

Id Cendoj: 38038340012008100300
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 224/2008
Nº de Resolución: 304/2008
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: MARIA DEL CARMEN SANCHEZ-PARODI PASCUA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 7 de mayo 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 (Ponente) (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas y D./Dña. Eduardo Jesús Ramos Real , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000224/2008 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la

Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000782/2006 en reclamación de

DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua .

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Frída , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 14 de noviembre 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.- La demandante Dª Frída nacida el día 7-11-1949, con documento nacional de identidad nº NUM000, se encuentra afiliada a la Seguridad Social en el Régimen General con el nº NUM001, por consecuencia de los trabajos prestados como Auxiliar de clínica gerontológico, desde 1-7-1991, en la residencia de pensionistas de Ofra (dependiente del IIASS). SEGUNDO.- Por resolución del INSS de fecha 3-6-03 y con efectos de la misma fecha, la demandante fue declarada en situación de incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual, derivada de enfermedad común, con derecho a una pensión mensual del 55% de su base reguladora de 1.062,24 y con fecha de revisión a partir del 3-6-04, con arreglo al siguiente cuadro residual: "incluida en lista de espera quirúrgica para tratamiento quirúrgico periartritis escápulo humeral derecho, diagnosticada de **fibromialgia** ". TERCERO.- El INSS inició de oficio expediente de revisión de la incapacidad reconocida a la actora. En fecha 6-7-04 se emitió informe médico de síntesis con el siguiente juicio diagnóstico: "Situación clínica actual: **Fibromialgia** , periartritis escápulo humeral derecho, bursectomía y acromioplastia en noviembre de 2003. Rehabilitación, alta en febrero de 2004, exploración sin alteraciones significativas. Limitaciones orgánicas o funcionales: "no limitación para realizar una actividad reglada." Por Resolución del INSS de fecha 15-7-2004 se acordó la revisión de incapacidad por mejoría por no estar incapacitado en ninguno de sus grados. Dicha resolución fue confirmada judicialmente por sentencia de 31-5-05 del Juzgado de lo Social nº 4 de esta ciudad (autos 848/04) confirmada, a su vez, por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Santa

Cruz de Tenerife) de fecha 27-12-05. CUARTO.- La actora causó baja de incapacidad temporal por contingencias comunes con el diagnóstico de "otros trastornos de tejido bla. y trastornos neuróticos", desde el 24- 9-04 hasta el 23-3-06 en que fue dada de alta por agotamiento del plazo. QUINTO.- Que en fecha 27-4-05 el Doctor D. Carlos Alberto de la Mutua Mac emite el siguiente informe: "El día de hoy ha sido valorada en esta Mutua de accidentes Dª Frida, con categoría profesional de Auxiliar Gerontológico. Tras revisar los informes aportados y las pruebas realizadas se comprueba que esta afecta de una **Fibromialgia** , patología que tanto en mi opinión como en la de distintos

especialistas (informes aportados) es incompatible con su puesto actual de trabajo. Sin embargo podría hacer otras actividades donde se manipulen pesos de cierta magnitud pudiendo establecerse una zona máxima de 4 kg. Tampoco son recomendables trabajos de larga permanencia en una misma posición tanto sentada como de pie." SEXTO.- Iniciado por el INSS expediente de invalidez permanente, por la contingencia de enfermedad común, la Entidad Gestora por resolución de fecha 7-6-06 denegó la prestación de incapacidad permanente "por no alcanzar, las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de una incapacidad permanente". Contra la misma interpuso la parte actora reclamación previa en fecha 30-6-06, que fue desestimada por resolución de 31-7-06. SÉPTIMO.- Que el informe medico de síntesis fue emitido en fecha 5-6-06 determinando el siguiente juicio diagnóstico: "Tendinitis calcificada del supraespinoso. Patología oseo- musculo-articular inespecífica (fibromioalgia) de carácter leve. Clínica subjetiva". Limitaciones orgánicas y funcionales: No se aprecian limitaciones de consideración para su trabajo habitual."; evacuándose el dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades -EVI- el día 6-6-06, reiterando como cuadro clínico residual: "tendinitis calcificada del supraespinoso. Patología oseo-musculo-articular inespecífica (fibromioalgia) de carácter leve. Clínica subjetiva. Trastorno adaptativo sin signos de severidad", concluyendo que no se aprecian limitaciones de consideración para su trabajo habitual. En fecha 20-7-06 propuso el EVI ratificarse en su propuesta anterior de fecha 6-6-06. OCTAVO.- Mediante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Santa Cruz de Tenerife) de fecha 4-9-06 se revoca sentencia de instancia de fecha 25-1-06 del Juzgado de lo Social nº 4 de esta ciudad (autos 960/04), por la que se estimaba la pretensión de la parte actora de cambio de puesto de trabajo por motivos de salud y que se da por íntegramente reproducida. NOVENO.- La médico forense emitió informe en fecha 12-7-07 de cuya exploración resultan las Conclusiones siguientes:

