

Id Cendoj: 35016340012007100297
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 558/2004
Nº de Resolución: 266/2007
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 28 de Febrero de 2007

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 José Rodríguez Ojeda (Ponente) Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra sentencia de fecha 1 de septiembre de 2003 dictada en los autos de juicio nº 1037/2001 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. María Inés , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

El Ponente, el Ilmo./a Sr./a. D./Dña. Juan José Rodríguez Ojeda , 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.- D.ª María Inés , nacida el 23/3/43, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM000 padece las siguientes lesiones y enfermedades derivadas de enfermedad común: Cervicoartrosis grado 2-3. Protusión discal C5-C6. Síndrome cervico basilar que se acentúa con la movilización. Radiculopatía C5-C6 derecha. Periartritis escápulo humeral de hombro derecho. Atrapamiento sensitivo motor de grado moderado del nervio mediano derecha intervenido hace 8-10 años. Lumboartrosis grado 2-3, sacralización L5 y fractura aplastamiento de L1. Coxartrosis y gonartrosis incipiente. Pies cavos varos dolorosos. **Fibromialgia** con dolores musculares generalizados. Estado de ánimo de tinte depresivo. Las anteriores dolencias la limitan de la siguiente manera: No puede sobrecargar su columna cervical realizando movimientos repetitivos de cuello ni extremidades superiores, no puede sobrecargar su extremidad superior derecha realizando movimientos repetitivos o fuerzas en paciente diestra, no puede sobrecargar su columna lumbar realizando movimientos de flexo extensión o cargando peso, no puede mantener posiciones prolongadas de bipedestación o sedestación ni caminar por terrenos irregulares.

Su profesión habitual es la de limpiadora. En la realización de su trabajo de limpiadora en una clínica la actora realiza, entre otras, las siguientes funciones: Limpieza de una planta de la clínica que consta de catorce habitaciones, utilizando entre otros instrumentos una fregona industrial con las siguientes dependencias por habitación: entrada, baño y cada habitación con dos o tres camas que hay que rodar, con cuatro cajas de escaleras cada planta y los dos pasillos de la planta, así como limpieza de los apartamentos existentes en la planta, limpieza de papeleras y retirada de basura (ejemplo: pañales, etc.) hasta los contenedores, etc.

La actora inició proceso de IT el 9/12/99 con el diagnóstico de espondiloartrosis y protusión discal

C5-C6, siendo dada de alta con propuesta de incapacidad permanente el 8/6/01.

SEGUNDO.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó Resolución el 13/9/01, vista la propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 30/7/01, por reproducida a estos solos efectos, efectuada previo análisis del informe médico de síntesis, por la que acordó denegar a la parte actora prestación por Invalidez Permanente por no hallarse afecta a ninguno de sus grados.

TERCERO.- La base reguladora es de 635´92 euros mensuales.

CUARTO.- A la actora se le abonó la prestación de IT en pago directo por el INSS hasta el 21/9/01 y reingresó en la empresa en la que prestaba sus servicios cuando causó baja médica, Lux Canarias, SA, el 26/9/01.

QUINTO.- Interpuesta reclamación previa resultó desestimada.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que estimo la demanda interpuesta por D.^a María Inés contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y en su virtud declaro a la misma afecta de una Invalidez Permanente en grado de Total para su profesión habitual de limpiadora, con derecho a percibir una prestación asistencial y económica inherente a la misma en la cuantía y efectos reglamentarios, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por esta resolución y al pago de las cantidades correspondientes. TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la pretensión de la actora con categoría profesional de limpiadora y por la que solicitó ser declarada afecta de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

Frente a la misma se alza el INSS mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de un motivo de revisión fáctica y otro de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia sea desestimada la demanda.

