

Id Cendoj: 38038340012001100759
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 322/2001
Nº de Resolución: 682/2001
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JOSE MARIA DEL CAMPO CULLEN
Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO NUMERO: 322-01

PRESIDENTE:

ILTMO.SR.DON.JOSE MARIA DELCAMPO Y CULLEN.

ILTMO.SR.DON.JOSE MANUEL CELADA ALONSO.

ILMA. SRA. D^a M^a DEL CARMEN SANCHEZ PARODI PASCUA.

En Santa Cruz de Tenerife, a, diecinueve de Octubre de dos mil uno.

La Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación núm. 322-01, interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro en los Autos R.- 511-98 en reclamación de derecho, ha sido Ponente el ILTMO. SR. DON JOSE MARIA DELCAMPO Y CULLEN.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Antonia , en reclamación de derecho siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 5 de Marzo de 2001, por el Juzgado de referencia, con carácter estimatorio.

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:
PRIMERO.- Que la actora Doña Antonia , esta afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el núm NUM000 , contando actualmente con la edad de 66 años y siendo su profesión habitual al de Auxiliar de Cocina.SEGUNDO: Que mediante Resolución del INSS de fecha 17-2-98 se deniega a la actora de invalidez solicitada, por no alcanzar las lesiones que padece una disminución de la capacidad laboral para ser constitutivas de un incapacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente y por no reunir el período mínimo de cotización exigido para causar pensión de incapacidad permanente. TERCERO: Que el día 1-4-98 interpuesto la actora reclamación previa siendo resuelta la misma negativamente mediante resolución de 29-4-98 confirmatoria en su integridad de la anterior resolución. CUARTO: Que la actora tiene cotizado 2.022 días en España y 3.960 días en Francia (44 trimestres),lo que suman un total de 5.982 días. QUINTO: la actora presenta, según dictamen de la comisión de Evaluación de Incapacidades, el siguiente cuadro residual: "Gammagrafia osea realizada en Julio de 1.997: acumulos articulares en la rodilla derecha, un cuadro costal del lado derecho. Elecroneurograma de mayo de 1.994: no se observan anomalías valorables. Según la interesada es el último que le hicieron. Diagnosticada de **fibromialgia** bocio nodular (hemitiroidectomia en el año 1997). Pendiente de reintervención de nódulo tiroideo". SEXTO: La

actora padece. cervico-artrosis, poliartralgias secundaria síndrome osteoartrosico. Síndrome de tunel carpiano derecho con afectación de dicha mano presentando dolor. Afectación rodilla derecha y tobillo izquierdo con dolor e inflamación que limita la marcha fibromialgias cervicales con síndrome vertiginoso. Fibromialgias cervical dorso-lumbar con proceso degenerativo artrosico y osteoartrosico. Bocio nodular pendiente de reintervención. Dislepmia mixta. Secuelas Limitación a esfuerzo físicos moderados. limitación a bipedestación prolongada.

TERCERO.- Que por el Juzgado de lo Social núm. cuatro, se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: "Que debo estimar y estimo la demanda formulada por Doña Antonia contra INSS, Declarando el derecho de la actora a ser declarada en situación de invalidez permanente en grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual con derecho al percibo de la pensión legalmente corresponde, debiendo la demandada, estar y pasar por la presente declaración."