"1. Que la actora padece una **fibromialgia** , de características leve-moderada de causa no filiada.

2. Que el actor se encuentra actualmente en tratamiento farmacológico y bajo control periódico por especialistas, con el fin de llevar a cabo un control clínico y una estabilidad en la evolución de todas sus patologías.

5. Que dentro de una relación LESIÓN-TAREA, existen reducciones anatómico-funcionales que determinarían un menoscabo para las funciones propias de su ocupación laboral de auxiliar gerontológico: coger pesos (levantar a ancianos de la silla y llevarlos al baño o cama; movilizarlos en la cama para cambio de sábanas o lavado de encamados...) por tanto que le incapacitan o limitan para el desarrollo de todas aquellas tareas que requieran un esfuerzo físico y con carácter permanentemente."

DÉCIMO.- La actora en el ejercicio de su profesión debe levantar a los residentes, bañarlos, repartir y dar comidas, retirar ropas de camas, hacer camas, reponer carros, acostar a los residentes y cambiar pañales en los términos que se describen en el hecho 1º de la demanda y en el informe emitido por el Comité de empresa de marzo de 2005. UNDÉCIMO.- La actora presenta las siguientes dolencias: Tendinitis calcificada del supraespinoso. Patología oseo-musculo-articular y fibromioalgia leve- moderada, con servidumbre terapéutica. DUODÉCIMO.- La actora está limitada para actividades de la vida cotidiana que supongan sobreesfuerzo físico, principalmente de extremidades superiores con dolor en hombro derecho y no puede coger pesos. DECIMOTERCERO.- La base reguladora de la prestación de invalidez permanente total para la profesión habitual del actor asciende a la cantidad mensual de 1.042,08 euros siendo la fecha de efectos el 6-6-06 (hecho conforme) .

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que estimando la demanda interpuesta por Dª Frida contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro que la actora se encuentra en situación de invalidez permanente en grado de total para su profesión habitual, con origen en enfermedad común; y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la Entidad Gestora a estar y pasar por esta declaración y a que continúe abonando a la demandante una pensión vitalicia y mensual en la cuantía del 75% de la base reguladora de 1.042,08 euros, más los incrementos legales correspondientes, con efectos desde el día 6-6-06 .

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 05 de Mayo de 2008 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el cauce del *apartado c) del art. 191 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* .

La actora fue declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual en el año 2003, por tener el siguiente cuadro residual: "incluida en lista de espera quirúrgica para tratamiento quirúrgico periartritis escápulo humeral derecho, diagnosticada de **fibromialgia** ".

Por resolución de 15 de julio de 2004 se acordó la revisión de la incapacidad por no estar incapacitada en ninguno de sus grados.

La actora presenta en la actualidad: "limitada para actividades de la vida cotidiana que supongan sobreesfuerzo físico, principalmente de extremidades superiores con dolor en hombro derecho y no puede coger pesos."

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 livianas 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".

