

Id Cendoj: 38038340012008100305
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 209/2008
Nº de Resolución: 309/2008
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: ANTONIO DORESTE ARMAS
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 9 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. Maria del Carmen Sanchez Parodi (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas y D./Dña. Eduardo Ramos Real , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000209/2008 , interpuesto por Felipe y Instituto Nacional De La Seguridad

Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000456/2006 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 Felipe , 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 26-11-07 , por el Juzgado de referencia, con carácter estimatorio parcialmente.

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:
PRIMERO.- D. Felipe nació el 6 de octubre de 1959, y prestaba servicios como cocinero. Permanece en situación de incapacidad temporal desde el 6 de agosto de 2004.

SEGUNDO.- En expediente de incapacidad, el 23 de enero de 2006 se emite informe médico de síntesis, con el siguiente juicio diagnóstico: hernia umbilical de 2 x 3 cm en lista de espera quirúrgica, asma bronquial con patrón ventilatorio obstructivo moderado, artrosis leve de manos, rodillas y lumbar sin signos de afectación radicular, radiculopatía C5-C6-C7 sin signos de actividad denervativa, trastorno ansioso depresivo, evolución favorable.

Limitaciones orgánicas o funcionales: discapacidad para actividades físicas de mediana y gran intensidad, no menoscabo para su actividad laboral habitual, folio 35.

TERCERO.-El 24 de enero de 2006 el E.V.I. propuso que no se le calificara como incapacitado permanente. La base reguladora es de 1.041,75 euros, folio 75.

CUARTO.-El I.N. S.S. por Resolución de 24 de enero de 2006 desestimó la solicitud. La actora

presentó reclamación previa que fue desestimada.

QUINTO.-Por sentencia de 28 de junio de 2005 , se desestimó la demanda de incapacidad presentada por el actor. Interpuesto recurso fue desestimado por STSJ de Canarias de 27 de diciembre de 2005, folio 85 y 90.

SEXTO.-El actor presenta hernia umbilical de 2 x 3 cm en lista de espera quirúrgica, radiculopatía C5-C6-C7 bilateral de intensidad leve moderada de evolución crónica sin signos de actividad denervativa aguda, asma persistente moderada, síndrome de **fibromialgia** severa, síndrome depresivo.

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Felipe contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo reconocer a la actora una Incapacidad Permanente Total para su profesión de cocinero con efectos de 7 de octubre de 2005.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Felipe y 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 28 de Abril de 2008 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de instancia, que declaró al actor en situación de Incapacidad Permanente en grado de Total para su profesión de Cocinero, se alzan en suplicación ambas partes; la representación procesal del actor, articulando dos motivos, uno de revisión fáctica y otro de censura jurídica, cimentados procesalmente en los apartados b) y c), respectivamente, del *art. 191 de la L.P.L. el primero* de los cuales insta la revisión de hechos probados a los fines de incorporar al relato determinados datos fácticos, como paso previo o instrumental para la verdadera finalidad del recurso que es la revisión del Derecho aplicado en la Sentencia recurrida (STS de 6 de marzo de 2001), a lo que dedica el segundo motivo. Por parte del Inss se articula un único motivo de censura jurídica que sostiene su tesis negatoria de todo grado de Incapacidad Permanente.

SEGUNDO.- Procede primeramente abordar el recurso del actor. Concretamente, indica el recurrente, en su primer motivo, que el hecho probado tercero en el que se recoge textualmente que: Tercero.- El 24 de enero de 2006 el E. V.I. propuso que no se le calificara como incapacitado permanente. La base reguladora es de 1.041, 75€, folio 75." deberá quedar redactado de la siguiente forma: "Tercero.- El 24 de enero de 2006 el E. V.I. propuso que no se le calificara como incapacitado permanente. La base reguladora se fijará en ejecución de sentencia, una vez que se aporte por la T. G. S. S. las bases de cotización correspondientes al actor del periodo comprendido entre los 96 meses anteriores a la fecha del hecho causante, 07 de octubre de 2005 ."