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* solicita el INSS la modificación del relato fáctico declarado probado por el Magistrado de instancia con la finalidad de que con base a la documental obrante a los folios 137 y 138 se modifique el hecho probado cuarto suprimiendo la expresión " cuando causó baja médica". El motivo se desestima por carecer de trascendencia para el fallo y en todo caso lo que realmente se dice en el ordinal cuarto aunque mal redactado es que el 26-9-2001 reingresó en la empresa Luz Canarias SA donde había prestado servicios hasta que causó baja medica , que según el ordinal primero lo fue el 9-12-1999.

TERCERO.-Por el cauce del *apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* denuncia el INSS la infracción del *artículo 141 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994* y se argumenta que los efectos económicos deben ser desde la resolución del INSS el 13-9-2001 y no desde la propuesta del EVI de 30-7-2001 . Se alega asimismo que como la actora el 26-9-2001 reingresó en la empresa Luz Canarias SA continuando su labor hasta el 21-10-2003 la percepción del salario es incompatible con la prestación de incapacidad permanente. El motivo y el recurso prosperan en parte .

En cuanto a los efectos económicos de una invalidez permanente que viene precedida de una situación de incapacidad temporal , se ha pronunciado el Tribunal Supremo en varias sentencias de las que mencionaremos la de 4 de Abril de 2000 (ED 11184) que recoge la jurisprudencia del tema y en ella se dice : "La cuestión jurídica ahora planteada, -la sucesión en la percepción del subsidio de ILT y la pensión de invalidez permanente en el grado que corresponda, sin pasar por la situación intermedia de invalidez provisional prevista en la precedente legislación de Seguridad Social (que es la aplicable al caso), y sin interrupción de la protección por tiempo equivalente a la duración de tal invalidez provisional-, ha sido ya resuelta por esta Sala con respecto a los trabajadores por cuenta propia encuadrados en el RETA (entre otras, SSTS/IV 20-V-1991 EDJ 1991/5300 , 21-IX-1992 - recurso 68/1992 EDJ 1992/9001 , 29-VI-1994 -recurso 3258/1993 EDJ 1994/5685 , 24-XII-1996 - recurso 1597/1996 EDJ 1996/10106) y en el Régimen Especial Agrario (STS/IV 17-V-1999 -recurso 3890/1998 EDJ 1999/9148) y a la solución dada en las mismas debe estarse en el presente caso, lo que comporta la desestimación del recurso de casación unificadora formulado por la Entidad Gestora

2.- En esencia, se argumenta en las citadas sentencias, en especial y más concretamente en la de 24-XII-1996 EDJ 1996/10106 , relativa a una trabajadora encuadrada en el RETA, que "el paso de una a otra situación de protección no es automático, habida cuenta que la calificación de la invalidez permanente en el grado que corresponda ha de producirse de acuerdo con el procedimiento establecido para valorar cómo afectan las dolencias o lesiones del asegurado a su capacidad de trabajo", y, dado que en este punto surge el dilema de interpretación debatido, se entiende que "el criterio adoptado en la normativa reglamentaria en las situaciones de transición entre distintas prestaciones de incapacidad o de invalidez, cuando entre una y otra no ha existido recuperación de la capacidad de trabajo, es el de evitar interregnos vacíos de protección" y que "éste es el criterio o principio que en definitiva ha dado lugar a la jurisprudencia sobre el paso de la incapacidad temporal a la invalidez permanente en el Régimen de autónomos, sin la prolongada interrupción de la hoy desaparecida situación de invalidez provisional. Y éste es también el principio o criterio acogido por el legislador en la *Ley 42/1994, que ha incluido en el texto refundido de la LGSS el nuevo art. 131 .bis* EDL 1994/16443 , inspirado en la misma idea de evitar intervalos de desprotección; si bien la solución arbitrada en esta disposición legal de prorrogar el subsidio de incapacidad temporal no es aplicable a la solución del presente recurso, cuyos hechos son anteriores".

La aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado determina que debamos estar de acuerdo con la segunda propuesta del INSS, es decir , los efectos económicos de la incapacidad permanente total reconocida debe retrotraerse al 22-9-2001 ya que hasta el 21-9-2001 la actora estuvo percibiendo prestación de incapacidad temporal como consta en el hecho probado cuarto, no pudiéndose estimar como fecha de retroacción a la de la resolución el 13-9-2001 pues ello implicaría una desprotección del trabajador .

CUARTO.- En cuanto a la incompatibilidad de la prestación con el salario durante un corto periodo de tiempo, es cuestión nueva no alegada en la instancia .

El concepto de "cuestión nueva" de diseño jurisprudencial, se estableció para prohibir en sede de recurso extraordinario, la introducción como objeto del proceso de aquellas cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que pudiendo ser discutidas solo a instancia de parte no fueron, sin embargo, planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida. Y ello con fundamento, tanto en la naturaleza extraordinaria y revisora de dicho recurso que requiere, para evitar convertirlo en una segunda instancia, que las infracciones alegadas en él hayan de guardar armónica y debida conexión con las formuladas en demanda y contestación, como en las exigencias derivadas de los principios de preclusión, lealtad y buena fe procesal, igualdad de las partes y derecho de defensa que obligan a proscribir, como ya indicaba en la sentencia del TS de 17 de Diciembre de 1991 (ED 11998), toda "falta de identidad entre las alegaciones de la demanda y del recurso impugnatorio subsiguiente que pueda producir indefensión a la otra parte procesal". En definitiva, no pueden ser examinadas en suplicación todas aquellas cuestiones que, ínsitas en el poder de disposición de las partes, no fueron propuestas por estas en la instancia.

Salvo los casos del *art 231 de la LPL* , no podrán suscitarse en el recurso cuestiones nuevas que no se hayan planteado en la instancia, dado que ello se fundamenta no solo en la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación , sino además en que la parte contraria no tiene las mismas posibilidades de defensa en éste que si la cuestión se suscita en el juicio oral , habiendolo entendido así las sentencias de 4 de Febrero de 1993 del TSJ de Canarias sede de Tenerife y la de 29 de Marzo de 1.993 del TSJ de Murcia (Aranzadi 773 y 1574). Entendiéndose que existe una cuestión

nueva como dice Montero cuando se suscitan cuestiones de hecho no planteadas en la instancia o se deducen de los hechos probados peticiones no incluidas en la demanda o en conclusiones , o como afirma Moliner Tamborero defensas o excepciones no planteadas en los momentos procesales oportunos del juicio (s. TSJ País Vasco de 28 de Junio de 1993 - Aranzadi 2878) .

La prohibición de formular en el recurso cuestiones fácticas o jurídicas nuevas no alegadas en la instancia es puesta de relieve por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como puede verse en sus Sentencias de 5 de noviembre de 1993 EDJ 1993/9930, 18 de enero de 1994, 4 de febrero de 1997 y 6 de febrero de 1998 , seguida por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, así el de Cataluña, en sentencia de 28 de mayo de 1999; de Murcia, en la de 3 de marzo de 1998 EDJ 1998/3651 ; de Madrid, en la de 6 de julio de 1999 EDJ 1999/35400 , Extremadura, en las de 15 de junio, 25 y 30 de septiembre de 1996 y 27 de enero de 1998 y TSJ de Canarias en Las Palmas sentencia de 30 de Enero de 2004 recurso 1429/2001 .

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 26 de Septiembre de 2001 (Actualidad Laboral 128/2002

) afirma que "es doctrina de esta Sala, contenida de forma y reiterada en tan numerosas sentencias que excusa de su concreta cita, que las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo "ex officio" el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Amén de que si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo".

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha 1 de Septiembre de 2003, del Juzgado de lo Social 6 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento 1037/2001, seguido a instancia de DOÑA María Inés, que confirmamos aclarando que los efectos económicos de la incapacidad permanente total reconocida debe retrotraerse al 22-9-2001.

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: 3537/0000660558/2004 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 24100000660558/2004, 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.