

Id Cendoj: 38038340012005100166  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Santa Cruz de Tenerife  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 897/2004  
Nº de Resolución: 168/2005  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: JOSE MANUEL CELADA ALONSO  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 07 de marzo de 2005.

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. Jose Manuel Celada Alonso (Ponente) , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000897/2004 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000528/2003 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Jose Manuel Celada Alonso .

### **ANTECEDENTES DE HECHOS**

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Marisol , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social, TGSS, María Rosa y Mutua Fremap y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 27-05-04 , por el Juzgado de referencia , con carácter estimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:  
PRIMERO.- La actora, Dª Marisol , nacida el 23-2-52, consta afiliada a la Seguridad Social con el nº NUM000 por su profesión habitual de Auxiliar de Farmacia.

SEGUNDO. La actora estuvo en alta y cotizó en dos Regímenes de la Seguridad Social, el General y el Especial de Trabajadores Autónomos.

TERCERO. En fecha 9-5-02 inició un período de incapacidad temporal. En fecha 21-3-03 la Mutua Fremap solicitó a la Inspección de Servicios Sanitarios que se iniciara procedimiento para evaluar su posible incapacidad permanente, por considerar la situación de la actora previsiblemente definitiva. La referida Inspección procedió a dar de alta médica a la actora en fecha 21-4-03, con propuesta de incapacidad, aunque refirió que ya en una ocasión anterior se le había denegado la incapacidad permanente.

En esa ocasión anterior, el día 13-3-00 al actora fue examinada por los Equipos de Evaluación de Incapacidades, quienes propusieron la no calificación de incapacidad permanente, teniendo en cuenta que la actora se hallaba encuadrada en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al haber determinado el siguiente cuadro clínico residual: "Solicita invalidez con diagnóstico principal de **fibromialgia** . Radiología de columna cervical-rectificación de la lordosis fisiológica y agujeros de conjunción libres. Problemas de arritmia controlados".

CUARTO. El 12-5-03 el Instituto Nacional de la Seguridad Social inició la tramitación del

correspondiente expediente por incapacidad permanente, en el que examinada nuevamente por los Equipos de Evaluación de Incapacidades, teniendo en cuenta también que la actora se hallaba encuadrada en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, dictó resolución de 23-5-03 por la que se le denegó la prestación por no alcanzar las lesiones que padecía un grado suficiente de disminución para ser constitutivas de una incapacidad permanente.

TERCERO. Frente a esa resolución la actora interpuso reclamación previa, que fue desestimada en fecha 21-7-03.

El cuadro clínico residual reconocido fue el siguiente: " **Fibromialgia** . Taquicardia supraventricular controlada desde 1999 con medicación. Insuficiencia venosa crónica. Grado funcional I. No cambios respecto a valoración 10.03.00. Informe Insp. Médica 04-03 indica no clínica suficiente entidad para objetivar Incap. Permanente. No limitación para realizar una actividad regular normalizada. No se comprende propuesta remitida por la Inspección Médica ya que según el propio informe de la misma, la paciente no presenta limitaciones de entidad suficiente para valorar grado de incapacidad alguno".

CUARTO. La base reguladora de la prestación es de 370,45 euros y la fecha de efectos es de 1º-7-03.

QUINTO. La actora presenta antecedentes de histerectomía por útero miomatoso; fue diagnosticada de **fibromialgia** en 1997, por la que ha seguido tratamiento médico con escasa respuesta; presenta hernia discal en C5-C6 y C6-C7 sin signos de compresión medular ni radicular; artrosis cervical con escasa respuesta al tratamiento; artrosis lumbar; cervicobracalgia derecha; arritmia supraventricular; síndrome ansioso depresivo; insuficiencia venosa crónica, recomendándosele no mantenerse de pie durante mucho tiempo y evitar la sobrecarga física y emocional.