Y alega que "esta modificación que se solicita tiene su base en lo siguiente: De conformidad con lo previsto en el *Artículo 140 de la L.G.5.5* . que establece la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente, establece que: "Base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes. 1. La base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común se determinará de conformidad con las siguientes normas:

a) Se hallará el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante. El cómputo de dichas bases se realizará conforme a las siguientes reglas, de las que es expresión matemática la fórmula que figura al final de las mismas 1 a) Las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante se computarán en su valor nominal. 2a) Las restantes bases de cotización se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el índice de precios al consumo desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquél en que se inicie el período de bases no actualizables a que se refiere la regla anterior. " Pues bien, en el folio 75, a que hace referencia el hecho probado de la sentencia recurrida cuya modificación se solicita, no constan la, 8 bases de cotización del actor de los 96 meses anteriores a la fecha del hecho causante, reconocida por la misma, el 07 de octubre de 2005. Por consiguiente, una vez que se aporten, en ejecución de sentencia por parte de la T.G.S.S., las bases de cotización del actor de los 96 meses anteriores a la fecha indicada, debe procederse a fijar la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente total."

Como es sabido, el éxito de toda propuesta revisoria requiere no sólo el cumplimiento formal de los

requisitos de técnica procesal a los que alude la jurisprudencia (STS 21-5-90) sino también que los documentos que señala evidencien el error judicial (*arts. 191.b y 194.3 LPL*) de manera patente y clara, y, además, que sea trascendente al fallo y resulta que, aparte de que algunos de los documentos señalados no cumplen con el primero de los dos requisitos a los que ahora se alude, las alteraciones propuestas no cambiarían el signo del fallo de la presente Sentencia, que se anuncia confirmatoria

TERCERO.- La infracción denunciada en el segundo motivo, (de censura jurídica) de la demandante, ahora infracción de los *arts. 139.2 LGSS y 6 del D.1646/72* solicitando la cualificación de su Incapacidad Permanente Total, motivo que hay que repeler frontalmente, pues la cualificación de la Invalidez Permanente esta tasada, dependiendo de la edad de 55 años, por lo que en absoluto, puede concederse por más que el trabajador alegue sus dificultades (o insuficiente interés) para encontrar empleo.

CUARTO.- El examen del recurso del INSS se circunscribe al del examen del unico motivo, de crítica jurídica, y que requiere volver la vista al ya intacto relato fáctico de la Sentencia recurrida, cuyo ordinal sexto describe las dolencias que padece el actor 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* . Desde luego que esa descripción es insuficiente, pero la Sala opta por no declarar la nulidad de la Sentencia, entendiendo que pese a su orfandad descriptiva (en algo complementada por el antepenúltimo párrafo del segundo fundamento jurídico de la Sentencia) la nulidad de las Sentencias es un remedio radical que debe reservarse para casos extremos (STS 26.09.84 y de esta Sala de 26.01.96)

Las dolencias que padece el actor son las siguientes: "El actor presenta hernia umbilical de 2 x 3 cm en lista de espera quirúrgica, radiculopatía C5-C6-C7 bilateral de intensidad leve moderada de evolución crónica sin signos de actividad denervativa aguda, asma persistente moderada, síndrome de **fibromialgia** severa, síndrome depresivo."

Entiende la Sala, frente al criterio del INSS y del actor recurrente, que tales limitaciones son invalidantes para el desempeño de la profesión de cocinero, cuyas tareas le exigen estar frecuentemente de pie en permanente contacto con vapores y humos y, aunque sus esfuerzos físicos de esas tareas sean livianos la fibromálgia que parece es severa, lo que le dificulta en gran medida estos esfuerzos, por lo que la Sentencia no ha infringido, sino aplicado correctamente, el *art. 136 LGSS* .

Procede en consecuencia, desestimar ambos motivos de los dos recursos y, con ello procede confirmar la Sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos ambos motivos de los dos recursos de suplicación, interpuestos por Felipe e Instituto Nacional De La Seguridad Social contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 26-11-07 , en virtud de demanda interpuesta por Felipe contra Instituto Nacional De La Seguridad Social y Tesorería General De La Seguridad Social en reclamación de DERECHOS y con ello procede confirmar la Sentencia de instancia. .

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 4 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 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.