

Id Cendoj: 38038340012008100084
 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
 Sede: Santa Cruz de Tenerife
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 863/2007
 Nº de Resolución: 89/2008
 Procedimiento: Recurso de suplicación
 Ponente: EDUARDO JESUS RAMOS REAL
 Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 31 de enero de 2008 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. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas y D./Dña. Eduardo Jesús Ramos Real (Ponente) , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000863/2007 , 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 0000168/2007 en reclamación de PRESTACIONES , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Eduardo Jesús Ramos Real .

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por Dª Leticia contra el INSTITUTO NACIONAL de la SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y la TESORERÍA GENERAL de la SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) y que en su día se celebró la vista, dictándose sentencia con fecha 28 de septiembre de 2007 por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 3 de los de Santa Cruz de Tenerife .

SEGUNDO.- En la sentencia de instancia y como hechos probados se declararon los siguientes:

PRIMERO.- La demandante Dª Leticia , de 59 años de edad (nacida el día 14-01-48), está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el nº NUM000 , y su profesión habitual es la de camarera de piso y presta servicios en la empresa SURLAGO SA. SEGUNDO.- La actora causó baja de IT de enfermedad común el día 22-03-05. TERCERO.- Tras agotar el período de baja de IT, el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS valoró el siguiente cuadro clínico residual: "ESPONDILOARTROSIS, ESCOLIOSIS, COXARTROSIS, PROTUSIÓN DISCAL L4-L5 Y DISCOPATÍA L2 A L4 CRÓNICA, NO SUBSIDIARIAS DE INTERVENCIÓN. ACTUALMENTE SIN EXPRESIÓN CLÍNICA SIGNIFICATIVA. TRASTORNO ADAPTATIVO SIN SIGNOS DE AFECTACIÓN MAYOR". CUARTO.- La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en resolución de fecha 31-10-06 denegó al demandante el reconocimiento de una incapacidad permanente por considerar que no alcanzan sus lesiones un grado suficiente de disminución de la capacidad laboral. El actor presentó una reclamación administrativa previa, siendo desestimada en resolución dicta por el INSS de fecha 19-02-07. El demandante solicita se le reconozca una incapacidad permanente total cualificada, ó subsidiariamente una incapacidad permanente parcial, de enfermedad común. QUINTO.- La base reguladora mensual de IPT de enfermedad común es de 990'88 euros. La base reguladora de IPP de enfermedad común es de 1.186,50 euros (base de cotización a febrero 2005). El hecho causante es de fecha 09-08- 06, con el agotamiento. SEXTO.- Según el informe pericial médico del Dr. Alvaro (master en Evaluación del Daño del corporal), perito propuesto por al parte actora concluye que la actora padece artrosis degenerativa importante con un componente de **fibromialgia** y un síndrome adaptativo tipo mixto, que le impide realizar trabajos de

esfuerzo, pues tiene limitada la movilidad de la columna a nivel cervical y torso lumbar, con el añadido de que padece dolores a niveles de ambos hombros, todo lo que implica deterioro importante a su calidad de vida. Por el síndrome adaptativo mixto esta contraindicando hacer pasar a la paciente por aquellas situaciones que le pudieran generar estrés, ya que existe un alto riesgo de generarle, episodios de crisis de ansiedad. En su opinión, D^a Aurora está incapacitada, con carácter permanente, para realizar las funciones de su profesión camarera de pisos, pues las limitaciones que

presenta no puede levantar ni mover pesos, permanecer en bipedestación prolongada, agacharse o ponerse de cuclillas, subir y bajar escaleras. SÉPTIMO.- No consta diagnóstico ni tratamiento de la **fibromialgia** por parte de médico especialista en Reumatología, sino referencias de la propia actora en la anamnesis de varios informes.

TERCERO.- La sentencia de instancia contiene el siguiente fallo:

Que estimando la demanda relativa a reclamación sobre reconocimiento de derecho en materia de Seguridad Social relativa a incapacidad permanente total interpuesta por D^a Leticia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho de la actora a que se le reconozca una incapacidad permanente total cualificada para su profesión habitual, con los efectos económicos inherentes a la presente declaración, incluyendo las revalorizaciones y mejores a que en derecho hubiera lugar, condenando a las partes demandadas a estar y pasar por la presente declaración. Se tiene por apartada y desistida del presente procedimiento a la empresa demandada SURLAGO, SA.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la Entidad Gestora demandada, siendo impugnado de contrario. Remitidos los autos a esta Sala se señaló fecha para la votación y fallo de la resolución el 7 de febrero de 2008 , y que por reajuste en los señalamientos, se adelantó para el 31 de enero de 2008, habiéndose cumplido con las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la pretensión ejercitada por la actora, D^a Leticia , trabajadora que solicitaba ser declarada en situación de invalidez permanente, grado de incapacidad total para su profesión habitual de Camarera de Pisos, derivada de enfermedad común, revocando así la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de fecha 31 de octubre de 2006, que le denegaba la solicitada prestación por no revestir las lesiones y limitaciones funcionales que padece la intensidad suficiente para ser constitutivas de invalidez permanente en ninguno de sus grados. Frente a la misma se alza la Entidad Gestora demandada mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de un único motivo de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia de instancia, sea desestimada íntegramente la demanda que da inicio al presente procedimiento.