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el 9 de julio de 2001.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- La Sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por la actora y la declara con derecho a ser declarada en situación de I.P. Total para su profesión habitual. Frente a la cual, el recurso interpuesto por la representación del INSS, en un primer motivo, al amparo del apartado a) del Art. 191 denuncia infringiendo el Art. 359 de la LEC, invocando la incongruencia de la Sentencia recurrida por la evidente contradicción con los razonamiento vertidos por el Juzgador, ya que, por una parte, no obstante afirmar que no han quedado acreditadas las dolencias padecidas por la actora, salvo la artrosis, que es permanente, asume la pretensión subsidiaria y le da la total, motivo que ha de ser rechazado, puesto que si bien la Sentencia incide en una manifiesta confusión en la exposición de su resolución, es de resaltar que el Juzgador, de forma adecuada excluye la artrosis de la valoración hecha por la resolución impugnada y sobre ésta ultima, es sobre la que se pronuncia, concediéndole dicho grado de Invalidez . El segundo de los motivos, al amparo del apartado b) del Art. 191 de la IPL, postula al supresión del Ordinal Cuarto y propone como redacción alternativa la siguiente: "la actora necesita 3.680 días de carencia para acceder a la prestación de incapacidad permanente. Tiene cotizados en España un total de 1.764 días incluida la parte proporcional de las pagas extras; y en Francia tiene cotizados un total de 1080 días (doce trimestres)". Motivo que ha de ser estimado pues consta de manera incuestionada a los folios que se cita, que el período cotizado en España es de 1764 días y al folio 133 se le reconocen 40 trimestres para su prestación de jubilación que se computan efectivamente a los efectos de porcentaje de pensión siendo de reseñar la peculiaridad de la legislación francesa, como pone de relieve, que otorga a l mujer dos años ficticios de cotización por cada hijo educado pro ella y la actora, como ha sido madre de cuatro hijo le supone un total de 8 años de cotización que equivale a 32 trimestres, que si se resta a los 44 que fija al folio 133 y que se recoge por la resolución de instancia como realmente cotización lo dejaría sólo en 12 trimestres y ello al haber trabajo únicamente en Francia 12 trimestres como lo certifica la institución francesa competente al respecto lo cual supone 1080 días a los que incluso suman los correspondientes a las pagas extras resultaría 1260 que sumado a los 1744 daría 3024 días no suficiente para llega al mínimo de 3680 necesarios para obtener una pensión de incapacidad . Al amparo del apartado c) del art. 191 se formulan tres motivos en los que se denuncia la infracción del Art. 138.2, en relación con el 37 al 39 del Reglamento Común 1408/78, así como indebida aplica del núm. 4 del 137 y no aplicación del Art. 122.1 que establece la incompatibilidad de pensiones destacándose especialmente la concesión de la pensión de jubilación a la actora, posterior a la tramitación de su expediente de incapacidad. Constatada ésta ultima circunstancia en la que se propugna en caso de desestimación del presente recurso, se declare su incompatibilidad, tiene necesariamente que prosperar el tercero de los motivos, ya que al margen de la valoración del alcance no invalidante de las lesiones analizadas queda notoria y patentemente acreditado que no alcanza la actora el número de cotizaciones necesarios para acceder a la prestación de incapacidad, al incidir el Juzgador en el error de asignarle, a efectos del cómputo en Francia de 44 trimestres que como ha quedado acreditado por la representación de la recurrente sólo alcanza doce trimestres, en virtud de la peculiaridad de la propia Legislación Francesa, en que se le reconocen años ficticios de cotización, a efectos de jubilación que no se pueden computar extrapolándolo a la incapacidad solicitada, razón por la cual procede desestimar el recurso y confirmar la Sentencia sin entrar a analizar por ser innecesario, el motivo referente al alcance invalidante también cuestionado.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación, interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de

fecha 5 de Marzo de 2001, en virtud de demanda interpuesta por Antonia contra INSS en reclamación de derecho y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la Sentencia de instancia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social núm. Cuatro, de ésta Capital, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de contra la presente Resolución podrá interponer Recurso de Casación por Unificación de Doctrina, en base a lo dispuesto en los arts. 215 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral en el plazo de 10 días hábiles, previos depósitos que marca los arts. 226 y 227 de dicho cuerpo legal. Remítase testimonio a la Fiscalía de la Audiencia Provincial y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, que es firme, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada la anterior Sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, que la suscribe en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Se envía testimonio a la Audiencia Provincial, en unión del correspondiente oficio de remisión. Doy fe.