

Id Cendoj: 35016340012008100666
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 288/2006
Nº de Resolución: 727/2008
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 28 de Mayo 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 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 Bárbara contra sentencia de fecha 3 de Octubre de 2005 dictada

en los autos de juicio nº 1086/2004 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Bárbara

, 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: Bárbara, nacida el 19 de septiembre de 1949, ha venido prestando servicios como cocinera para la entidad Asociación Mensajeros de la Paz, y figura afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el Num. NUM000.

SEGUNDO: Iniciado expediente de Incapacidad Permanente, el EVI emitió dictamen-propuesta de no calificación del trabajador como incapacitado permanente por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral, de fecha 18 de agosto de 2004.

La actora, de conformidad con el mismo informe, padece el siguiente cuadro clínico: cervicalgia sin signos clínicos ni electromiográficos de radiculopatía STC derecho intervenido, sin objetivación de limitaciones orgánicas ni funcionales.

TERCERO.- En resolución con registro de salida de fecha 20 de septiembre de 2004 el INSS comunica a la parte actora su no calificación como incapacitada permanente por no presentar las lesiones padecidas un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral.

CUARTO.- La base reguladora de la prestación es de 587,84 euros

QUINTO.- Se agotó la vía previa.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Bárbara, frente Instituto Nacional de la Seguridad Social, y Tesorería General de la Seguridad Social sobre incapacidad permanente derivada de enfermedad común, debo declarar y declaro que no ha lugar a declarar la incapacidad permanente total cualificada que se solicita en la demanda.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante nacida en 1949 trabajaba como cocinera, cuando solicitó prestaciones por incapacidad permanente. El 18-8-2004 el EVI emitió dictamen en el que se especifica que la actora padecía: cervicalgia sin signos clínicos ni electromiográficos de radiculopatía. Síndrome del túnel carpiano derecho intervenido sin objetivación de limitaciones orgánicas ni funcionales; se propuso la no declaración de invalidez, siendo así resuelto por la Dirección Provincial del INSS.

La sentencia de instancia desestimó la demanda. Frente a la misma se alza la demandante mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de motivos de revisión fáctica y de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia sea estimada la demanda.

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* solicita la recurrente la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente contenido : "La actora presenta el siguiente cuadro clínico: cervicoartrosis grado 2-3, que origina un cuadro de cervicalgias y mareos; atropamiento sensitivomotor del nervio mediano bilateral en grado moderado, que provoca dolores y pérdida de fuerza en ambas manos; lumbartrosis grado 2, con pinzamiento discal L5-S1, con lumbalgias y déficit a los movimientos de la columna; síndrome fibromiálgico , con dolor crónico músculo tendinoso articular, en tratamiento por reumatólogo y Unidad del Dolor".

El motivo se desestima. Esta Sala en sentencia de 21 de Junio de 2002 recurso 587/2000 tiene dicho que "el hecho que se pretende declarar probado, debe resaltar de forma clara, patente y directa de la prueba documental o 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 apoyandose 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 (TS 14 de Enero , 23 de Octubre y 10 de Noviembre de 1986 y 17 de Noviembre de 1990)" .

Para el TSJ del País Vasco en sentencia de 11 de Junio de 2002 (ED 35606) "la revisión de hechos probados debe apoyarse en concretas y específicas pruebas prevalentes, toda vez que no resulta admisible per se la corrección, complementación o supresión del contenido de Hechos Probados en base al criterio subjetivo de quien los recusa, frente al más objetivo y fundado del Juzgador de Instancia".

El TSJ de Cataluña en sentencia de 22 de Abril de 2003 (ED 24133) mencionando otras muchas de dicha Sala y en aplicación de constante jurisprudencia (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de marzo, 3, 17 y 31 de mayo, 21 y 25 de junio y 10 y 17 de diciembre de 1990, y 24 de enero de 1991 , entre otras), considera, que ante dictámenes médicos contradictorios, si no concurren especiales circunstancias, hay que atenerse a la valoración realizada por el Magistrado de instancia en virtud de las facultades que le confieren el *artículo 97- 2 de la Ley procesal laboral* y el *artículo 632 (actual 348) de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

TERCERO.- Al amparo del *art 191 c) de la LPL* se denuncia la infracción del *artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994* , y se argumenta que las lesiones descritas en el relato fáctico de la sentencia combatida con las modificaciones propuestas limitan la capacidad física de la interesada para la profesión habitual.

El *artículo 135.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social* aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio* , determina que se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta, ya que dicho grado no significa solo

una disminución del rendimiento, propio de la incapacidad parcial, sino una imposibilidad de continuar trabajando en la actividad habitual, aunque le quede una aptitud residual con relevancia y trascendencia tal que no impida al trabajador concertar relación de trabajo futura según afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Noviembre de 1978 (Arzdi 3995).

El Tribunal Supremo en sentencias de 18 de Enero de 1988 y 30 de Enero de 1989, ha dictaminado que cada caso ha de contemplarse individualmente para calificar el grado de invalidez, pues depende de la concreta capacidad residual del sujeto concreto en un momento determinado, debiéndose tener en cuenta que la aptitud para una actividad laboral implica la posibilidad de llevar a cabo tareas con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, eficacia y rendimiento (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1989 y Sala de lo Social en Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 26 de Mayo de 1.992) con la posibilidad de un ejercicio razonable continuado y no esporádico o intermitente de sus labores, habiendo expresado el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de Junio de 1981 que hay que estar a una valoración conjunta de todos los padecimientos que sufra el actor y que hayan dejado en el secuelas de naturaleza irreversible.

