

Id Cendoj: 38038340012007100591
 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
 Sede: Santa Cruz de Tenerife
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 422/2007
 Nº de Resolución: 596/2007
 Procedimiento: Recurso de suplicación
 Ponente: JOSE MANUEL CELADA ALONSO
 Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 25 de julio 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 (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas y D./Dña. Jose Manuel Celada Alonso (Ponente) , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000422/2007 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000208/2006 en reclamación de DERECHOS-CANTIDAD , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Jose Manuel Celada Alonso . Por sustitución del Ilmo.Sr. Don Jose María del Campo y Cullen.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por María Milagros , en reclamación de DERECHOS-CANTIDAD siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y Tesorería General De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 18/04/2007 , por el Juzgado de referencia, con carácter estimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:
 PRIMERO.- D^a María Milagros , nació el 19 de octubre de 1977, con la categoría profesional de ordenanza, prestando servicios por cuenta y orden del INE, y afiliada al RGSS con el nº NUM000 . Estuvo en situación de IT desde el 10 de marzo de 2004 hasta el 9 de septiembre de 2005 que causó alta por agotamiento del plazo(folio 47) Estuvo en situación de IT con anterioridad del 29/11/01 al 09/07/02; 18/11/02 al 23/12/02; 4/04/03 al 03/04/04, con diagnóstico de **fibromialgia** (folios 116, 117, 118) El 1/12/05 volvió a causar baja por IT(folio 120) SEGUNDO: La base reguladora es de 1.158'48 €(folio 54). TERCERO: El actor solicitó ante la Dirección Provincial del INSS, el reconocimiento de la prestación por incapacidad permanente En expediente de incapacidad, el 3 de noviembre de 2005 se emite informe medico de síntesis(folios 27 a 33) con el siguiente juicio diagnostico: Cuadro de dolor crónico generalizado que reúne criterios de **fibromialgia** ; actualmente no presenta limitación funcional en el balance articular del esqueleto axial ni periférico, no deformidad, atrofas musculares; síndrome ansioso depresivo. En dicho informe se indica que no se evidencia menoscabo permanente; limitación para requerimientos físicos de grandes esfuerzos. El EVI propuso el 10 de noviembre de 2005 la no calificación del trabajador referido como incapacitado permanente en grado total(folio 26). Por resolución de 10 de noviembre de 2005 la Dirección Provincial del INSS deniega a la demandante la prestación interesada (folio 25) CUARTO: La demandante presenta una funcionalidad muy limitada con dolor crónico generalizado y una mejoría prácticamente nula desde el punto de vista psicopatológico (folios 56 y 57). La actora está siendo tratada en la unidad del servicio mental: teniendo un episodio depresivo mayor; no evoluciona, continúa con ánimo bajo, trastorno del sueño(folios 35, 36, 40, 121 a 123, 126) La actora presenta un cuadro de **fibromialgia** con múltiples de las manifestaciones extrarticulares que se describen en ese cuadro. Anímica y funcionalmente está muy

limitada. La respuesta al tratamiento ha sido pobre. En cuanto al diagnóstico desde el punto de vista del dolor en principio es malo y desde el punto de vista funcional tampoco es optimista. Tiene lesiones en miembros y espalda ocasionadas por rascado. En la exploración del caquis hay resistencia a la movilización cervical, con limitación de la flexoextensión y discreta limitación de la flexión lumbar; en la

exploración neurológica destaca una hiporeflexia generalizada(folios 37 y 38, 41) Desde el año 1997 está siendo tratada de sus patologías acudiendo al servicio médico en numerosas ocasiones(folios 37,39, 40, 42, 43, 44, 45, 127128, 129, 130, 131, 144, 145, 147, 151) Desde hace varios años se encuentra en tratamiento por el intenso dolor, habiendo sido tratado por la Unidad del Dolor (folios 39, 125, 146, 152 El 12 de diciembre de 2005 se efectúa informe por la médico Pedro Enrique en el que se señala que presenta una funcionalidad muy limitada con dolor crónico generalizado, muy incapacitante para su vida diaria y que se trata con diversos tipos de analgésicos sin lograr resultados, desde el punto de vista psicopatológico, el cuadro depresivo presenta una evolución nula a pesar de recibir tratamiento farmacológico y psicológico(folio 142). La actora no puede realizar las tareas y actividades domésticas cotidianas(folios 143, 149) La actora está siguiendo el siguiente plan terapéutico(folio 34): efferalgan 1g, noctamid 2 mg; transtec 40 mg; omeprazol normon 20 mg; tranxilium 10 mg; tryptizol 25 mg; tryptizol 75 mg; vandral 75 mg. La fibromialgia, síndrome depresivo y lumbociatalgia derecha le producen dolores intensos generalizados, imposibilidad de cargar pesos, realizar ejercicio físico de escasa intensidad, permanecer un tiempo medio en bipedestación o en sedestación, limitaciones de movilidad de columna vertebral, con necesidad de caminar con ayuda de muletas, rigidez matutina, síntomas depresivos y ansiosos con falta de concentración y de memoria. Limitación importante en las manos, limitación para realizar las actividades básicas diarias(folios 153 a 162) QUINTO: Se ha agotado la vía previa .

