

Id Cendoj: 35016340012006100680  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1503/2003  
Nº de Resolución: 565/2006  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: HUMBERTO GUADALUPE HERNANDEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 22 de mayo de 2006 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. Mª Jesús García Hernández y D./Dña. Juan Jose Rodríguez Ojeda Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por Dª Lucía contra la sentencia de fecha 13.3.2003 dictada en los autos de juicio nº 0000903/2002 en proceso sobre DERECHOS , y entablado por D./Dña. Lucía , contra INSS y Tesorería General De La Seguridad Social .

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:

PRIMERO: Que el actor Dña Lucía , con D.N.I. NUM000 , nacida en fecha de 19.02.48, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM001 , venía trabajando por cuenta y dependencia ajena, con la categoría profesional de Montadora de Buffets, con una base reguladora de 445´43 Euros. Realiza sus funciones en el Hotel "Miramar Dunas", realizando funciones como la colocación de todo lo necesario para el buffet tal como la loza, cubiertos, vasos, comidas, etc. También realiza funciones como el propio desmontaje del buffet y la limpieza de todo el material, además de la limpieza de las neveras y planchas y el cuarto frío. También se encarga de cortar el fiambre, la fruta y la verdura con una máquina cortafiambres.

SEGUNDO: Que la actora causó baja laboral en fecha de 17.09.2000 con el diagnóstico de "Reacción Aguda al estrés", siendo dada de alta en fecha de 16.03.2002 por agotamiento del plazo máximo de IT y quedando a expensas de la propuesta de invalidez.

TERCERO: Que en fecha de 31.02.2001 se solicita interconsulta con traumatología por indicación del médico de cabecera de la actora, siendo remitida al reumatólogo que diagnostica a la actora "Hernia discal". Por su parte el traumatólogo diagnostica a la actora "Estenosis de canal", recomendándole la no realización de trabajos que requieran carga.

CUARTO: Que en fecha de 31.10.2001 la actora acude al Servicios de Urgencias del Hospital Dr. Negrín, quejándose de dolores, y emitiéndose juicio clínico de "Algias Musculares".

QUINTO: Que posteriormente, en fecha de 12.11.2001, la actora acude nuevamente al mismo

Servicio Medico indicado en el hecho Probado anterior, el cual emite en este momento como juicio clínico "Tendinitis en el manguito rotador del hombro derecho".

SEXTO: Que en fecha de 20.02.2002 el Servicio De reumatología del Hospital Dr. Negrín emite Informe Clínico en el que determina que la actora "presenta dolor lumbar mecánico que irradia a ambas extremidades inferiores hasta la pantorrilla con parestesias. No mejora con el tratamiento conservador. También presenta dolor a nivel de columna cervical desde traumatismo. Dolor a la presión de varios puntos fibrosos. Dolor a la palpación de musculatura paravertebral derecha de región sacra. Limitación marcada de la flexión de columna vertebral". Dicho informe diagnostica a la actora "Espondiloartrosis. Estenosis secundaria de canal lumbar. Síndrome Depresivo".

SÉPTIMO: Que en fecha de 18.03.2002 la actora es vista por la Unidad de Salud Mental de la FERIA del Atlántico, la cual emite nota clínica sobre la actora en la que indica que "presenta estado de ánimo depresivo, tristeza y desgana para afrontar la vida cotidiana".

OCTAVO: Que el Informe Médico de Síntesis de 23.05.2002 expedido por el facultativo Dña María Esther Gascón Otero aporta las siguientes conclusiones:

- "Deficiencias más significativas: Espondiloartrosis que condiciona canal estrecho secundario. Pinzamiento leve L4 - L5 con discreta retrolistesis y ocupación del agujero de conjunción derecho, según pruebas de diagnóstico por imagen, trastorno adaptativo".

- "Tratamiento efectuado: Médico - farmacológico. Rehabilitación".

- "Evolución: Se entiende evolución favorable".

- "Limitaciones orgánicas o funcionales: Limitación a la flexión lumbar".

NOVENO: Que el EVI en fecha de 27.05.2002 recogiendo el cuadro clínico y las limitaciones orgánicas y funcionales descritas en el Informe Médico de Síntesis propone a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social "La no calificación de trabajador como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral".

DÉCIMO: Que el Director Provincial del INSS acepta íntegramente el contenido del dictamen del EVI y lo eleva a definitivo en fecha de 18.06.2002.

UNDÉCIMO: Que el Informe Médico de los Doctores Gonzalo y Luis Pedro de fecha 30.07.2002 declara que la actora esta afecta de:

- Cervicoartrosis grado 2 con sus cervicalgias y síndrome cérvico basilar más agudizado por la calcificación de las arterias vertebrales y su hipercolesterolemia.

- Espondiloartrosis generalizada con estenosis secundaria del canal, con sus Raquialgias.

- Tendinitis de manguito de los robadores derecho con omalgia y déficit funcional del hombro derecho.

