

Id Cendoj: 35016340012000100735
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 732/1998
Nº de Resolución: 154/2000
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIB. SUPERIOR JUSTICIA SALA SOCIAL.

LAS PALMAS

SENTENCIA: 00154/2000

ROLLO Nº RSU 732/1998

40125

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CANARIAS

En LAS PALMAS a diecinueve de Febrero de dos mil.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS formada por los Ilmos. Sres. MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ, Presidente, MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO, FRANCISCO JOSE GOMEZ CACERES Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Almudena e INSS contra la sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de fecha 18 de Diciembre de 1997, dictada en los autos de juicio nº 545/1997 en proceso sobre PRESTACIONES, y entablado por Almudena frente a TESORERIA GENERAL SEGURIDAD SOCIAL.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D./ña. MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente: 1º).- Que la actora Almudena , con DNI nº NUM000 , afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, habiendo prestando servicios como limpiadora. 2º).- Inició proceso de enfermedad común, siendo dada de alta el 30 Diciembre de mil novecientos noventa y seis. 3º).- Inició vía administrativa ante la Dirección Provincial de la Seguridad Social en fecha 28 de Julio de mil novecientos noventa y siete. 4º).- Que la base reguladora que solicita la actora es de setenta y una mil, setecientas setenta y una pesetas. 5º).- Que la parte actora, padece: antecedentes de intervenciones de fisura anal, quistes ováricos, histerectomía, varices derechas, amigdalectomía. Intervención de bocio, tiroidectomía total bilateral el 3.11.97, por lo que tiene que seguir medicación compensatoria. Osteoporosis diagnosticada en 1981; continúa con su cuadro de dolores generalizados osteoarticulares y musculares.

Cérvico artrosis grado 3-4 con sus cervicalgias y dolores irradiados a los brazos. Escoliosis lumbar de grado 2 compensado con escoliosis dorso-cervical siendo la causa de las raquialgias que presenta hipertrofia facetaria. Síndrome facetario L4-L5 y L5-S1 con lumbalgias y dolores radiculares. Retrolistesis y espondilolistesis de L5-S1 grado 1. Gonartrosis femoropatelar en grado 3 lado izquierdo y grado 2 lado derecho, con sus gonalgias. Dolores generalizados osteoarticulares, más acentuados en las zonas fibromiálgicas que, junto con la patología de la personalidad del tiroides y distimias que presenta, orientan su cuadro patológico, además, a una **fibromialgia** . 6°).- Que a consecuencia de tales lesiones el actor presente el siguiente déficit funcional: no poder sobrecargar su columna, haciendo movimientos con la misma como agacharse, cargar peso, etc. No poder mantener posiciones de bipedestación y sedestación durante tiempo por su patología de escoliosis, espondilolistesis y síndrome facetario. Astenia y adinemia originadas por su tiroidectomía total (sin ganas de hacer, ni poder hacer nada que represente un esfuerzo mínimo). Dolores generalizados intensos con aparición de mareos y vértigos cuando está sometida a tensión por su **fibromialgia** y cuadros cervical.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por Doña Almudena , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y debo declarar y declaro que la parte actora se encuentra en situación de INVALIDEZ PERMANENTE, grado de TOTAL, con origen enfermedad común, y en consecuencia condeno a las demandadas a que le reconozcan y abonen una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55%, de su salario base regulador de setenta y una mil, setecientas setenta y una pesetas mensuales, más los incrementos legales correspondientes y con efectos desde el día treinta de Diciembre de mil novecientos noventa y seis. Con fecha 20 de Febrero de 1998, se dicta Auto de aclaración de la sentencia de instancia, en la que en su parte dispositiva dice: Que con estimación de la demanda interpuesta por la parte actora doña Almudena , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro a la parte actora CUALIFICADA para su profesión habitual con origen de enfermedad común y en consecuencia condeno al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a que le reconozca a la actora y abone una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 75% de su salario base regulador de 71.771 pesetas mensuales, más los incrementos legales correspondientes y con efectos desde el día treinta de Diciembre de mil novecientos noventa y seis.". Manteniéndose la sentencia en el resto de su pronunciamiento.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado por el INSS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara a la actora afecta de invalidez permanente total para su profesión habitual de limpiadora, derivada de enfermedad común, con los derechos económicos inherentes. El auto de 20 febrero 1998 aclara el "error mecanográfico" del que se dice adolece la fundamentación jurídica y el fallo, reconociendo a la actora "la invalidez permanente cualificada del 75% para su profesión habitual".