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que ESTIMANDO COMO ESTIMO la demanda interpuesta por D^a María Milagros contra el INSS y la TGSS, debo reconocerle el derecho a percibir la prestación por incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo, con las mejoras y revalorizaciones que pudieran corresponderle.

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 19 de Julio de 2007 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la Sentencia de instancia, que estimó la pretensión deducida en la demanda declarando a la actora en situación de incapacidad permanente absoluta recurre la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS, formulando al amparo de la *letra c) del Art. 191 e la LPL* un único motivo de recurso en el que acusa a la Sentencia recurrida de vulnerar el *art. 137.4 en relación con el nº 5* del mismo precepto de la LGSS así como la *Disposición Adicional 39ª de la Ley 50/1998* que define la incapacidad permanente total, porque a su criterio, si bien los informes médicos presentados de contrario, y el informe médico de síntesis del EVI coinciden a la hora de determinar el diagnóstico de la actora la discrepancia surge al analizar las secuelas que las dolencias poliartalgias, fibromialgias y la depresión reactiva producen en el desarrollo de su profesión habitual de ordenanza.

Partiendo del inmodificado por inatacado relato fáctico de la Sentencia de instancia, en el que se recoge, que "la actora no puede realizar las tareas y actividades domésticas cotidianas La actora está siguiendo el siguiente plan terapéutico: efferalgan 1g, noctamid 2 mg; transtec 40 mg; omeprazol normon 20 mg; tranxilium 10 mg; tryptizol 25 mg; tryptizol 75 mg; vandral 75 mg. La fibromialgia, síndrome depresivo y lumbociatalgia derecha le producen dolores intensos generalizados, imposibilidad de cargar pesos, realizar ejercicio físico de escasa intensidad, permanecer un tiempo medio en bipedestación o en sedestación, limitaciones de movilidad de columna vertebral, con necesidad de caminar con ayuda de muletas, rigidez matutina, síntomas depresivos y ansiosos con falta de concentración y de memoria. Limitación importante en las manos, limitación para realizar las actividades básicas diarias", el motivo debe decaer porque como viene diciendo la Sala (Sentencia 15-6-2005) en un caso similar al ahora enjuiciado no puede verse aisladamente los padecimientos y lógicamente el conjunto de todos ellos constituyen la invalidez que se le ha concedido, toda vez que si bien la **fibromialgia** no es generalizada, la tiene en determinadas zonas, unido al dolor constante que aunque no es objetivable, sí que ha tenido que acudir a tratamientos epidurales. Así pues, todo ello unido a sus lesiones óseas y la rotura de cadera, uso de andador y la ayuda de terceros para vestirse, la hacen acreedora de la prestación que se le ha reconocido y con la que esta sala está conforme". Pues bien aplicando el anterior criterio hay que llegar a la conclusión que la **fibromialgia** que en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia se califica de severa, unida con las demás dolencias que presenta la trabajadora, la incapacitan de modo absoluto para cualquier profesión u

oficio con la eficacia exigible por la doctrina ya que la prestación de servicios solo puede consumarse mediante la asistencia diaria al lugar de trabajo, la permanencia en el mismo durante la jornada laboral y un mínimo de profesionalidad y eficacia.

En base a lo razonado procede, previa desestimación del recurso la confirmación de 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 18/04/2007 , en virtud de demanda interpuesta por María Milagros contra Instituto Nacional De La Seguridad Social y Tesorería General De La Seguridad Social en reclamación de DERECHOS-CANTIDAD y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la Sentencia de instancia .

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 1 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.