

Id Cendoj: 38038340012004101291  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Santa Cruz de Tenerife  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 600/2004  
Nº de Resolución: 1190/2004  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: PILAR DIAZ DE LOSADA HAMILTON  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 01 de diciembre de 2004. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. Jose Mª Del Campo Y Cullen (Presidente), D./Dña. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua y D./Dña. Pilar Diaz De Losada Y Hamilton (Ponente) , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000600/2004 , interpuesto por Olga , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000440/2003 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Pilar Diaz De Losada Y Hamilton .

### **ANTECEDENTES DE HECHOS**

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Olga , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 12-03-04 , por el Juzgado de referencia, con carácter desestimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:  
PRIMERO.- La demandante D.ª Olga , de 43 años de edad, (nacida el día 28-05- 1960), está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM000 , es residente en Los Realejos (Santa Cruz de Tenerife) y su profesión habitual es la de camarera de pisos en hotel.

SEGUNDO.- La base reguladora mensual de incapacidad permanente derivada de la contingencia de enfermedad común es de 840'84 euros.

TERCERO.- La demandante causó baja de IT de enfermedad común el entre el 31-07-01 y el 30-01-03. Posteriormente el 19-03-03, se dictó por el INSS resolución aprobatoria de prórroga de efectos de la presentación de incapacidad temporal, con fecha de efectos económicos de 31-01-03.

CUARTO.- 1. Como consecuencia de enfermedad común, la demandante fue examinada por el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS el 13-05-03 del siguiente cuadro clínico residual (folio 20):

"Diagnosticada de **fibromialgia** . Cervicalgia con irradiación a miembro superior derecho y lumbalgia. Discopatía C5-C6 sin compromiso medular. No inestabilidad columna vertebral. No limitación funcional significativa. Las limitaciones que presenta no le impiden el desempeño de sus actividades laborales de forma permanente".

2. La demandante presenta captación de trazados en gammagrafía en pié izquierdo, interpretada como artrósica por reumatología y captación D11-D12 pendiente de TC.

QUINTO.- Según el informe médico forense de fecha 30-08-03, D.<sup>a</sup> Olga presenta una sintomatología persistente, de larga duración y progresiva, que conlleva una limitación de su capacidad funcional global, por anticipación a que se presente sintomatología dolorosa, vertiginosa, etc, produciendo además alteraciones en la esfera socio-económica con pérdida de empleo, discomfort familiar y aislamiento. Dada la naturaleza progresiva e invalidante de su patología y las actualmente nulas posibilidades rehabilitadoras, cree que la explorada está afecta de incapacidad para la realización de trabajos que supongan esfuerzos físicos, cargar o empujar pesos.

SEXTO.- La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó el reconocimiento de una incapacidad permanente en resolución de 26-03-03. Contra esta resolución el demandante ejercitó una reclamación administrativa previa, siendo desestimada en resolución de 21-05-03.

La demandante pide el reconocimiento de una incapacidad permanente total para su profesión habitual.

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que desestimando la demanda relativa a reclamación sobre reconocimiento de derecho interpuesta por D.<sup>a</sup> Olga contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a la Entidad Gestora demandada de las pretensiones de la parte demandante.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Olga , no 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 día 18 de Noviembre de 2004 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta por Dña. Olga , interpone la actora Recurso de Suplicación y con amparo procesal en los apartados a) y c) del *art. 191 de la L.P.L .*, pretende nulidad de actuaciones y denuncia infracción de normas sustantivas.

SEGUNDO.- Se pretende la nulidad de actuaciones por entender que la sentencia de instancia ha infringido el *artículo 359 de la L.E.C., del 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española* . Según pone de manifiesto la recurrente, en los hechos declarados probados no aparecen recogidas suficientemente las lesiones que padece la trabajadora, así como las secuelas de ellas, como tampoco las mismas se desprenden de la fundamentación jurídica. Por ello entiende que la sentencia debe ser anulada a fin de que se dicte otra nueva. Motivo destinado al fracaso pues la parte puede en trámite de este recurso extraordinario de suplicación, tratar de modificar hechos probados, introduciendo, añadiendo o suprimiendo hechos que tendrán que estar basados en pruebas documentales obrantes a los autos, que pongan de relieve el error del Juzgador de instancia, siempre y cuando sean trascendentes a los efectos del fallo de la resolución que se pretende se dicte. Por ello, teniendo el momento procesal oportuno para poder alterar la redacción fáctica, no se considera que haya existido indefensión a la parte que ha tenido y tiene ocasión para la total defensa de su pretensión, no siendo la insuficiencia de hechos probados motivo para solicitar nulidad de actuaciones.

