

Id Cendoj: 38038340012005101012
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 779/2005
Nº de Resolución: 1076/2005
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: ANTONIO DORESTE ARMAS
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 27 de diciembre 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 lltmos. Sres. Magistrados D./Dña. Antonio Doreste Armas (Ponente) (Presidente), D./Dña. M^a 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. 0000779/2005 , interpuesto por María Milagros , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000848/2004 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 María Milagros , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y Tesorería General De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 31-05-05 , por el Juzgado de referencia, con carácter desestimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:
PRIMERO.- Dña. María Milagros nacida el 9 de noviembre de 1949, prestaba servicios como Auxiliar Gerontológico en la Residencia de Pensionistas de Ofra. La actora en el ejercicio de su profesión debe levantar a los residentes, bañarlos, repartir y dar comidas, retirar ropas de camas, hacer camas, reponer carros, acostar a los residentes y cambiar pañales.

SEGUNDO.- En expediente de incapacidad se reconoció a la actora por Resolución de julio de 2003 una incapacidad permanente total en relación a una base reguladora de 1062,24 euros, y con efectos de 3 de junio de 2003 y en relación al siguiente cuadro residual: "Incluida en lista de espera quirúrgica para tratamiento quirúrgico periartritis escápulo humeral derecho, diagnosticada de **fibromialgia**". Folio 56 y 57.

TERCERO.- En expediente de revisión, se emite informe médico de síntesis el 6 de julio de 2004 con el siguiente juicio diagnóstico: " **fibromialgia** , periartritis escápulo humeral derecha, bursectomía y acromioplastia en noviembre de 2003. Rehabilitación, alta en febrero de 2004, exploración sin alteraciones significativas". Limitaciones orgánicas o funcionales, no limitación para realizar una actividad reglada.

CUARTO.- La EVI propuso a la Dirección Provincial, que se procediera a la revisión por mejoría. Por Resolución de 15 de julio de 2004 se acordó la revisión de incapacidad por mejoría por no estar incapacitado en ninguno de sus grados.

QUINTO.- La actora presentó reclamación previa. La Comisión de Evaluación de Incapacidades propuso ratificarse en la propuesta anterior y se acordó desestimar la reclamación.

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que desestimando la demanda interpuesta por Dña. María Milagros contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver a éstas de la misma. .

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte María Milagros , 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 15 de Diciembre de 2005 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se examina aquí por este Tribunal, recurso de suplicación interpuesto la parte demandante, contra la Sentencia de instancia, dictada en materia de Seguridad Social, que, desestimando la demanda, denegó a la actora la declaración de Incapacidad permanente en grado de Total para su profesión habitual, confirmando, así la Resolución del INSS, que le revisó la Incapacidad Permanente Total concedida en su día, al haber sido operada de la bursitis en hombro derecho que le aquejaba.

SEGUNDO.- Procede, así, examinar el recurso de la citada parte demandante, enderezado a obtener el grado de invalidez permanente que pretende. El citado recurso se articula mediante dos motivos, uno de revisión fáctica y otro de censura jurídica, con amparo respectivo en los *apartados b y c del art. 191 LPL* .

El recurso, interpuesto con adecuada técnica jurídica-procesal, es impugnado por la contraparte, el INSS, por lo que la Sala procede a examinarlo, conforme se expone seguidamente.

A) El motivo de revisión fáctica propone, de un lado, la alteración del relato histórico de la Sentencia, concretamente de su ordinal segundo defendiendo añadir a la dolencia del actora el que también padece **fibromialgia** y que está en lista de espera para tratamiento quirúrgico de su periartritis escápulo-humeral y, de otro lado, que ha solicitado cambio de puesto de trabajo.

Para la acogida de todo motivo de revisión fáctica es preciso, conforme determinan los *arts. 191.b y 194.3 LPL* y la doctrina que los desarrolla (Sentencia de este Tribunal de 28 de junio de 2005 y Sentencia del Tribunal Supremo de 21-5-90 , entre tantas) que concurran los siguientes requisitos:

a.- Primeramente, dos de orden formal o de pura técnica, que son el señalamiento preciso de los hechos probados que se señalan como erróneos o insuficientes, señalamiento que debe ir acompañado de propuesta de texto alternativo que los sustituya o complemente. En el presente caso, la parte recurrente cumple con estos requisitos, según se indicó en el párrafo inicial del presente fundamento jurídico.

b.- En segundo término, que tal revisión se apoye en probanza documental o pericial, quedando vedada toda alteración fáctica fundada en otras probanzas (testifical, interrogatorio de parte o reconocimiento judicial), en los que el principio de procesal de inmediación (*art. 74.1 LPL*) despliega toda su virtualidad otorgando al "iudex a quo" la potestad soberana de su apreciación, salvo - naturalmente- que existan contradicciones patentes en la propia resolución judicial o que se trate de hechos notorios o pacíficamente admitidos por las partes.

En el caso del presente motivo, se cumple este requisito, pues la recurrente señala probanza documental, consistente en determinados informes médicos y en el documento obrante al folio 129 (respecto a la segunda adición).

c.- En tercer lugar, que de esa probanza se desprenda, de forma evidente (sin necesidad de conjeturas, hipótesis o deducciones) el error judicial al formar su convicción sobre los hechos litigiosos.

