

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 12 de febrero de 2007 , en virtud de demanda interpuesta por Ana 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, desestimando la demanda formulada y absolviendo a las Entidades demandadas de las pretensiones deducidas en su contra .

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, Oficina 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.