

Id Cendoj: 38038340012005100547  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Santa Cruz de Tenerife  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 140/2005  
Nº de Resolución: 633/2005  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: ANTONIO DORESTE ARMAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 1 de julio 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. Antonio Doreste Armas (Ponente) (Presidente), D./Dña. M<sup>a</sup> Carmen Sanchez Parodi Pascua y D./Dña. Jose Manuel Celada Alonso , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000140/2005 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000342/2004 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Antonio Doreste Armas .

### **ANTECEDENTES DE HECHOS**

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

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:  
PRIMERO.- La demandante Dña Elsa , con el DNI NUM000 , afiliada a a la Seguridad Social con el nº NUM001 , reside en Santa Cruz de Tenerife y su profesión habitual es la de empleada de hogar.

SEGUNDO.- La actora trabajaba realizando la actividad de fregadora, el 26-4-2002 inicia un período de incapacidad temporal. El Instituto Nacional de la seguridad Social inicia un expediente de de incapacidad permanente, en el que en fecha 18-12-2003 dicta resolución por la que se deniega la prestación por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

El cuadro clínico residual reconocido fue el siguiente: "periartritis escapulohumeral bilateral. Actualmente asintomática. **Fibromialgia** . Rizartrosis bilateral incipiente. No se objetivan limitaciones significativas que la incapaciten. No limitación para realizar una actividad reglada".

TERCERO.- Frente a esta resolución, la actora interpuso reclamación previa, que fue desestimada 19-01-2004.

CUARTO.- La base reguladora de la prestación es de 297,63 €, y la fecha de efecto es el 18-12-2003.

QUINTO.- Como consecuencia de la enfermedad común la actora padece las siguientes dolencias:

- **fibromialgia** .

- Rizartrosis de predominio izquierdo.
- síndrome del manguito de los rotadores izquierdos.
- síndrome del túnel carpiano.
- rigidez de los dedos de las manos.
- cervicalgia.
- artralgias a nivel de trapecio matacarpiano IFP de forma bilateral.
- limitación por dolor de la pinza digital de primer y segundo dedo.
- acúmulos de artropatía de origen degenerativo.

SEXTO.- Se ha agotado la reclamación previa ante la resolución del INSS denegatoria de incapacidad permanente.

La actora solicita que le sea reconocida la incapacidad permanente absoluta 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 estimando la demanda de reconocimiento de derecho interpuesta por Dña Elsa contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debo declarar y de declaro el derecho de la actora a que se le reconozca una incapacidad permanente absoluta para su profesión habitual, condenando a la entidad gestora demandada a estar y pasar por tal declaración y a que satisfagan a la actora una pensión del 100% de la base reguladora, con las revalorizaciones y mejoras que le puedan corresponder.

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 06 de Junio de 2005 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que declaró a la actora en situación de Incapacidad Permanente en grado de Absoluta para toda profesión u oficio, se alza en suplicación la representación procesal del INSS articulando tres motivos de nulidad, de revisión fáctica y de censura jurídica, cimentados procesalmente en el *apartado a,b y c del art. 191 de la L.P.L .*

SEGUNDO.- El motivo de nulidad ( *Art.191.a LPL* ) denuncia infracción de los *arts 87.2 LPL y 248.3 LOPJ* , y consiste en que la Sentencia ha omitido consignar las secuelas que padece la actora, dato clave para determinar si hay o no Incapacidad Permanente ( *art. 136 y ss LGSS*).

Esta omisión se comete con cierta frecuencia y la Sala viene siendo refractaria a declarar la nulidad por tal causa, considerándola una infracción venial, pero siempre que la convicción judicial sobre este capital aspecto fáctico, conste (como suele constar) en la fundamentación jurídica.

Aquí, en cambio, no consta la convicción judicial sobre ellas, sino una reproducción en el fundamento jurídico primero, segundo párrafo, de las secuelas que padece, pero según el parecer del Perito Médico privado, y no según el criterio de la Juzgadora.

Tal deficiencia obliga a la Sala a estimar el motivo y anular la Sentencia, pese a la resistencia que este Tribunal ofrece a la adopción de tan drástica medida, para que por la Juez de instancia se indique su convicción sobre las secuelas, limitaciones orgánicas-funcionales o "reducciones anatómicas y funcionales" (como las denomina ahora el *art. 136.1 LGSS* ) que padece la demandante conforme dispone el *art. 97.2 LPL* .

## FALLAMOS

Que debemos anular y anulamos la Sentencia recurrida del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 03-12-04 , en virtud de demanda interpuesta por Elsa contra Instituto Nacional De La Seguridad

Social en reclamación de DERECHOS, con estimación del recurso de suplicación para que se subsanen sus deficiencias, en los términos predicados en el Fundamento Jurídico II de la presente Sentencia.

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 fe.