- Lumboartrosis grado 3 con pinzamiento a nivel L4 - L5 y retrolistesis con sus lumbalgias irradiadas a extremidades inferiores y déficit funcional de su columna lumbar

- Radiculopatía S1 bilateral crónica, con su clínica de dolores, calambres, parestesias y fallos en las extremidades inferiores

- Síndrome depresivo de larga evolución sometido a control y tratamiento por la Unidad de Salud Mental de la FERIA del Atlántico.

- Puntos fibrosíticos positivos en un 60%, lo que unido a su cuadro depresivo, astenia y dolores musculares y poliarticulares podrían hacer pensar que la paciente sufre **fibromialgia**.

Asimismo el mismo Informe Médico establece las siguientes conclusiones:

- Las lesiones son crónicas pero no estabilizadas.

- No puede ni debe haber movimientos repetitivos con el cuello por su cervicoartrosis y síndrome cervicobasilar que se ve empeorado por la calcificación de las arterias vertebrales e hipercolesterolemia.
- No puede ni de debe realizar movimientos repetitivos ni cargar pesos o hacer fuerzas con su extremidad superior derecha por la patología a nivel del manguito de los rotadores del hombro derecho.
- No puede no debe sobrecargar su columna vertebral realizando movimientos repetitivos con la misma. Ni manteniendo posiciones prolongadas de bipedestación o sedestación por su espondiloartrosis y estenosis del canal lumbar.
- No puede ni debe realizar deambulaciones de +/- 150 metros y menos por terrenos irregulares o llevando cargas por su radiculopatía S1 bilateral.
- No puede ni debe correr, saltar, agacharse, levantarse, ponerse en cuclillas o subir y bajar escaleras.
- No puede ni debe permanecer en situación de tensión o estrés debido a su cuadro depresivo en tratamiento".

DÉCIMO SEGUNDO: Que el actor ha agotado la vía previa.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que estimando parcialmente la demanda presentada por Dña Lucía , contra el I.N.S.S., declaro al actor afecto de una Invalidez Permanente Total para su Profesión Habitual en su grado de Cualificada, con derecho a percibir pensión del 75% de la base reguladora reconocida en el hecho probado primero de esta sentencia, en 14 pagas al año, con fecha de efectos 27.05.2002, condenándose al INSS a su reconocimiento y abono.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación por la actora y el INSS, que fue impugnado a su vez por ambas partes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda del actor, de profesión montadora de Buffets, y declara a la misma en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, apreciando las siguientes lesiones: "-Cervicoartrosis grado 2 con sus cervicalgias y síndrome cérico basilar más agudizado por la calcificación de las arterias vertebrales y su hipercolesterolemia.

- Espondiloartrosis generalizada con estenosis secundaria del cabal, con sus Raquialgias.
- Tendinitis de manguito de los rotadores derecho con omalgia y déficit funcional del hombro derecho.
- Lumboartrosis grado 3 con pinzamiento a nivel L4 - L5 y retrolistesis con sus lumbalgias irradiadas a extremidades inferiores y déficit funcional de su columna lumbar
- Radiculopatía S1 bilateral crónica, con su clínica de dolores, calambres, parestesias y fallos en las extremidades inferiores
- Síndrome depresivo de larga evolución sometido a control y tratamiento por la Unidad de Salud Mental de la FERIA del Atlántico.
- Puntos fibrosíticos positivos en un 60%, lo que unido a su cuadro depresivo, astenia y dolores musculares y poliarticulares podrían hacer pensar que la paciente sufre **fibromialgia** .
- "- Las lesiones son crónicas pero no estabilizadas.

- No puede ni debe haber movimientos repetitivos con el cuello por su cervicoartrosis y síndrome cervicobasilar que se ve empeorado por la calcificación de las arterias vertebrales e hipercolesterolemia.

- No puede ni de debe realizar movimientos repetitivos ni cargar pesos o hacer fuerzas con su extremidad superior derecha por la patología a nivel del manguito de los rotadores del hombro derecho.

- No puede no debe sobrecargar su columna vertebral realizando movimientos repetitivos con la

misma. Ni manteniendo posiciones prolongadas de bipedestación o sedestación por su espondiloartrosis y estenosis del canal lumbar.

- No puede ni debe realizar deambulaciones de +/- 150 metros y menos por terrenos irregulares o llevando cargas por su radiculopatía S1 bilateral.

- No puede ni debe correr, saltar, agacharse, levantarse, ponerse en cuclillas o subir y bajar escaleras.

- No puede ni debe permanecer en situación de tensión o estrés debido a su cuadro depresivo en tratamiento".

Contra la misma se alzan las dos partes litigantes, formulando sendos recursos; el INSS con base en dos motivos de revisión fáctica y un doble motivo de censura jurídica, y la actora con base en un motivo de revisión fáctica y otro de censura jurídica.

