

Id Cendoj: 35016340012008100219  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1193/2005  
Nº de Resolución: 478/2008  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: HUMBERTO GUADALUPE HERNANDEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 31 de marzo de 2008 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. M<sup>a</sup> Jesús García Hernández y D./Dña. Eduardo Jesús Ramos Real Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Elvira contra la sentencia de fecha 11.10.2004 dictada en los autos de juicio nº 0000540/2004 en proceso sobre SEG. SOCIAL AFILIACION-ALTA-BAJA Y COTIZACION , y entablado por D./Dña. Elvira , contra Instituto Nacional 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 la trabajadora doña Elvira se encuentra afiliada a la Seguridad Social con número de afiliación NUM000 , encuadrada en el Régimen General, siendo su profesión habitual la de camarera de pisos, teniendo una base reguladora de 556,66 euros

SEGUNDO.- Que con fecha 26-1-04 el INSS dictó Resolución denegando a la trabajadora la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral.

TERCERO.- Que con fecha 17-12-03 el Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS emitió informe con el siguiente contenido:

"Determinado el cuadro clínico residual:

Cefaleas de características mixtas, migrañas y tensional, posible enf. de bechet, cervicalgias y lumbalgias episódicas.

Y las limitaciones Orgánicas y funcionales siguientes: no se objetivan".

CUARTO.- Que con fecha 20-2-04 el Perito Dr Pedro Francisco emitió informe con el siguiente contenido:

" Elvira de 50 años de edad, padece de hernias discales a nivel de C4-C5 y C5-C6, así como de discoartrosis L4- L5 y L5-S1, acompañadas de escoliosis lumbar y hernias discales en estos segmentos.

Esta serie de lesiones vertebrales, añadidas a un síndrome de poliartralgia y meningitis de Illoret, le producen dolores continuos a lo largo de toda la columna vertebral, así como dolores difusos en múltiples articulaciones, cefalalgias y migrañas continuas, que, le incapacitan de forma permanente para su profesión como camarera de pisos.

Corralejo, 20 de febrero de 2004."

QUINTO.- Que con fecha 20-1-04 la Dra Rita del Servicio Canario de Salud emitió informe en el que se hace constar: "La paciente presenta un cuadro neurológico recidivante de cefalea versus meningitis linfocitaria y alftas orales ocasionales, sin otro criterio actualmente de enfermedad de Behcet, por lo que no se puede concluir dicho diagnóstico en la actualidad."

SEXTO.- Que con fecha que no consta el servicio de Reumatología del Hospital de Gran Canaria Dr Negrín, del Servicio Canario de Salud, emitió informe en el que se hace constar los resultados de la Resonancia Magnética realizada a la trabajadora siendo éstos los siguientes: RMN de columna cervical: hernia discal nivel C5-C6, RMN de columna dorsal: normal.

SÉPTIMO.- Que con fecha 1-3-04 la trabajadora demandante formuló Reclamación Previa ante el INSS, que fue desestimada, y por ello confirmada la Resolución de 26-1-04.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D./Dña. Elvira contra I.N.S.S., debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones deducidas de adverso.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación por la actora, que no fue impugnado de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de la actora, de profesión camarera de pisos, quién había solicitado ser declarada en situación de Incapacidad Permanente Absoluta o subsidiariamente total, derivada de enfermedad común.

Contra la misma se alza la parte recurrente, formulando el presente recurso, con base en varios motivos de revisión fáctica y de censura jurídica.

Así, en primer lugar y con amparo en el *artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral pretende la adición al hecho probado quinto* del siguiente texto: "...Que como medidas Posturales, la paciente, si tiene que permanecer sentada, debe hacerlo en una silla con respaldo en posición recta y apoyo anatómico lumbar. Debe evitar las posturas mantenidas en flexión de columna, caderas y rodillas. Presenta síndrome de **Fibromialgia** ...".

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 figura implícitamente incorporado al relato fáctico al resultar del informe que la Juez recoge en dicho hecho, lo que faculta a la Sala para su valoración.

