

Id Cendoj: 35016340012007101503
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 469/2005
Nº de Resolución: 1525/2007
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 24 de Octubre 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. M^a 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 Consejería De Empleo Y Asuntos Sociales contra sentencia de fecha 8 de Noviembre de 2004 dictada en los autos de juicio nº 52/2004 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Marí Luz contra DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS SOCIALES DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO Y ASUNTOS SOCIALES DEL GOBIERNO DE CANARIAS .

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.- La actora, nacida el 18.7.1951, solicitó una pensión de invalidez no contributiva en fecha 20.12.2001.

SEGUNDO.- El Equipo de Valoración y Orientación del Centro Base de Las Palmas emitió dictamen el 21.4.2003 en el que se reconocía a la actora un grado de discapacidad global del 25 % por trastorno de la afectividad debido a trastorno distímico de etiología psicógena. Como factores sociales complementarios le reconocía 8 puntos, dos por su situación familiar, 2 por los recursos económicos y 4 por el nivel cultural. El grado total de minusvalía reconocido era del 33 %.

TERCERO.- El 26 de mayo de 2003 se dictó resolución por el Director General de Servicios Sociales denegando la pensión de invalidez no contributiva "Por no estar afectado por un grado de minusvalía igual o superior al 65 % ...".

CUARTO.- El 10.7.2003 la actora presentó reclamación previa contra la anterior resolución. El 22.10.2003 el E.V.O. emitió nuevo dictamen recogiendo el mismo grado de minusvalía que se ha señalado anteriormente. El 10.11.2003 se desestimó la reclamación previa.

QUINTO.- La actora está afecta de las siguientes patologías:

1.- Patología ósea:

- Cervicoartrosis con déficit funcional de flexión 20 grados. Extensión 20 grados. Rotación derecha e

izquierda 20 grados. Lateralidad derecha e izquierda 15 grados.

- Lumboartrosis con déficit funcional de flexión 15 grados. Extensión 5 grados. Flexión lateral derecha e izquierda 5 grados.

2.- Patología digestiva:

- Hepatitis C.
- Colectectomía.
- Alteraciones humorales.

3.- Patología endocrina:

- Hipotiroidismo.
- Osteopenia.

4.- Patología neurológica:

- Radiculopatía C7 izquierda.
- Alteración sensitiva del nervio mediano bilateral.

5.- Patología reumática:

- Tenosinovitis de Dequervain derecha con déficit del pulgar.
- **Fibromialgia** .

6.- Otras patologías

- Trastorno de la afectividad.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que, estimando totalmente la demanda interpuesta por Marí Luz contra la Dirección General de Servicios Sociales de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, debo declarar y declaro que la actora se encuentra afectada por un grado de minusvalía del 65 %, por lo que tiene derecho a percibir la pensión no contributiva de invalidez solicitada el 20.12.2001 y debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración y al abono de la pensión. 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 pretensión de la actora de que le fuera reconocida pensión de invalidez no contributiva al padecer como patologías ósea:

Cervicoartrosis con déficit funcional de flexión 20 grados. Extensión 20 grados. Rotación derecha e izquierda 20 grados. Lateralidad derecha e izquierda 15 grados. Lumboartrosis con déficit funcional de flexión 15 grados. Extensión 5 grados. Flexión lateral derecha e izquierda 5 grados.

Patología digestiva: Hepatitis C. Colectectomía. Alteraciones humorales.

Patología endocrina: Hipotiroidismo. Osteopenia.

Patología neurológica: Radiculopatía C7 izquierda y Alteración sensitiva del nervio mediano bilateral.

Patología reumática: Tenosinovitis de Dequervain derecha con déficit del pulgar. **Fibromialgia** .

Otras patologías:Trastorno de la afectividad.

Se estima que la baremación de sus padecimientos y factores complementarios asciende al 71 por 100 (63 + 8 puntos de factores sociales complementarios), superando el porcentaje del 65 por 100 preceptivo entre grado de discapacidad física , psíquica o sensorial permanente y factores sociales complementarios.