Así, por lo que respecta al INSS, este con amparo en el *art. 191 letra b) de la Ley de Procedimiento Laboral* propone la adición al hecho probado sexto del siguiente texto:

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese 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 les 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, pues siendo cierta la adición postulada, es irrelevante de cara al fallo, pues el Juez lo que hace es recoger la valoración del médico evaluador que no hace suya, ya que lo que acepta es la pericial practicada en el juicio.

Ello hace, por tanto, irrelevante la modificación propuesta por ser intrascendente de cara al fallo.

SEGUNDO.- En segundo lugar y con el mismo amparo procesal pretende la eliminación del hecho probado undécimo del siguiente texto: "...Cervicoartrosis grado 2 con sus cervicalgias y síndrome cervicovascular...hasta el final. -Tendinitis...hasta el final. -Radiculopatía S1...hasta el final. -Síndrome depresivo...hasta el final. -Puntos fibrosíticos...hasta el final. Así como la eliminación de todas las limitaciones que en el ap. 2 de dicho hecho se expresan..."

El motivo así articulado ha de decaer, pues el Juez se ha basado en la pericial y en los informes aportados con la misma y los obrantes en autos.

La pretensión de la recurrente de que se tenga en cuenta el informe médico de síntesis, es muy loable pero no da amparo a la pretensión de revisión, pues lo que hay son informes contradictorios valorados libremente por el Juez, sin que quepa, por tanto, hablar de error en la valoración de la prueba

TERCERO.- Con amparo, a su vez, en el *artículo 191 letra c) de la Ley de Procedimiento Laboral* alega: a) Infracción del *artículo 137.4 y 136.1 de la Ley General de la Seguridad Social* por entender que las lesiones del actor no le impiden el desempeño de su profesión habitual y, b) Infracción del *artículo 139 de la Ley General de la Seguridad Social* por que la actora no tenía en la fecha del hecho causante cumplidos los 55 años.

Por lo que respecta al primer motivo ha de desestimarse, pues la recurrente basa el éxito de su recurso en el éxito de los motivos revisorios que han sido desestimados.

Ello obliga a la Sala a examinar el motivo a partir del inalterado relato fáctico, en el que recogen todas las lesiones y limitaciones de la actora.

A la vista de las mismas, plasmadas en el hecho probado undécimo el motivo ha de decaer, pues las dinámicas propias de su profesión son incompatibles con aquellas secuelas y limitaciones ya que no puede cargar peso o hacer fuerza con su brazo derecho, ni sobrecargar la columna, ni bipedestar ni sedestar largo tiempo etc..., todo lo cual le impide el desempeño de su profesión habitual.

Por lo que respecta al otro motivo estima la Sala que ha de prosperar, pues la actora en la fecha del hecho causante no tenía 55 años, ni pidió en la demanda el 75%, sino el 55%, ni lo pidió en el acto del juicio.

El Juez por propia iniciativa reconoce una calificación del grado de invalidez que, en principio, la parte no ha solicitado y para lo cual no reúne en el momento de incoación del expediente, ni en la fecha del hecho causante el requisito de los 55 años.

Por ello, y sin perjuicio del derecho de la parte a pedirlo en legal forma en vía administrativa el motivo en este punto ha de ser estimado.

CUARTO.- A su vez la parte actora recurrente, con amparo en el *artículo 191 letra b) de la Ley de Procedimiento Laboral*, propone que en el hecho probado undécimo, el párrafo que habla del síndrome depresivo se sustituya por el siguiente texto: "...Síndrome depresivo de larga evolución, presenta tristeza, desgana para afrontar la vida cotidiana, sometido a control y tratamiento por la Unidad de Salud Mental de la FERIA del Atlántico..."; motivo que ha de ser desestimado, pues siendo cierto, además de irrelevante de cara al fallo, ya figura incorporado en la medida en que el Juez recoge y transcribe las conclusiones del informe pericial que además hace suyo en los fundamentos de derecho.

QUINTO.- Por último y con amparo en el *artículo 191 letra c) de la Ley de Procedimiento Laboral*, alega infracción del *artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social* por entender que la depresión le impide el desempeño de cualquier trabajo.

La Sala no comparte el criterio de la recurrente, pues se habla de un síndrome depresivo que según los informes médicos del año 2002 venía siendo tratado desde hacía unos 18 meses, y cuyos únicos síntomas son abestimiento y tristeza.

Para aceptar la tesis de la recurrente habría que conocer con detalle la clínica completa del síndrome, y si ello ocasiona menoscabo permanente en el sentido del *artículo 134 de la Ley General de la Seguridad Social*.

Es cierto que la depresión afecta a todas las esferas vivenciales del individuo, distorsiona su entorno y origina dificultades de adaptación y convivencia.

Pero, en todo caso, es preciso conocer cual es su sintomatología, su intensidad y su afectación al trabajo, datos que en este caso concreto no existen lo que obliga a desestimar el recurso.

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

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Lucía, contra la sentencia de fecha 13.3.2003, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de esta Provincia, y estimamos en parte el recurso interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, acordando fijar el porcentaje de pensión en el 55% manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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 1503/03 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 1503/03 , 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.