Por lo razonado, se desestima el motivo interpuesto por no haberse infringido norma alguna o garantías del procedimiento y consecuentemente no haberse causado ninguna indefensión a la parte.

TERCERO.- Estima la parte recurrente que se ha producido infracción del *art. 137.4 de la L.G.S.S .* Según los hechos probados La demandante D.<sup>a</sup> Olga , de 43 años de edad, (nacida el día 28-05-1960), está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM000 , es residente en Los Realejos (Santa Cruz de Tenerife) y su profesión habitual es la de camarera de pisos en hotel. La demandante causó baja de IT de enfermedad común el entre el 31-07-01 y el 30-01-03. Posteriormente el 19-03-03, se dictó por el INSS resolución aprobatoria de prórroga de efectos de la presentación de incapacidad temporal, con fecha de efectos económicos de 31-01-03. Como consecuencia de enfermedad común, la demandante fue examinada por el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS el 13-05-03 del siguiente cuadro clínico residual (folio 20): "Diagnosticada de **fibromialgia** . Cervicalgia con irradiación a miembro superior derecho y lumbalgia. Discopatía C5-C6 sin compromiso medular. No inestabilidad columna vertebral. No limitación funcional significativa. Las limitaciones que presenta no le impiden el desempeño de sus actividades laborales de forma permanente". La demandante presenta captación de

trazados en gammagrafía en pié izquierdo, interpretada como artrósica por reumatología y captación D11-D12 pendiente de TC. Según el informe médico forense de fecha 30-08-03, D.<sup>a</sup> Olga presenta una sintomatología persistente, de larga duración y progresiva, que conlleva una limitación de su capacidad funcional global, por anticipación a que se presente sintomatología dolorosa, vertiginosa, etc, produciendo además alteraciones en la esfera socio-económica con pérdida de empleo, discomfort familiar y aislamiento. Dada la naturaleza progresiva e invalidante de su patología y las actualmente nulas posibilidades rehabilitadoras, cree que la explorada está afecta de incapacidad para la realización de trabajos que supongan esfuerzos físicos, cargar o empujar pesos. La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó el reconocimiento de una incapacidad permanente en resolución de 26-03-03. Contra esta resolución el demandante ejercitó una reclamación administrativa previa, siendo desestimada en resolución de 21-05-03.

La demandante pide el reconocimiento de una incapacidad permanente total para su profesión habitual.

El juzgador de instancia afirma, en el Fundamento de Derecho Primero que los hechos probados han adquirido dicha consideración en virtud de la fuerza probatoria apreciada en la prueba documental a través de los partes médicos obrantes en autos, en especial del expediente administrativo del INSS, el informe médico de síntesis y del informe del Médico Forense. En el Fundamento de Derecho Tercero, argumenta que la actora es una persona joven, de 43 años de edad, que efectivamente sufre un trastorno de **fibromialgia**, cuya intensidad no ha quedado demostrado que le incapacite para sus labores profesionales. Que padece cervicalgia con discopatía C5-C6 sin compromiso medular y lumbalgia. Que está siendo controlada por Reumatología. Concluye que si bien las tareas profesionales de camarera de pisos (y no de elaboración industrial de pan y bollería, como erróneamente aparece en el recurso interpuesto), pueden resultar duras en los días en que se sufra con más intensidad de dolores cervicales y lumbares, ello no justifica una incapacidad permanente para su profesión habitual, sin perjuicio de las recaídas en situaciones de baja de I.T. que afecten a la trabajadora en momentos determinados. Se desprende pues de las dolencias que padece la actora no revisten entidad suficiente para impedirle la realización de todas ni de las fundamentales tareas de su profesión habitual toda vez que no se aprecia compromiso medular.

De lo consignado por el Juzgador de instancia no se desprende que la actora se encuentre incapacitada para su profesión habitual, pues como se consigna en hechos probados y en la fundamentación jurídica, en la actora no concurren los requisitos exigidos por la normativa señalada para acceder a lo solicitado.

Por todo lo razonado, no habiendo modificado hechos probados, esta Sala estima que el Juez "a quo" aplicó correctamente el derecho por lo que se desestima el Recurso de Suplicación planteado confirmándose la sentencia de instancia.

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimo el recurso de suplicación, interpuesto por Olga contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 12-03-04, en virtud de demanda interpuesta por Olga contra Instituto Nacional De La Seguridad Social en reclamación de DERECHOS y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. .

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de SANTA CRUZ DE TENERIFE, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer sólo Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral*, advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que el depósito de los 300,51 euros (50.000 ptas.) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella y en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficiana 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004 de Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 28002 de Sta. Cruz de Tenerife, haciendo constar el código nº 66 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número y año del rollo de suplicación, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

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.

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