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* denuncia el INSS la infracción de los *artículos 136 párrafo 1º y 137 párrafo 4º del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social* , definidores de la invalidez permanente y del grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual. Argumenta en su discurso impugnatorio, en esencia, que las lesiones y limitaciones funcionales que padece la actora no revisten la intensidad suficiente para impedirle la realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual de Camarera de Pisos.

El grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual está configurado en el T.R. de la *Ley General de la Seguridad Social (artículo 137 párrafo 4º, actualmente 137 párrafo 1º letra b)* como el que impide al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. La jurisprudencia ha tenido en cuenta para caso concreto las peculiares circunstancias de mayor o menor dureza de la profesión, así como la exigencia para la dedicación a ésta de la mayor o menor integridad física (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero y 29 de junio de 1989). Es, por ello, esencial y determinante para una adecuada calificación jurídica de la situación residual del afectado la profesión habitual, de manera que unas mismas lesiones y secuelas pueden ser o no constitutivas de invalidez permanente en función de las actividades o tareas que requiera la profesión del presunto incapaz pues no se olvide que el *artículo 137 párrafo 4º del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social* , respecto del grado ahora debatido de incapacidad permanente total lo relaciona con la profesión habitual, debiendo, en consecuencia predicarse que tal grado sólo deberá ser reconocido cuando las secuelas existentes impidan el desempeño de las tareas propias de la actividad laboral con la profesionalidad, dedicación y constancia que la relación laboral exige.

Del inalterado relato de hechos probados de la sentencia recurrida se desprende que la actora está

afecta del siguiente cuadro clínico: artrosis degenerativa importante (espondiloartrosis, escoliosis, coxartrosis, profusión discal L4-L5 y discopatía L2-L4 crónica), con componente de **fibromialgia** y síndrome adaptativo de tipo mixto (hecho probado sexto).

Tales padecimientos le producen las siguientes limitaciones funcionales: imposibilidad de realizar trabajos de esfuerzo (levantar o mover pesos, permanecer en bipedestación de manera prolongada, agacharse o ponerse en cuclillas, subir y bajar escaleras), limitación de la movilidad de la columna a nivel cervical y torso-lumbar, dolores a nivel de ambos hombros e imposibilidad de someterse a situaciones que le generen stress emocional (hecho probado sexto).

De otro lado, su profesión habitual es la de Camarera de Pisos, la cual exige la realización constante de esfuerzos físicos en los que se ven comprometidas las extremidades superiores e inferiores y la columna vertebral a todos sus niveles, tales como la bipedestación y deambulación constante, coger y trasladar objetos pesados (cubos de agua, útiles y productos de limpieza, sacos de basura, el carro de la limpieza, etc.), agacharse, barrer, fregar suelos, hacer las camas, etc.

Confrontando, pues, la capacidad residual de la trabajadora con el conjunto de tareas que componen su habitual quehacer laboral, fácilmente se concluye que la misma carece de la suficiente aptitud física para afrontar con profesionalidad y eficacia las tareas propias de su profesión habitual, como no fuera a costa de realizar un esfuerzo y sacrificio añadidos no exigibles a ningún profesional y con riesgo cierto de perjudicar su estado de salud, incidiendo negativamente en el desarrollo de su enfermedad, pues casi todos sus cometidos profesionales suponen emplear las extremidades superiores en tareas de cierta dureza y sobrecargar la columna vertebral. No puede exigirse a una Camarera de Pisos que cumpla jornadas completas de trabajo soportando dolores constantes en la espalda y en ambos hombros.

Lo expuesto conduce a la Sala, al haberlo entendido así el Magistrado de instancia, a la desestimación del motivo de censura jurídica y, por su efecto, a la del recurso de suplicación interpuesto por el INSS, debiendo ser confirmada la sentencia combatida en todos sus pronunciamientos.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL de la SEGURIDAD SOCIAL (INSS) contra la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2007, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 3 de los de Santa Cruz de Tenerife en los autos de juicio 168/2007, la cual confirmamos íntegramente.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y al Ministerio Fiscal.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO cuenta número: 3777/0000660863/07 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 € en la entidad de crédito de BANESTO cuenta corriente número 2410000066 0863/07, Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón de su condición de trabajador

o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.