

Id Cendoj: 35016340012005100342
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1931/2002
Nº de Resolución: 379/2005
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JIMENEZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 31 de Marzo de 2005

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 Presidente, D./Dña. Mª Jesús García Hernández y D./Dña. Juan Jiménez García (Ponente) Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Antonia contra sentencia de fecha 1 de julio de 2002 dictada en los autos de juicio nº 867/2001 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Antonia , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

El Ponente, el Ilmo./a Sr./a. D./Dña. Juan Jiménez García , 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

PRIMERO.- La parte actora, con DNI nº NUM000 , nacida el 20.10.1960, afiliada y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, con núm. de SS. NUM001 , que prestando servicios con categoría de Ayudante de Dependienta, fue baja de IT derivada de enfermedad común el 18.10.1999, cuando venía trabajando para la empresa Gregorio Quesada, con diagnóstico de **Fibromialgia** .

SEGUNDO.- Iniciado expediente de incapacidad permanente el Informe de Valoración Médica (IVM), de 12.6.2001, estableció como diagnóstico: "En tratamiento por síndrome de **fibromialgia** . Trastorno depresivo". Y como limitaciones orgánicas o funcionales: "Actualmente no se objetiva menoscabo permanente".

TERCERO.- Tras el preceptivo dictamen del EVI de 13.6.2001, la Dirección Provincial del INSS dictó Resolución, con fecha 5.7.2001, por la que se denegaba a la parte actora estar afecta a 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 dicha Resolución fue interpuesta la oportuna reclamación en Vía Previa, en fecha 14.8.2001 que fue desestimada de manera expresa el 30.8.2001, por los mismos motivos que la Resolución primitiva.

CUARTO.- Se solicita la declaración de una Invalidez Permanente Total para la profesión habitual de Portero de Discoteca, de acuerdo con la base reguladora 670,73 euros/mes, y con efectos del 24.8.2001.

QUINTO.- El actor padece los males siguientes:

- **Fibromialgia** .
- Neurosis depresiva.
- Artrosis cervical con hernias discales C3-C7, sin radiculopatía.

Los anteriormente padecimientos no limitan a la parte actora para ningún tipo de actividad. SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que, desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DOÑA Antonia frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA o, subsidiariamente, TOTAL debo absolver y absuelvo a la demandada de la pretensión deducida en su contra.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda rectora de autos, mediante la cual la actora solicitaba ser declarada en incapacidad permanente, en el grado de invalidez permanente absoluta para todo trabajo, y, subsidiariamente, en el grado de invalidez permanente total para su profesión habitual.

Frente a dicha sentencia se alza la parte actora en recurso de Suplicación y en un primer motivo al amparo del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* , solicita la revisión de los hechos declarados probados, proponiendo la modificación del hecho probado quinto con la pretensión de que se incluya una serie de lesiones y secuelas que no fueron apreciadas por el Juzgador de instancia.

Modificación del relato histórico que no puede recibir favorable acogida, pues, ha de recordarse que la interpretación que del *artículo 205 b) ambos de la vigente Ley de Procedimiento Laboral* ha realizado tanto la jurisprudencia como las Sentencias de Suplicación, exige que los documentos o las pericias alegadas demuestran la equivocación del Juzgador, sin que resulten contradiños por otros elementos probatorios. Es decir el error debe ser concreto, evidente y cierto, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, ni puede basarse en documentos o pericias a las que se hayan opuesto documentos o pericias por la otra parte, precisándose pro ello, de una actividad de ponderación por parte del Juzgador. En el presente caso la recurrente pretende la sustitución del criterio, objetivo e imparcial, del Juzgador de instancia por el propio, subjetivo e interesado, por lo que el motivo, como se anticipó, no puede prosperar.

SEGUNDO.- Por el cauce del procesal del *apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* se articula un segundo motivo por el que se denuncia infracción de normas contenidas en los *artículos 136 y 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social* . Censura jurídica que no puede recibir favorable acogida por esta Sala, pues del inalterado relato fáctico de la Sentencia recurrida se desprende que las dolencias padecidas por la actora que se detallan en el hecho probado quinto, no son suficientes para ser declarado en situación de incapacidad permanente en ninguno de sus grados, pues, si analizados por separado cada una de sus patologías, centrándonos, en primer lugar, en la artrosis se observa que, de acuerdo con los informes médicos obrantes en autos, lo que resulta diagnosticado es una artrosis cervical con hernias discales de C3 a C7 de pequeño tamaño, que no presenta ningún tipo de radiculopatía en este momento, ya que no resulta acreditado tal circunstancia en la electromiografía que se practica en el año 96, sin que se haya aportado además ni referido por el propio perito particular, la practica de una electromiografía que acreditase que en efecto existe una radiculopatía.

A nivel lumbar, la resonancia de 11 de enero del año 2000 que se recoge en el folio 35 del expediente administrativo manifiesta que, no se aprecian hallazgos de significado patológico. Por tanto, a nivel lumbar no se acredita patología y a nivel cervical el hecho de que en una prueba de imagen como es la resonancia magnética que pone de manifiesto la existencia de hernias discales, no significa que las mismas ocasiones sintomatología limitantes de forma funcional, siendo esta limitación funcional a lo que hay que atender para determinar la incapacidad; se observa que en ninguno de los informe clínicos se recogen limitaciones funcionales derivadas en concreto de esta afectación de la columna vertebral. En cuanto a la patología de estómago, tampoco se acredita que limite funcionalmente.

En lo relativo a la **fibromialgia** causa de la mayor parte de las consultas médicas efectuadas por la actora y que obran en el expediente administrativo, lo que son los informes del Servicio Canario de Salud,

no manifiestan limitaciones funcionales concretas, siendo los demás informes de peritos particulares, tanto psiquiatras y reumatólogos, que tampoco especifican para trabajos estaría limitada la actora; en definitiva, entendemos que la actora no ha acreditado limitaciones funcionales que le impidan realizar una profesión habitual de ayudante de dependencia, y por lo tanto, el recurso debe ser desestimado y la sentencia de instancia ha de ser confirmada.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA Antonia contra la sentencia de fecha 1 de Julio de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social número UNO de Las Palmas de Gran Canaria (autos de juicio 867/2001), 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 1931/2002 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 1931/2002 , 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.