Disconformes con el sentido de la resolución las direcciones legales de la actora y del Instituto Nacional de la Seguridad Social formalizan escrito de recurso; la primera, denunciando en un motivo único de censura jurídica, amparado en el *apartado c/ artículo 191 Ley de Procedimiento Laboral* , infracción por inaplicación del *artículo 137.5 Ley General de la Seguridad Social* , al estimar a la actora acreedora de una incapacidad permanente absoluta; la gestora, por su parte, articula tres motivos de recurso sirviéndose de los cauces, respectivamente, ofrecidos por los *apartados a/ b/ y c/ artículo 191 Ley de Procedimiento Laboral* ; el primero, persigue la nulidad del auto aclaratorio por infracción del *artículo 363 Ley Enjuiciamiento Civil* ; el segundo, la modificación del relato fáctico en los términos que propone; el tercero, el examen del derecho aplicado, denunciando infracción del *artículo 137.4 Ley General de la Seguridad Social* , argumentando que la actora no se haya afecta de invalidez en grado alguno. El recurso de la actora es impugnado por la dirección legal del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- Razones expositivas obligan a analizar, en primer término, el recurso de la Gestora, que lo inicia solicitando la nulidad del Auto de aclaración, alegando transgresión del *artículo 363 Ley de Enjuiciamiento Civil* al estimar que la denominada subsanación de defecto material no es tal entrañando modificación de la sentencia prohibida legalmente.

El principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales es una exigencia del

principio de seguridad jurídica recogida en el *artículo 9.3 de la Constitución Española*, y parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales consagrado en el *artículo 24.1 de la Constitución Española*, puesto que este derecho asegura a los que han sido partes en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello.

El *artículo 267 Ley Orgánica del Poder Judicial* arbitra, a través del llamado recurso de aclaración, un cauce excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material de que puedan adolecer sus resoluciones definitivas. Esta vía aclaratoria, plenamente compatible con la regla de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, no permite, sin embargo, alterar la fundamentación fáctica determinante del fallo, ni el sentido del mismo, o subvertir las conclusiones probatorias anteriormente mantenidas, por lo que resulta, sin duda, inadecuada para corregir errores de derecho o sustantivos por muy importantes que estos sean y, en su caso, para anular y sustituir una resolución judicial por otra de fallo contrario (SSTC 14/1984, 238/1985, 119/1988, 16/1991, 142/1992 y 380/1993).

En el caso que nos ocupa a través de un auto aclaratorio se introducen razonamientos jurídicos en torno al incremento del 20% de la pensión de invalidez con incidencia en el fallo, declarando una invalidez permanente total cualificada con derecho a una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 75% de la base reguladora, rebasando así el ámbito de la aclaración dado el sentido modificativo de la resolución con infracción de normas esenciales de procedimiento y del principio de seguridad jurídica, que debe ser corregido declarando la nulidad de pleno derecho del citado auto (*artículo 238 Ley Organo Poder Judicial*).