En todo caso hay que destacar que el informe es atípico de un servicio de reumatología, donde se recogen una serie de medidas posturales que van desde el colchón a utilizar hasta la forma de acostarse.

Todo ello, sin consideración alguna acerca de si hay o no alguna limitación para el trabajo.

SEGUNDO.- Con el mismo amparo procesal pretende la adición al hecho probado sexto del siguiente texto: "...Si bien posteriormente y la vista de las pruebas realizadas a la actora, en informe del Servicio Canario de Salud, de fecha 27 de Mayo de 2.003, del Departamento de Neurología, la Doctora Montserrat diagnostica a la vista de las Resonancias realizadas "en RMN cervical se observan protusiones discuales C4-C5 y C5-C6 importando en el saco subaracnoideo anterior y en cara anterior del cordón medular. En RMN Lumbar se observa disminución de la altura de los discos intervertebrales L4-L5 y L5-S1, así como protusión discal L5-S1 y L4-L5. Angioma en el sector derecho de cuerpo vertebral de L1. Como medular termina en L1. Este tipo de lesiones como ratifica el perito de parte en el acto del juicio le limitan para actividades de carga, posiciones mantenidas de columna, de deambulación continua, de posiciones de agacharse, para subir y bajar escaleras..."; motivo que ha de decaer, pues siendo cierta la referencia documental, no es menos cierto que no coincide con la que la Juez ha tenido en cuenta, lo que excluye toda idea de error en la valoración de la prueba, y refleja la existencia de informes diferentes libremente valorados por el Juez; y a ello hay que añadir que la parte final del hecho propuesto no tiene apoyo explícito ni en el informe del perito médico, ni en su declaración en el juicio, pues no se mencionan en ningún momento las concretas limitaciones que la parte postula.

TERCERO.- Con amparo en el mismo *artículo 191 .b)* pretende la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente texto: "...La actora ha estado en situación de I.T. por estas mismas patologías desde el 4.4.2002, sin que haya habido mejoría de las mismas, siendo crónicas y progresivas..."; motivo que ha de ser igualmente desestimado por irrelevante de cara al fallo.

CUARTO.- Por último y con amparo en el *artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral* alega infracción del *artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social*, por entender que está incapacitada para todo tipo de trabajo, invocando además la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Sala no puede compartir la afirmación relativa a la I.P.A., pero si entiende que el Juez ha errado en la calificación jurídica, pues al asumir como hace en el hecho probado cuarto y en el Fundamento de Derecho Primero el Informe Pericial hay que aceptar el contenido del mismo, del que resulta la existencia de cervicoartrosis y discartrosis con poliartralgia que la limitan para el desempeño de su actividad.

Hay en autos todo un conjunto de informes aportados por la actora (folios 18 a 64) que ponen de manifiesto un conjunto de padecimientos tanto artrósicos con sus secuelas como neurológicos que le producen además de lumbalgias y cervicalgias, migrañas continuas, que le impiden desarrollar con dedicación, habitualidad, profesionalidad, eficacia y rendimiento una tareas de esfuerzo como la de camarera de pisos que ya tiene contraindicada solo por las hernias cervicales y las lumboartrosis.

Por ello, estima la Sala que el recurso ha de ser parcialmente estimado, reconociendo el derecho de la recurrente al reconocimiento del grado de I.P.T. para su profesión habitual.

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Elvira, contra la sentencia de fecha 11.10.2004, dictada por el Juzgado de lo Social N<sup>o</sup> 1 de ARRECIFE que, revocamos y con estimación parcial de la demanda declaramos a la actora en situación de Incapacidad Permanente Total con derecho a una pensión del 55% de la base reguladora de 556,66 € más revalorizaciones y mejoras, con efectos desde el 26.1.2004, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a su pago. Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este 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 1193/05 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 el 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 BANESTO c/c 2410000066 1193/05 , Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a 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, devuélvanse 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.