

Id Cendoj: 35016340012006101219
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1683/2003
Nº de Resolución: 1217/2006
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: HUMBERTO GUADALUPE HERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 25 de Octubre de 2006 .

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS formada por los Ilmos. Sres D. Humberto Guadalupe Hernández (Ponente) Presidente, Dña. Mª Jesús García Hernández y D. Juan José Rodríguez Ojeda Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social contra la sentencia de fecha 12/05/03 dictada en los autos de juicio nº 0000946/2002 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por Dña. Amanda , contra Instituto Nacional De La Seguridad Social .

El Ponente, el Ilmo. Sr. D. 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.- La parte demandante, nacida el 4.4.1946, está encuadrada en el Régimen General de la Seguridad Social y ha estado trabajando como limpiadora. El 25.5.2001 inició una situación de IT derivada de enfermedad común.

SEGUNDO.- En fecha 19.6.2002, el EVI emitió dictamen propuesta en materia de incapacidad permanente en el expediente de la actora, en el que determinaba el siguiente cuadro clínico: " **Fibromiálgia** no activa. Espondiloartrosis incipiente cervical y moderada lumbar. Eutímica. HTA. Hernia de hiato". Proponía la no calificación de la trabajadora como incapaz permanente. El INSS, mediante resolución de fecha 16 de julio de 2002, asumiendo totalmente el dictamen emitido, acordó denegar prestaciones por incapacidad permanente.

TERCERO.- La parte actora formuló reclamación previa en fecha 5.8.2002, que le fue desestimada mediante resolución sin fechar, registrada de salida el 17.9.2002.

CUARTO.- La actora presenta el siguiente cuadro clínico: **Fibromiálgia** activa. Artrosis en raquis cervico-lumbar y de ambas rodillas con disociación clínico-radiológica. Hombro derecho limitado en su movilidad en un porcentaje superior al 50%. HTA. Hernia de hiato y síndrome depresivo.

QUINTO.- La actora venía prestando servicios como limpiadora para el Ayuntamiento de San Mateo, donde causó baja el 15.11.2001. El 5.8.2002 causó nuevamente alta como limpiadora en el indicado Ayuntamiento.

SEXTO.- La base reguladora de las prestaciones de invalidez es de 614,78 € mensuales.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que, estimando totalmente la demanda interpuesta por Amanda , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), debo declarar y declaro a la actora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual del Régimen General de la Seguridad Social equivalente al 55 % de una base reguladora de 614,78 €, con efecto desde 19.6.2002 y con los incrementos legales y revalorizaciones pertinentes; en su virtud, debo condenar y condeno al Instituto demandado a que abone al actor dicha pensión en la forma y cuantía señaladas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda de la actora, de profesión limpiadora, y declara a la misma en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, por padecer: **Fibromiálgia** activa. Artrosis en raquis cervico-lumbar y de ambas rodillas con disociación clínico-radiológica. Hombro derecho limitado en su movilidad en un porcentaje superior al 50%. HTA. Hernia de hiato y síndrome depresivo.

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

Así, en primer lugar y con amparo en el *artículo 191* letra a) alego nulidad por insuficiencia de hechos probados, al carecer, a su juicio, la sentencia de la especificación de las limitaciones que justifican el grado de invalidez reconocido.

El motivo así articulado ha de decaer, pues en el fundamento de derecho tercero, párrafo 3º recoge, aunque de forma genérica, las limitaciones, ya que se refiere a la **Fibromiálgia** , cuyas limitaciones se describen en el expediente administrativo (folio 45) y a la limitación del hombro derecho en más del 50% así como a la existencia de la artrosis.

No puede la Entidad Gestora alegar indefensión, cuando el juez reconoce que los datos los obtiene del expediente administrativo, y en este se dice (folio 45) que la actora no debe mantener la postura mantenida en flexión o extensión; no debe elevar peso desde el suelo; no debe coger objeto que estén en alto o elevar pesos por encima de la cabeza, ni realizar torsiones o giros bruscos. A ello se añade que el expediente presenta una abierta contradicción en los dos informes de los médicos evaluadores de Diciembre del 2001 y de Junio de 2002, pues en el primero se destaca la **Fibromiálgia** con 16 puntos positivos y la limitación para movimientos continuados del raquis cervical y lumbar, limitación del hombro derecho del 50%, miembros que en el segundo solo se habla de 4 puntos fibromiálgicos; si bien este último informe está en abierta contradicción con los diferentes informes obrantes en el expediente sobre la **Fibromiálgia** (folio 45) los dolores lumbares (folio 44, 41) etc...

A juicio de la Sala los hechos son suficientes y no cabe hablar de indefensión, lo que obliga a rechazar el motivo de nulidad.

SEGUNDO.- En segundo lugar y con amparo en el *artículo 191 letra b) de la Ley de Procedimiento Laboral* pretende la sustitución del hecho probado 4º por el siguiente texto: "...la actora presenta el siguiente cuadro clínico **Fibromiálgia** no activa, espondiloartrosis incipiente cervical y moderada lumbar, eutímica, HTA y hernia de hiato. Se le han diagnosticado cuatro de 18 puntos fibromiálgicos positivos. De acuerdo con radiografías de 23.05.02 se diagnostica una leve rectificación de lordosis cervical con incipiente artrosis grado I-II más lumbartrosis grado II".

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 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 la parte pretende sustituir la libre valoración del juez por la suya propia, escogiendo el informe que le beneficia y olvidando los otros informes en los que el juez se ha basado.

No hay error en la valoración de la prueba, sino informes médicos contradictorios que el juez ha valorado libremente lo que hace improsperable el motivo.

TERCERO.- Por último, y con amparo en el *artículo 191 letra c) de la Ley de Procedimiento Laboral* alega infracción del *artículo 136 y 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social*, por entender que las lesiones que el actor padece no le impiden el desempeño de su profesión.

El motivo así articulado ha de decaer, pues se basa en la revisión fáctica, propuesta y no aceptada.

Consta en los informes que el actor padece dolores cervicales y lumbares, debido a artrosis cervical y lumbar, que tiene una limitación del 50% del hombro derecho, con movilidad dolorosa y constan las limitaciones que la **Fibromiálgia** produce (folio 45), a lo que se añade un cuadro depresivo.

El I.N.S.S. no ha desvirtuado las limitaciones que los diferentes informes del Servicio Canario de la Salud señalan y el juez ha tenido en cuenta lo que obliga a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social, contra la sentencia de fecha 12/05/03, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL Nº. 2 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 1683/03 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 1683/03, 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.