CUARTO.- Del examen de los hechos declarados probados se desprende que los padecimientos de la actora puestos en relación con su profesión habitual, no le impiden realizar las tareas propias de cocinera, puesto que la cervicgia sin signos clínicos ni electromiográficos de radiculopatía y síndrome del túnel carpiano derecho intervenido sin objetivación de limitaciones orgánicas ni funcionales, permiten con simplemente tratamiento farmacológico desempeñar las tareas propias de cocinera, ya que como afirma el informe médico de síntesis presenta bipedestación, sedestación y marcha normales, movimientos de tronco sin limitaciones, fuerza conservada en ambas manos, sin limitaciones en el movimiento del cuello y no se evidencia afectación radicular.

Por otra parte la actora en su reclamación previa y demanda solamente alega como padecimientos, síndrome del túnel carpiano grado moderado para el derecho y leve moderado para el izquierdo; discopatía degenerativa que afecta a los discos C4 a C7 y cervicobraquialgia, y luego en el acto del juicio sorpresivamente añade **fibromialgia** y lumbartrosis (informe de 20-1-2005 folio 67- d13) y tratamiento por la unidad de salud mental (sin documentación médica), pero el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de Febrero de 2005 (Aranzadi 2693) ha considerado que no se pueden alegar hechos distintos de las lesiones no alegadas en el procedimiento administrativo.

Recuerda el TS que "en su sentencia de 25 de junio de 1998 (RJ 1998\5704), en la que, con cita de otras sentencias anteriores, si bien se acepta una cierta flexibilidad en la interpretación de las prohibiciones de los artículos 72.1 y 142.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en los supuestos a los que se ha hecho ya referencia en el fundamento jurídico segundo, es decir cuando exista 1- la mera agravación de dolencias anteriores constatadas en el expediente, 2- las dolencias que se manifiestan después, pero que existían antes de la terminación de la tramitación del procedimiento administrativo y 3- las lesiones que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectadas por los servicios médicos de la entidad) no se permite una alegación indiscriminada en el acto de juicio de lesiones que no existían ni durante la tramitación del expediente administrativo, ni en el momento de la presentación de la demanda, por lo que no puede pretenderse que la sentencia recurrida, que razonadamente ha aplicado este criterio, vulnere el artículo 24 de la Constitución, ni interprete erróneamente los artículos de la Ley de Procedimiento Laboral que acaban de mencionarse, porque lo que se está enjuiciando en el proceso es la incapacidad que la actora tenía cuando se inició el expediente administrativo y no la que podría afectarle en el momento del acto de juicio y en este sentido la sentencia recurrida salva expresamente la posibilidad de que la actora inicie un nuevo procedimiento administrativo para valorar la incapacidad que se produjo como consecuencia de la incidencia del nuevo padecimiento que sufrió en diciembre de 2001.

En relación con este punto es necesario precisar que la doctrina de la sentencia de 25 de junio de 1998 (RJ 1998\5704) no ha sido modificada por la reciente sentencia de 7 de diciembre de 2004 (recurso 4274/2003), pues en definitiva esta sentencia decide sobre un supuesto en el que «está fuera de duda que (las lesiones) no eran nuevas, sino que las padecía el actor al tiempo del dictamen de la UVAMI, razón por la cual se puede afirmar que el problema no es que fueran alegadas, sino, mejor, que no fueron constatadas por la indicada unidad administrativa de valoración». Por ello, las consideraciones que contiene esta sentencia sobre la aplicación de la doctrina de las sentencias de 28 de junio de 1994 (RJ 1994\6319) y 10 de marzo de 2003 (RJ 2003\3640) al problema de la alegación de lesiones nuevas en un proceso sobre declaración de una incapacidad permanente no son en realidad relevantes en el orden decisorio, y no sientan, por tanto, doctrina, debiendo además aclararse que no es lo mismo la negación, en la oposición, de la falta de concurrencia de los hechos constitutivos del derecho invocado por el demandante, que es lo que contemplan las citadas sentencias de 28 de junio de 1994 y 10 de marzo de 2003, que la introducción, en el acto de juicio, de hechos constitutivos nuevos no alegados en la demanda, ni existentes cuando se tramitó

el procedimiento administrativo".

En aplicación de cuanto se ha expuesto procede, por tanto, la desestimación del recurso.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Bárbara contra la sentencia de fecha 3 de Octubre de 2005, del Juzgado de lo Social 2 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento 1086/2004 seguido a su instancia contra del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 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: 3537/0000660288/2006 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 24100000660288/2006 , 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.

DILIGENCIA - En Las Palmas a .Dada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Presidente que la suscribe a los efectos de su notificación, uniéndose certificación literal de la misma a los autos originales, conforme a lo dispuesto en los arts. 266.1 de la L. O. P. J. y 212 de la L. E. C., archivándose la presente en la Secretaría de este Juzgado en el Libro de su clase. Doy fe