Frente a la misma se alza la Consejería recurrente mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de motivos de nulidad y de censura jurídica. El recurso es impugnado por la demandante .

Comenzando por la impugnación al argumentarse la inadmisión del recurso por no cumplirse por el organismo demandado con el *art 192.4 de la LPL* , debemos aclarar que la Consejería demandada cumplió con dicho *precepto* (*folio 198*) , ya que el abono de pago periódico se refiere a las sucesivas mensualidades posteriores a la sentencia y no a los períodos anteriores que solo se percibirán desde el día primero del mes siguiente a la solicitud (*art 146 LGSS*) en un solo pago, si la sentencia de instancia que reconoce la prestación es confirmada en las sucesivas instancias y deviene firme.

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* denuncia la administración pública recurrente la infracción del *artículo 80.1 c) de la LPL* por estimar que la actora introdujo patologías distintas en la demanda con respecto a la reclamación previa .El motivo no prospera.

El *art 3 del Real Decreto 357/1.991 de 15 de Marzo* , dispone que el grado de minusvalía o enfermedad crónica se determinará valorando tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales, como los factores sociales complementarios mediante la aplicación de los baremos a que se refiere la *Disposición Adicional segunda, es decir el contenido en el anexo 1* de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de Marzo de 1.984 (actualmente el *Real Decreto 1971 /1999 de 23-12*), y por otra parte el *art 144.1 c)* del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/1.994 de 20 de Junio* establece que para tener derecho a pensión de invalidez no contributiva se ha de estar afectado por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento, sumados los factores sociales y los de menoscabo físico o psíquico, además de reunir los otros requisitos que dicha disposición y *artículo 1 del Real Decreto 357/1.991* exigen , aclarando el *art 23 del RD 357/91* que la entidad gestora realizará por sus propios medios la comprobación del cumplimiento de los requisitos que los interesados deben reunir en el momento de la solicitud sin perjuicio de que luego en el acto del juicio y de la prueba que se practique pueda acreditarse algún padecimiento o enfermedad no apreciado o detectado por el EVO, o evaluarse de forma distinta por el Juzgador a tenor de la información pericial recibida.

El Tribunal Supremo en sentencia de 31 de Mayo de 1.995 (*La Ley 14526*) *con mención de la del mismo tribunal de 28 de Junio de 1994* ha interpretado que la prohibición de aportar al proceso hechos que no lo hayan sido al procedimiento administrativo, si se interpreta como un mandato al juez para pronunciarse únicamente sobre el motivo que se invoca en la resolución administrativa, entonces se invierte la relación entre vía administrativa previa y proceso, se subordina éste a aquella, con las graves consecuencias que de ello se derivan desde la perspectiva del principio de legalidad, del principio iura novit curia y, en general de los principios que rigen la carga de la alegación y de la prueba de los hechos en el proceso.

En sentencias de 18 de Marzo de 1997 (*Arzdi 2569*) y 17 de Febrero de 1.998 (*Actualidad Laboral 1140*) el TS ha manifestado que no existe problema en orden a declarar la flexibilidad en la exigencia del requisito preprocesal de la reclamación previa y no debe haber un excesivo rigor formal en la exigencia de sus específicos requisitos siempre que efectivamente de su irregularidad o ausencia no se haya producido indefensión muy especialmente como ha manifestado el Tribunal Constitucional cuando está en juego no el acceso a los recursos sino el acceso a la jurisdicción para permitir así un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, contenido propio y normal de aquél derecho(*TC sentencias : 90/1986, 37/1995, 55/1995 y 40/1996*). En la sentencia mencionada de 1998 el TS concluye que la finalidad perseguida por la reclamación administrativa previa había sido satisfecha, pues la Administración tuvo conocimiento cabal de la petición que rechazó y sólo una interpretación formalista y desproporcionada de este requisito procesal podía estimarlo incumplido.

El Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Enero de 2001 (*ED 268*) argumenta que : "El problema de la denominada exigencia de congruencia entre la reclamación previa y el proceso ha sido ya objeto de unificación por la Sala en su sentencia de 28 de junio de 1994 *EDJ 1994/5670* , acordada en Sala General , cuya doctrina ha sido reiterada por las sentencias de 31 de mayo de 1995 *EDJ 1995/2438* , 30 de octubre

de 1995 EDJ 1995/5571 , 30 de enero de 1996 EDJ 1996/489 , 2 de febrero de 1996 EDJ 1996/503 y 5 de diciembre de 1996 EDJ 1996/8984 . En estas sentencias se establece que las prohibiciones que contienen los *artículos 72 y 142 de la Ley de Procedimiento Laboral* sobre los límites de la oposición de los organismos gestores en el proceso de Seguridad Social no pueden interpretarse como "un mandato al Juez para pronunciarse únicamente sobre el motivo de denegación que se invoca en la resolución administrativa", pues en ese caso se invertiría "la relación entre vía administrativa previa y proceso, se subordina éste a aquélla con las graves consecuencias que de ello se derivan desde la perspectiva del principio de legalidad, del principio "iura novit curia" y, en general, de los principios que rigen la carga de la alegación y de la prueba de los hechos en el proceso". Esta conclusión se funda en que en el proceso de Seguridad Social se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación mediante una acción declarativa de condena, que es lo mismo que se ha solicitado en el procedimiento administrativo. El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección...) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impositivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso cuando no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impositivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el Juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos, el Juez debe apreciarlos cuando se

prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse. En este sentido, el hecho de que la Entidad Gestora desestime la solicitud por una causa cuando está acreditada en el procedimiento la existencia de otra que también excluye la existencia del derecho no impone al Juez la obligación de estimar la demanda y reconocer la prestación cuando considera improcedente la causa aplicada en la resolución administrativa, pero procedente la que debidamente acreditada no se tuvo en cuenta por el organismo gestor. De no ser así la tutela judicial y la garantía de la cosa juzgada podría no otorgarse en contra del mandato de la Ley, que no es disponible ni para el Juez (*artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*), ni para la Administración (*artículo 52.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común EDL 1992/17271*). Esto es lo que sucede en el ámbito de la jurisdicción revisora típica de la actuación administrativa, que es la jurisdicción contencioso-administrativa. Como señala la sentencia de 21 de junio de 1988 , "ni las partes ni desde luego el órgano judicial pueden traer al debate cuestiones nuevas, es decir, pretensiones que no hayan sido planteadas ante la Administración, pero lo que no está vedado a las partes es invocar nuevos motivos o alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición, que el Tribunal a su vez puede introducir en la discusión y luego considerar en la sentencia". Esta es la solución que se contempla en los *artículos 33.2 y 56 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del *Procedimiento Común EDL 1992/17271* . El primero permite al órgano judicial, previa audiencia de las partes, considerar en la sentencia motivos de decisión distintos de los planteados en el recurso o en la oposición y el segundo señala que en los escritos de demanda y contestación podrán alegarse cuantos motivos procedan "hayan sido o no planteados ante la Administración". Por otra parte, los *artículos 85, 87.5 y 88 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689* q permiten aplicar esta solución en el proceso social con garantía de los principios de contradicción y defensa.