TERCERO.- Con relación al relato de hechos probados insta la recurrente la modificación de los ordinales 5º y 6º para los que propone la siguiente redacción: "5º.- "La parte actora padece antecedentes de intervenciones de fisura anal, quistes ováricos, histerectomía, varices derecha, amigalectomía, osteoporosis diagnosticada en 1981, continua con su cuadro de dolores generalizados osteoarticulares y musculares, con hipertrofia facetaria en L5-S1, artrosis a nivel de rodilla. Estando en el momento que pasó la EVI propuesta para realizarle una intervención quirúrgica de artrodesis posterior L1-L5, hallándose en lista de espera desde el 26.11.96. A su vez la actora con posterioridad a pasar por el EVI el 30.12.96, intervenida el 3.11.97 de bocio, siguiendo en la actualidad controles periódicos y teniendo tratamiento sustitutivo de la hormona tiroidea". "6º.- Estas enfermedades ocasionan las siguientes limitaciones funciones: dolor lumbar constante, limitación de la flexoextensión de la columna". Apoya su pretensión la recurrente en los informes y dictámenes obrantes en el expediente administrativo y argumenta, si bien en el motivo dedicado al examen del derecho aplicado, que los padecimientos y limitaciones funcionales que no constan en el texto propuesto fueron apreciados a partir del informe del Dr. Juan María, de fecha 4 Junio 1997, posterior a la tramitación del expediente, y no habían sido alegadas durante el mismo; y, de otro lado, la patología ósea no podía considerarse definitiva al haber sido propuesta para intervención quirúrgica de artrodesis de L1 a L5, y tampoco la patología tiroidea, habiendo sido intervenida quirúrgicamente de bocio el 3 febrero 1997 con lo que mal podía la EVI valorar las limitaciones funciones que pudieran derivarse.

La resolución del motivo obliga a realizar las siguientes consideraciones:

1.- una tradición jurisprudencial reiterada no ha considerado hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias nuevas que sean agravación de otras anteriores (SSTS 28 junio 1986 (Rj. 1986,3755), 30 junio 1987 (Rj. 1987, 4682 y 4684) y 5 junio 1989 (Rj. 1989, 5432), ni lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después - STS 15 septiembre 1987 (Rj. 1987, 6200), ni lesiones o defectos que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectados por los servicios médicos de la entidad por las causas que fueran - STSJ 30 abril 1987 y 23 noviembre 1987 (Rj. 1987, 63 74) - En el supuesto de autos es cierto que con anterioridad al dictamen del EVI no consta algunos de los padecimientos óseos fueran alegados pero si los fueron al presentar la reclamación previa y, en todo caso, por su etiología está fuera de toda duda que no eran nuevos, sino que los padecía el actor al tiempo de su valoración por el EVI.

2.- La propuesta para intervención quirúrgica no puede constituir óbice par apreciar la situación de invalidez permanente cuando el trabajador "después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral "(*artículo 134.1 Ley General de la Seguridad Social*), pues "no obstará" a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del invalido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo". En cualquier caso, en los supuestos de intervención quirúrgica, doctrina y jurisprudencia sostienen que ha de primar la decisión del trabajador (STS 22 marzo 1982 (Rj. 1982, 1624) que puede

rechazarla cuando existan dudas sobre la eficacia del tratamiento o cuando se presente como irrelevante y cuando ha tenido resultado negativo en casos anteriores (STS 10 Septiembre 1986 (Rj. 1986, 4947).

3.- El Juez de instancia goza de plena libertad para valorar la prueba pericial, únicamente ponderada por las reglas de la sana crítica a que se refiere el *artículo 632 Ley Enjuiciamiento Civil*. Su valoración ha de ser respetada, salvo que a se hayan olvidado las reglas de una forma "tan manifiesta y perceptible que nadie racionalmente pueda dejar de percibir" (SSTS 13 marzo 1972 y 17 diciembre 1974), que no es el caso pues el perito médico Dr. Juan María sentó las conclusiones, que en su informe recoge, tras examinar no sólo las pruebas que la actora le aportó, sino además aquellas otras radiográficas y complementarias que se ordenaron a tal fin, explorando personalmente a su paciente; pruebas éstas de las que se da cumplida referencia en el informe y que en modo alguno resultan contradichas con los informes de la Unidad de Patología del Raquis y de Neurocirugía funcional a las que la recurrente tanta relevancia otorga, pues éstos traen causa de un estudio lumbar, que no descarta la existencia de patología en zonas corporales distintas, como sucede en el supuesto que a nuestra consideración se somete; precisamente en el último informe se hace referencia a dolores cervicales y de rodillas derivadas de proceso artrósico.

