

Id Cendoj: 35016340012004101194
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 821/2002
Nº de Resolución: 1186/2004
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: HUMBERTO GUADALUPE HERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 27 de noviembre de 2004 La Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS formada por los Ilmos. Sres D./Dña. Humberto Guadalupe Hernández (Ponente) Presidente, D./Dña. M^a Jesús García Hernández y D./Dña. Eduardo Jesús Ramos Real Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Inss contra la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2001 dictada en los autos de juicio nº 0000411/2000 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Vicente , contra Inss . y la T.G.S.S.

El Ponente, el Ilmo./a Sr./a. D./Dña. Humberto Guadalupe Hernández , 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, Dña Vicente , nacida en fecha 27.12.1951, con D.N.I. nº NUM000 , afiliada al Régimen Especial de Empleados de Hogar con el nº NUM001 , tiene como profesión habitual la de empleada de hogar.

2º.- Que en fecha 11-03-98 la actora causa baja por incapacidad temporal con el diagnostico de "epocondilitis codo derecho" y es dada de alta con propuesta de invalidez y por agotamiento del plazo en fecha 10-09-99..

3º.- Que en fecha 14-XI-1999 la actora solicita pensión de invalidez y emitiéndose Informe Médico de Síntesis en fecha 21-12-99, (folios 7, 8 Y 9 del expediente administrativo), y en fecha 22-12.-99 el E.V.I., propone la no calificación de la actora como incapacitada permanente. y el I.N.S.S., por Resolución de fecha 25-01-2000 acuerda denegar la prestación de incapacidad permanente instada por la demandante. y habiéndose formulado reclamación previa resultó desestimada por Resolución de fecha 27-03-2000. Y en fecha 08-05-2000 se presenta la demanda que encabeza las presentes actuaciones.

4º.- Que la Base reguladora mensual de la actora asciende, a los efectos de una eventual declaración de incapacidad permanente total, a la cuantía de 68.237 ptas.

Y a los efectos de una eventual declaración de incapacidad permanente parcial la base reguladora asciende a 82.110 ptas. mensuales.

5º.- Que la actora presenta las lesiones y secuelas siguientes:

- Epicondilitis del codo derecho (codo de tenista), intervenido el 3.10.99;
- Cervialgia tensional;
- **Fibromialgia** ;
- Lumbalgia crónica;
- Depresión nerviosa;
- Vértigos, mareos, sensación de inestabilidad con parestesias en miembros superiores;
- No puede hacer fuerzas y presión con sus miembros superiores;
- No puede levantar peso de 4 ó 5 kilogramos de forma continuada.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que estimando la demanda promovida por D^a Vicente , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) Y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (T.G.S.S.), sobre PRESTACIONES; debo declarar y declaro a la actora afecta a una situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad común y con derecho a percibir una pensión equivalente al 55% de su base reguladora mensual de SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTAS TREINTA Y SIETE PESETAS (68.237 PTAS), y con efectos a partir del 22.12.99; y condeno al INSS, a su reconocimiento y abono a la actora y, conjuntamente con la TGSS, a estar y pasar por estas declaraciones. TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación por el INSS, que fue impugnado por la parte actora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda de la actora, de profesión empleada de hogar, y declara a la misma en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, por padecer: "Epicondilitis del codo derecho (codo de tenista), intervenido el 3.10.99; Cervicalgia tensional; **Fibromialgia** ; Lumbalgia crónica; Depresión nerviosa; Vértigos, mareos, sensación de inestabilidad con parestesias en miembros superiores; No puede hacer fuerzas y presión con sus miembros superiores; No puede levantar peso de 4 o 5 kilogramos de forma continuada".

Contra la misma se alza la Entidad Gestora, formulando el presente recurso, con base en un motivo de revisión fáctica y otro de censura jurídica.

Así, en primer lugar y con amparo en el *artículo 191 letra b) de la Ley de Procedimiento Laboral* , pretende:

a) La modificación del hecho probado quinto para que donde se dice mareos, vértigos se haga constar "...refiere mareos, vértigos, sensación de inestabilidad con parestesias en miembros inferiores..."; y

b) La supresión de los párrafos siguientes: "...no puede hacer fuerza y presión con los miembros superiores..."; y "...no puede levantar pesos de 4 o 5 kgrs. de forma continuada...".

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el Juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (STS 14 de enero, 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986) y STS, 17 de noviembre de 1990) «... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del Juzgador...); c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida; e) que en caso de concurrencia de varias

pruebas documentales o pericia los que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y, f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

A la vista de lo expuesto el motivo ha de decaer; así, por lo que respecta a la primera alegación, porque siendo cierto el matiz que se hace, no es menos cierto que el perito médico incorpora la alegación del enfermo a su informe y la hace suya, siendo, además, el reflejo de una clínica consecuencia de las lesiones que padece la actora; y por lo que respecta a la segunda alegación, porque las frases cuya supresión se pretenden aparecen tal cual se dicen en el acta del juicio, y las dijo el perito médico.

Así pues, se trata de limitaciones que el perito expuso en el acta del juicio y que el Juez de instancia ha aceptado lo que hace impropio la pretensión de revisión.

SEGUNDO.- En segundo lugar y con amparo en el *artículo 191 letra c) de la Ley de Procedimiento Laboral*, alega la infracción de los *artículos 136.1 y 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social*, por entender que las lesiones que padece la actora no le impiden el desempeño de su profesión de empleada de hogar.

El motivo así articulado ha de decaer igualmente, pues a la vista del inalterado relato fáctico lo que hace la parte recurrente es discrepar de la objetiva valoración que el Juez "a quo" hace y que se apoya en la pericial médica, según la cual las lesiones de la actora, en su conjunto la limitan para actividades que requieran fuerza con las extremidades superiores y movilización de pesos superiores a 4 o 5 kilos.

La Sala comparte por ello, el razonamiento y la conclusión del Juez de instancia que el recurso no ha desvirtuado, en el sentido de que la profesión de empleada de hogar implica la realización de esfuerzos moderados y continuados que según la pericial la actora no puede realizar, lo que explica la conclusión del Juzgador, y obliga a desestimar el recurso.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por Inss, contra la sentencia de fecha 28.9.2001, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de esta Provincia, que confirmamos.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de esta 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 BANESTO cta. número: 3537/000066 0821/02 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 Euros en la entidad de crédito de BANESTO c/c 2410000066 0821/02, 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.