

Id Cendoj: 35016340012007100789
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 23/2005
Nº de Resolución: 846/2007
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JIMENEZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 31 de Mayo 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 Jiménez García (Ponente) Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social contra sentencia de fecha 15 de Septiembre de 2004 dictada en los autos de juicio nº 385/2004 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Clara , 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 actora se encuentra afiliado al Régimen de autónomos de la Seguridad social habiendo sido declarado en 2002 en incapacidad permanente total para su profesión habitual del comercio. Siendo la base reguladora de 599,95 Euros.

SEGUNDO.- En fecha de 5 de Marzo de 2004 el INSS desestima la revisión de grado. Frente a esa resolución se interpuso reclamación previa que fue resuelta en sentido desestimatorio.

TERCERO.- Dichas resoluciones se basan en informe del EVI según el cual el actora sufre como cuadro clínico residual cervicobraquialgia derecha, hernia discal crónica C5-C6 sin afectación radicular, hernia dorsal D7-D8, lumbar L4-L5 con profusión discal L3-L4 y L4-L5 espondilosis lumbar, síndrome ansioso depresivo reactivo, HTA (sic).

CUARTO.- Ha quedado acreditado que a las limitaciones antes mencionadas en el informe del EVI debe añadirse que el actor sufre de las siguientes deficiencias: patología osteoarticular (cervicoartrosis y hernia discal C5-C6, con su clínica de cervicobraquialgia y síndrome de insuficiencia vértebro basilar de cefaleas, mareos y vértigos, así como limitación importante de la movilidad de columna cervical (RMN, D.1), espondiloartrosis a nivel dorsal con hernia discal D7-D8 que contacta con eje medular, lo que origina una dorsalgia en cinturón importante, (RMN, D.1), lumbartrosis grado 3 con hernia discal L4-L5 y protrusiones a nivel L3-L4 y L5-S1, con su clínica de dolores lumbares irradiados a extremidades inferiores, y déficit de movilidad del segmento lumbar (TAC, D.6), síndrome subacromial de hombro derecho, causado por una artrosis acromioclavicular y que origina un déficit funcional de dicho hombro de \pm 50% con dolor crónico, (RMN, D.2), esguince crónico de tobillo derecho, por rotura del ligamento peroneo astragalino anterior y

osteocondritis del astrágalo (RMN, D.5), lo que origina un dolor a ese nivel acompañado de déficit funcional de dicho tobillo); patología Neurológica (atrapamiento sensitivo motor de nervio Mediano bilateral de grado moderado/severo, con su clínica de dolores, parestesias y pérdida de fuerza y destreza de ambas manos (EMG, D.11), radiculopatía S1 bilateral crónica, (EMG, D.11) con su clínica de dolores irradiados desde columna lumbar y parestesias, calambres, fallos y pérdida de fuerza en extremidades inferiores, patología Cardiovascular, HTA con mal control de las cifras tensionales con los distintos tratamientos pautados, cardiopatía hipertensiva con hipertrofia de ventrículo izquierdo, bradicardia sinusal en estudio; patología psicoafectiva: (trastorno depresivo crónico de más de 4 años de duración, y con nulas respuestas a los distintos tratamientos aplicados; trastorno por estrés postraumático crónico) y dolor crónico (por su **Fibromialgia** , presenta un cuadro de dolor crónico fuertemente asociado a la depresión, dando lugar al círculo álgico, por su patologías a nivel de columna vertebral, hombro y radiculopatía S1 bilateral, presenta un cuadro de dolor crónico que ha sido tratado por la Unidad del Dolor Crónico, y que se considera que existe por parte de todos los especialistas que la han tratado (Traumatología y Rehabilitación).

Los anteriores padecimientos son crónicos y no susceptibles de recuperación, dada la escasa eficacia demostrada por los distintos tratamientos aplicados, si bien el atrapamiento de nervio Mediano podría ser intervenido quirúrgicamente. Como consecuencia de ellos no puede sobrecargar su columna vertebral a ninguno de sus niveles, cervical, dorsal o lumbar, realizando movimientos repetitivos de flexo extensión, cargando o trasportando peso, por presentar patología discal en todos ellos, no puede ni debe realizar movimientos repetitivos ni cargar o elevar pesos con su brazo derecho por la lesión a nivel de hombro, no puede ni debe realizar movimientos repetitivos ni fuerza o destreza con ambas manos, por la lesión de nervio Mediano bilateral de grado moderado-severo, no puede mantener posiciones estáticas de bipedestación o sedestación prolongadas por las lesiones a nivel dorso lumbar y de miembros inferiores (radiculopatía S1 y lesión tobillo derecho), no puede realizar deambulaciones de ± 100 metros y menos por terrenos irregulares o llevando carga, y no puede permanecer en situaciones de tensión o estrés por su patología cardio vascular y psicoafectiva. SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que estimando la demanda interpuesta por Doña Clara contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social debo declarar y declaro que la parte actora se encuentra afecta de una INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y al INSS a que le abone una prestación económica consistente en una pensión vitalicia equivalente al 100% de la base reguladora de 599,95 €/mes, más los incrementos y revalorizaciones que legalmente correspondan, con efectos desde el dictamen del EVI. TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda rectora de autos y declara a la actora afecta a una Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo, como consecuencia de la revisión de grado de su anterior situación de Incapacidad Permanente Total para su trabajo habitual de Comercio.

Frente a dicha sentencia reacciona el Instituto Nacional de la Seguridad Social en recurso de suplicación y con amparo procesal en el *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* formula un primer motivo de revisión fáctica con la pretensión de que se incluya una adición al hecho probado primero en el que se recoja el cuadro residual que dio lugar a su anterior situación de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual.

Modificación del relato histórico que no puede recibir favorable acogida, pues, ha de recordarse que la interpretación del *artículo 205 .d)* aplicado en vía de Suplicación, en relación con el *artículo 191.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 contradichos 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 las otra partes, precisándose, por 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.

Máxime cuando el pretendido añadido es intrascendente a los efectos del fallo, pues aunque el cuadro de lesiones y dolencias pueda tener alguna similitud, lo cierto es que el cuadro de limitaciones es de mayor gravedad, al existir nuevas limitaciones y de mayor intensidad de las que ya tenía en la situación anterior.

SEGUNDO.- Por el cauce procesal del *apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* formula un segundo motivo de censura jurídica, por medio del cual denuncia infracción de los artículos 143 y 137,5 de la *Ley General de la Seguridad Social*.

Censura jurídica que no puede recibir favorable acogida por esta Sala, pues el cuadro de lesiones y limitaciones existente en estos momentos, se evidencia el deterioro progresivo que ha sufrido las dolencias de la actora.

En el cuadro clínico descrito y las limitaciones que el mismo conlleva, que se relatan en el hecho probado cuarto, la Sala no aprecia la existencia una capacidad real de trabajo valorable en los referidos términos de empleo efectivo, pues es claro que el resultado del trabajo que la demandante pudiera realizar con dichos padecimientos, será considerado como marginal, por no poder desarrollar el núcleo esencial de cualquier profesión y su consecuencia de obtener un resultado económico apreciable; y según se desprende del *artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de Junio de 1994*, dicha posibilidad no excluye la calificación de Incapacidad Permanente Absoluta; lo que conduce a la estimación del motivo.

Todo ello nos conduce a la desestimación del recurso interpuesto y a la confirmación de la sentencia recurrida.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de fecha 15 de Septiembre de 2004 (autos de juicio nº 385/2004), dictada por el JUZGADO. DE LO SOCIAL N. 7 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: 3537/0000660023/2005 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 24100000660023/2005, 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.