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Estimando la demanda interpuesta por Dª Marisol frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, declaro que la actora se encuentra en situación de incapacidad permanente en grado de total, con derecho a percibir la prestación correspondiente en cuantía del 55% de la base reguladora de 370,45 euros y con efectos de 10-7- 03, condenando a la entidad demandada a su abono, con las mejoras y revalorizaciones legalmente procedentes. .

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Instituto Nacional De La Seguridad Social , 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 24 de Febrero de 2005 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimó la pretensión deducida en la demanda, declarando a la actora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de Auxiliar de Farmacia, recurre la representación Letrada del INSS formulando al amparo de la *letra a) del Art. 191 de la L.P.L .*, un primer motivo de recurso en el que solicita la nulidad de la sentencia recurrida por infringir el *art. 359 de la L.E.C .* en relación con el *art. 87 de la L.P.L .*, por entender en síntesis, que la conclusión a que llega la Magistrada de instancia es incongruente con los hechos declarados probados. Motivo que debe desestimarse porque si bien es cierto que una característica esencial de las sentencias según previene el *art. 359 de la L.E.C .* es que sean congruente con las pretensiones de las partes y cuya infracción viola el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el *art. 24 de la Constitución* , en el caso no se infringe la normativa denunciada toda vez que la congruencia se mide por el ajuste entre la parte dispositiva de la demanda y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y la decisión judicial se ajusta a dichos parámetros al estimar la pretensión deducida en la demanda y no alterar los términos en que se ha desarrollado el litigio.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo del recurso y por el cauce de la *letra b) del art. 191 de la L.P.L .*, se solicita que al ordinal segundo de los hechos declarados probados se le de la siguiente redacción: "La actora estuvo de alta y cotizando a dos regímenes de la seguridad, primero al de trabajadores autónomos y después se dió de baja para proceder a darse de alta en el régimen general en el que sólo cotizó 592". Dado que la suplicación es un recurso de naturaleza extraordinaria y el precepto amparador del motivo exige, para el éxito de la modificación de los hechos declarados probados, que dicha modificación se base en pruebas documentales o periciales que evidencien el error el Juez "a quo", y el recurrente ni cita siquiera

ninguna de las referidas pruebas, es evidente que el motivo debe decaer.

TERCERO.- Al amparo de la *letra c) del Art. 191 de la L.P.L.* se acusa a la sentencia de instancia de violación, por indebida aplicación, del *núm. 4 del art. 137 de la L.G.S.S.*, por entender en síntesis, que las dolencias y secuelas que presenta la actora no son acreedoras de incapacidad permanente total. Según cuenta el inmodificado relato fáctico de la sentencia de instancia la actora de profesión Auxiliar de farmacia presenta "antecedentes histerectomía por útero miomatoso; fue diagnosticada de **fibromialgia** en 1997, por la que ha seguido tratamiento médico con escasa respuesta; presenta hernia discal en C5-C6 y C6-C7 sin signos de comprensión medular ni radicular; artrosis cervical con escasa respuesta al tratamiento; artrosis lumbar; cervicobracalgia derecha; arritmia supraventricular; síndrome ansioso depresivo; insuficiencia venosa crónica, recomendándosele no mantenerse de pie durante mucho tiempo y evitar la sobrecarga física y emocional". Iten en el segundo de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, aunque con evidente valor de hecho probado se dice que la referida patología es objetiva, grave y previsiblemente definitiva y que la **fibromialgia** le ocasiona un dolor musculoesquelético difuso que empeora con la sobrecarga mecánica, dificultad para concentrarse, pérdida de memoria con parestesias en manos y pies y palpitaciones. Pues bien, partiendo de las referidas dolencias y limitaciones funcionales es claro que las mismas incapaciten a la actora para realizar si no todas sí las principales funciones de su actividad habitual de Auxiliar de farmacia, por lo que al haberlo entendido así la Magistrada "a quo", procede, previa desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia de instancia.

## 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 27-05-04, en virtud de demanda interpuesta por Marisol contra Instituto Nacional De La Seguridad Social, TGSS, María Rosa y Mutua Fremap 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. 1 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 fe.