TERCERO.- Como esta Sala ya ha tenido ocasión de reiterar, "el proceso laboral es un procedimiento judicial de única instancia en el que la valoración de la prueba es función atribuida en exclusiva al Juez "a quo", de modo que la Suplicación se articula como un recurso de naturaleza extraordinaria que no permite al Tribunal entrar a conocer de toda la actividad probatoria desplegada en la instancia, limitando sus facultades de revisión a las pruebas documentales y periciales que puedan haberse aportado, e incluso en estos casos, de manera muy restrictiva y excepcional, en la medida en que únicamente puede modificarse la apreciación de la prueba realizada por el Juez de lo Social cuando de forma inequívoca, indiscutible y palmaria, resulte evidente que ha incurrido en manifiesto error en la valoración de tales medios de prueba.

En cualquier otro caso, debe necesariamente prevalecer el contenido de los hechos probados establecido en la sentencia de instancia, que no puede ni tan siquiera ser sustituido por la particular valoración que el propio Tribunal pudiese hacer de esos mismos elementos de prueba, cuando el error evidente de apreciación no surge de forma clara y cristalina de los documentos o pericias invocados en el recurso.

La vigente *Ley de Procedimiento Laboral* ha recogido expresamente esta doctrina en su artículo 97.2, al disponer que la sentencia, apreciando los elementos de convicción, habrá de declarar expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión.

De lo que se desprende, que la apreciación de la prueba es facultad que corresponde al órgano judicial de instancia, que debe ser libremente ejercitada por el mismo, con el único requisito de que no resulte arbitraria, ilógica, irracional y absurda y se encuentre además debida y suficientemente motivada, tal y como esta Sala ya destacaba en su Sentencia de 28 de enero de 1994, siguiendo la de Tribunal Constitucional 14/1991 de 28 de enero en la que se señala que, "la obligación de motivar las Sentencias que el art. 120.3º de la Constitución impone a los órganos judiciales, puesta en conexión con el derecho a la tutela judicial protegido por el art. 24.1º de la propia Constitución -entendiendo como derecho a una resolución jurídicamente fundada-, conduce a integrar en el contenido de esta garantía constitucional el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales y, por tanto, el enlace de las mismas con la Ley y el sistema general de fuentes, de la cual son aplicación". Y para cumplir este mandato no es necesario que los razonamientos hayan de ser exhaustivos y pormenorizados, pero sí suficientes para justificar los motivos de la convicción judicial en cuanto a la realidad de los hechos que plasma, que no pueden aparecer como una arbitraria conclusión, puesto que la facultad de valoración de la prueba atribuida al Juez de instancia no significa una apreciación infundada o discrecional, y su libertad no es absoluta sino condicionada dentro de ciertos límites, al combinarse en nuestro ordenamiento civil y laboral los sistemas de prueba legal y de prueba libre, debiendo actuar en todo momento con sometimiento a las reglas de derecho y de la razón, optando, cuando existe una colisión entre el contenido de los diversos elementos probatorios, por aquellos que le ofrezcan, en función de su eficacia, una mayor garantía de certidumbre y poder de convicción para acreditar cumplidamente los fundamentos de derecho (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1985); sin que por lo tanto la libertad del órgano judicial en la valoración de la prueba suponga aceptar la más absoluta soberanía o admitir que el Juez ha de seguir sus conjeturas, impresiones, sospechas o suposiciones (Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1989 de 20 de febrero); debiendo, en todo caso, respetarse las normas de valoración tasada de pruebas que contiene nuestro ordenamiento jurídico".

CUARTO.- A la vista del relato de hechos probados y examinadas las lesiones por la que le fue concedida a la demandante una incapacidad total, no se aprecia, a través de los informes médicos existentes y valorados en la instancia, que haya sufrido una mejoría, puesto que continúa con la tendinitis calcificada del supraespinoso, lesión que le limita para desarrollar actividades con las extremidades superiores, en especial con el hombro derecho. Y dado que la actividad que desempeña es la de auxiliar de clínica, esos padecimientos siguen siendo de la misma entidad que tenía con anterioridad, razones por las que la sentencia ha de confirmarse, previa desestimación del recurso de suplicación, dado que no hay mejoría en dichas lesiones.

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 14 de noviembre de 2007, en virtud de demanda interpuesta por Frida contra Instituto Nacional De La Seguridad Social en reclamación de DERECHOS y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 2 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, 38002 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 librese 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.