Las expuestas constituyan razones bastantes para desestimar el motivo de revisión fáctica.

CUARTO.- A los efectos de declaración de invalidez deben valorarse más que la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generan, éstos en sí mismos, en cuanto impedimentos reales y suficientes para dejar a quien los sufre sin posibilidad de iniciar y consumir las faenas que corresponden a un oficio.

El motivo tercero de recurso que formula la dirección legal del Instituto Nacional de la Seguridad Social denuncia la incorrecta aplicación del *art. 137.4 Ley General de la Seguridad Social* -definidor de incapacidad permanente total para la profesión habitual- partiendo del éxito del motivo revisorio, que no ha prosperado quedando incólume el relato fáctico. La dirección legal de la actora, por su parte denuncia la misma infracción pero porque entiende que a la actora le corresponde un mayor grado de invalidez. Se hace así preciso examinar si la subsunción normativa efectuada por el Juzgador ha sido correcta. Llama la atención de la Sala: el cuadro doloroso que la actora presenta, de años de evolución, objetivado y rebelde al tratamiento médico y rehabilitador; la astenia y adinemia derivados de la tiroidectomía total a la que la actora sometida, la imposibilidad de sobrecargar la columna y mantener posiciones estáticas de bipedestación y sedestación, consecuencia de la patología ósea. Estos déficits funcionales no pueden quedar referidas a la profesión habitual de la actora, limpiadora, al incidir en la capacidad laboral no limitándola, sino anulándola. No puede concebirse que a una persona en tales condiciones se le exija la realización de una actividad laboral por simple que fuere. La capacidad para el trabajo ha de valorarse en términos reales de responsabilidad, dedicación e integración en el seno de una organización de elementos productivos, que en modo alguno podría alcanzar la actora con la situación patológica descrita. Es por ello que la Sala no puede expresar su conformidad con la conclusión a la que el Juzgador de instancia llega, procediendo revocar su resolución estimando el motivo de recurso de la actora y rechazando el de la Gestora, al responder la situación de la actora a la definición que de incapacidad permanente absoluta otorga el *apartado 5 artículo 137 Ley General de Seguridad social*.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinentes aplicación.

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de 18 diciembre 1997 dictada por el Juzgado Social nº 3 de esta Provincia y anulamos el Auto aclaratorio de 20.2.98 y estimamos el formalizado por D^a Almudena , revocamos la resolución de la demanda declaramos a la actora afecta de invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo derivada de enfermedad común, con los derechos económicos inherentes sobre la base reguladora de 71.771 ptas. (100% pensión), y efectos al 30 diciembre 1996 y condenamos a la Gestora a estar y pasar por esta declaración y al abono de la pensión.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

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 BBV cta. número: 3537/000066 n° rec. y año 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 50.000 pts en la entidad de crédito B.B.V. c/c. 2410000066, Clave 4043, Oficina Génova n° 17 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a 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, devuélvanse 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.

PUBLICACION.- 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.

DILIGENCIA DE CONSTANCIA

SECRETARIO JUDICIAL

Sr./Sra. María Eugenia Calamita Domínguez

En los mismos fecha y lugar que la sentencia, de la que trae causa esta diligencia, la pongo yo, el/la Secretario Judicial, para hacer constar que la misma ha sido notificada, el día 23 marzo 2000 y mediante correo certificado con acuse de recibo conteniendo copia entera de dicha resolución, tanto a las partes, como al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia, de lo que doy fe.

Fdo.: El/La Secretario Judicial.