En este sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Constitucional 41/1989 EDJ 1989/1672 , en la que se afirma que el hecho de que el actor haya podido centrar su defensa en el motivo en el que la resolución administrativa fundó la desestimación -el tratarse de lesiones anteriores al alta- no puede convertirse en incongruencia e indefensión cuando el nuevo hecho en que se funda la desestimación ha podido ser también objeto de debate en el proceso. Desde esta perspectiva es irrelevante que en el presente caso ese hecho no constase en el expediente administrativo y fuese alegado por primera vez como causa de oposición en las conclusiones. Ello es así por dos razones. La primera, porque se trata de una circunstancia, que -siempre desde el criterio de la sentencia de instancia- afectaba a un hecho constitutivo, y que, por tanto, una vez acreditada puede ser apreciada directamente por el juzgador sin necesidad de alegación de parte. La segunda razón consiste en que el hecho en cuestión se puso de manifiesto en la confesión de la propia demandante y, por tanto, pudo ser valorado en conclusiones por esa parte, que tampoco alegó indefensión por esta causa en suplicación."

En el caso de autos en el impreso que facilita la administración demandada para la solicitud de invalidez no contributiva no existe ningún apartado donde especificar todas y cada una de las dolencias, enfermedades o padecimientos que tenga la persona que realiza la solicitud de invalidez, sino solamente si la minusvalía o enfermedad crónica es física, psíquica o sensorial, debiendo ser luego el Equipo de

Valoración y Orientación (EVO) el que a su preguntas y examen de la persona que ha efectuado la solicitud de invalidez dictamine los padecimientos o discapacidades que aprecie en la misma (*art 3 y 21.2 y 23.2 del RD 357/1991 de 15 de Marzo*) , pues no se puede pretender que las clases sociales menos favorecidas tengan siquiera someros conocimientos de medicina para expresar con corrección su padecimientos cuando la mayoría de la veces solamente saben que les duele alguna parte del cuerpo, que no pueden mover bien alguno de sus miembros , que tienen nervios o mareos , que le han operado o supuestos similares, por lo que debe entenderse cumplido el requisito desde el momento en que solicita la declaración de que se encuentra inválido, teniendo la Administración sobrados medios para comprobar si los padecimientos son de tal calibre que la persona debe ser incardinada como inválida, pero no ser mezquina para negar la invalidez acogiendo al simple hecho de que quien solicita no haya sabido expresar sus enfermedades o padecimientos o el EVO haya pasado por alto o no detectado lesiones que con simples radiografías u otras pruebas serían apreciables.

Debemos tener en cuenta una interpretación antiformalista del requisito de la reclamación previa cuando como en el supuesto enjuiciado consta aquella efectuada relatando exhaustivamente los padecimientos o lesiones de la hoy demandante, apreciándose , pues resultaría inverosímil que el EVO no preguntara a la solicitante al menos que medicamentos estaba tomando y de ahí deducir algunos padecimientos, por todo lo cual procede desestimar la excepción planteada por la defensa de la administración demandada.

TERCERO.- Al amparo del *art 191 c) de la LPL* se argumenta infracción del *art 144 c) de la LGSS* . Se desestima el motivo. Del inalterado relato de hechos probados resultan identificados todos y cada uno de los padecimientos que sufre la demandante y como la baremación llevada a cabo por el Magistrado de instancia no se combate ello implica que se está conforme con dicha baremación y en consecuencia , el grado de discapacidad es el señalado en la sentencia de instancia o sea el 63% que resulta de la combinación de las baremaciones individuales de cada padecimiento, debiéndose sumar a ello los 8 puntos que por factores sociales complementarios ha fijado el EVO , por lo que se obtiene un grado total de minusvalía del 71% , mientras que para el reconocimiento de la invalidez no contributiva solo se precisa que dicho grado sea igual o superior al 65 % (*art 144.1- c de la LGSS de 1994*) , lo que determina la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos legales mencionados, así como y los demás de general y pertinente aplicación al supuesto de autos.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la CONSEJERÍA de EMPLEO y ASUNTOS SOCIALES DEL GOBIERNO DE CANARIAS, contra la sentencia de fecha 8 de Noviembre de 2004 , del Juzgado de lo Social 2 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento 52/2004 seguido a instancia de DOÑA Marí Luz , 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: 3537/0000660469/2005 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 2410000660469/2005 , 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.