En el presente recurso, tal requisito no se cumple, pues el Juez de instancia ha valorado todos los documentos e informes aportados, muchos de ellos discrepantes (la discrepancia más clara se refleja acudiendo al dictamen médico del EVI) y de los informes señalados por la parte no se evidencia que el citado Juzgador haya errado de forma patente o manifiesta, con lo que el requisito exigido no se cumple y ello basta para desestimar el motivo, aún sin necesidad de examinar el último.

d.- Y, por último, que las alteraciones propuestas sean necesarias para la inversión del signo del fallo o su modificación parcial, de suerte que tengan que cambiarse (suprimirse o adicionarse) determinados

"facti" de la Sentencia recurrida para que, así, la Sentencia de esta Sala pueda alterarla, pues, de lo contrario, si la modificación pretendida resulta superflua no procede estimar el motivo, incluso aunque el signo de la Sentencia de la Sala sea estimatoria del recurso, sin necesidad de alterar el relato de hechos probados, en base a la estimación del motivo o motivos de censura jurídica sobre los mismos hechos probados, aún siendo insuficientes.

Y, proyectando este requisito al presente motivo, resulta que tampoco se cumple, pues, de un lado, las dolencias que propone añadir este motivo de revisión fáctica, carecen de relevancia (el cambio de puesto de trabajo y ello pese a que pretende combatir el razonamiento del juez de instancia relativo a que la actora está trabajando en su actual puesto, porque este razonamiento es innecesario para el sesgo desestimatorio de la sentencia) y, de otro, resulta que propone añadir enfermedades, pero olvida el elemento determinante de ambas, (clave para toda invalidez), que son las secuelas, que omite por completo.

Queda así, desestimando el motivo quedando intacto el relato fáctico, en los términos sentados por la Sentencia de instancia.

B) El segundo de los motivos de suplicación, de censura jurídica (*art. 191.c LPL*), denuncia infracción de los *arts. 136 y 137 LGSS* y de la "jurisprudencia", citando las STSJ de Madrid y de Cantabria, de 17-9-02 y de 20-2-02 .

De entrada, no hay ni puede haber infracción jurisprudencial, puesto que sólo constituyen jurisprudencia las Sentencias del Tribunal Supremo (*art. 1.6 del Código Civil*) y las del Tribunal Constitucional (*art. 5.1 "in fine" de la LOPJ*), y sólo la infracción jurisprudencial puede fundamentar el motivo de suplicación, *ex arts. 191.c y 194.2 LPL* . Ello no obsta para que los criterios de los demás TSJ puedan ser compartidos por este Tribunal, pero no para determinar, como pretende la recurrente, que la Sala se encuentre obligada a seguirlos y menos cuando el conjunto de secuelas descritas en uno y otro supuesto no coincida.

La resolución del motivo requiere volver la vista a las secuelas de la actora, que se encuentran descritas (aunque en lugar no idóneo) en el último fundamento jurídico, extrayendo de él los datos fácticos clave para la proyección de los preceptos indicados, considerando que lo relevante para la calificación de la Invalidez Permanente reside en la descripción de las secuelas, limitaciones orgánico-funcionales o (como prefiere llamarlas el *art. 136.1 LGSS*) "reducciones anatómicas o funcionales graves", definitivas o previsiblemente definitivas y con proyección suficiente para mermar la capacidad laboral del trabajador o autónomo que solicita la Incapacidad Permanente, pues las dolencias o enfermedades que las producen no son el elemento determinante de tal declaración, sino la causa o antecedente de las secuelas que originan la citada calificación del grado de incapacidad permanente (Sentencia del Tribunal Supremo de 13-6-90 , entre tantas); este elemento fáctico debe combinarse con otro, que es el examen de la profesión habitual del solicitante, extremo que suele ser descuidado por todas las partes implicadas en el proceso de reconocimiento de esta situación, no tanto respecto a la determinación de esa profesión, (identificable con la categoría profesional *ex art. 11.2 de la OM de 1-4-69* y STSJ de Navarra de 18-11-99 , entre otras), sino con las concretas funciones y tareas que debe desempeñar, lo que suele omitirse y ello contrasta con el normalmente exhaustivo examen de las secuelas orgánico-funcionales.

En efecto, la demandante tiene la profesión habitual de ayudante de gerontología, profesión que efectivamente, conlleva esfuerzos físicos para, como alega la recurrente, levantar y mover a pacientes y cambiarlos, aunque también se comparten otras tareas no tan gravosas, como alimentarles o ayudarles cuando los ancianos aún pueden valerse por sí mismos. El segundo elemento fáctico a combinar con el anterior son las reducciones anatómico-funcionales graves que le afectan y éstas (según los ya intactos hechos probados) son las siguientes: "dolor en los últimos grados de movilidad del hombro derecho".

Estas secuelas son las residuales que le quedan tras la intervención quirúrgica de su bursitis. Como bien se advierte por pacífica doctrina (STS 13-6-90), siguiendo el mandato legal de los *arts. 136 y 137 LGSS* , las enfermedades, por graves que puedan ser, no son causa de incapacidad, sino las secuelas que ellas producen, de forma que un proceso canceroso malignizado, por grave que parezca, no es incapacitante si, por estar en un estadio inicial, el enfermo no tiene limitaciones orgánico-funcionales o las tiene en grado tal que no disminuye su rendimiento laboral en más del 33%, y, a la inversa, cualquier dolencia que pueda parecer nimia puede ser incapacitante si afecta en mayor medida.

La antes citada limitación (única que padece la actora) la proyecta esta Sala en relación con las tareas de la profesión de ayudante de gerontología y entiende, conforme con el criterio de la Sentencia

recurrida, que no invalidan a la actora, que puede realizar tales tareas con eficacia y profesionalidad. Ello conlleva la desestimación de este segundo de los motivos y, con él, del recurso, lo que arrastra que debe ser confirmada la Sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación, interpuesto por María Milagros contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 31-05-05 , en virtud de demanda interpuesta por María Milagros contra Instituto Nacional De La Seguridad Social y Tesorería General 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. 4 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, Oficina 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 librese 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.