

Id Cendoj: 38038340012006100372  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Santa Cruz de Tenerife  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 954/2005  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: MARIA DEL CARMEN SANCHEZ-PARODI PASCUA  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 9 de febrero de 2006.

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 (Presidente), D./Dña. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua (Ponente) y D./Dña. Jose Manuel Celada Alonso , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000954/2005 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000021/2005 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua .

### **ANTECEDENTES DE HECHOS**

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Irene , 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 30 de septiembre de 2005 , 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 Irene nacida el 31-07-53 está afiliada al Régimen de Empleados de Hogar de la Seguridad Social con el número NUM000 , siendo su profesión habitual la de limpieza domiciliaria.  
SEGUNDO.- Ha permanecido en situación de IT desde el 10-03-03 hasta el 09-09-04, fecha en la que se le extiende parte de alta por agotamiento de plazo.  
TERCERO.- Por Resolución de fecha 06-10-04, se le deniega la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente. Contra esta resolución interpone reclamación previa, que es desestimada en fecha 26-11-04. El cuadro clínico residual reconocido fue el siguiente: **Fibromialgia** , Trastorno depresivo reactivo sin síntomas psicóticos ni de depresión mayor. Lumbalgia mecánica por Protusión discal L5-S1 izquierda y exploración anodina. Hiperplasia endometrial pendiente de histeroscopia diagnóstica. No se objetivan limitaciones permanentes en la actualidad.  
CUARTO.- La base reguladora de la prestación de incapacidad permanente es de 476,24 euros y la fecha de efectos es de 09-09-04.  
QUINTO.- La demandante padece de **FIBROMIALGIA** , diagnosticada en el año 2004; lumbalgia mecánica secundaria a Espondiloartrosis lumbar y Protusión discal L5-S1 izquierda; trastorno depresivo reactivo sin síntomas psicóticos ni de depresión mayor; osteopenia; Hiperplasia endometrial pendiente de listeroscopia diagnóstica; y dermatitis alérgica de contacto a mezclas cáinas, cloruro de Benzalcenio, Mercaptobenzotiazol y Parafenilendiamina. La lumbalgia, el trastorno depresivo y la dermatitis de contacto están controladas con los tratamientos médicos. Presenta dolor a la palpación digital en algunos puntos del sistema musculoesquelético; no hay contractura muscular a nivel del raquis; dolor a la movilización de la columna lumbosacra; no puede permanecer en contacto con objetos o sustancias que contenga mezclas cáinas, cloruro de benzalconio,

mercaptobenzotiazol y paraferilendiamina; disminución de la capacidad para el esfuerzo físico, sobre todo en relación con los periodos de agudización de sus patologías de base; presenta gran servidumbre terapéutica (lleva tratamiento con siete medicamentos diariamente) .

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que estimando la demanda formulada por Dña. Irene contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y la Tesorería General de la Seguridad Social, debo declarar y declaro el derecho de la actora a la prórroga de IT por el periodo preciso, sin que pueda rebasar los treinta meses siguientes a la fecha en que se inició la IT, condenando a los organismos demandados a estar y pasar por tal declaración .

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 26 de Enero de 2006 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente -Instituto Nacional de la Seguridad Social- solicita nulidad de actuaciones, al amparo de lo solicitado en el *art. 191 a) de la Ley de Procedimiento Laboral* por entender existe incongruencia en la sentencia de instancia, al resolver la Juzgadora, conforme a lo instado en la aclaración de la demanda, lo que viene o suponen en definitiva una variación sustancial de la misma.

Consta en la reclamación previa unas alegaciones de la actora, solicitando contra la resolución del INSS, que se le conceda la incapacidad absoluta o total o, subsidiariamente, continúe en incapacidad temporal hasta cumplir los 33 meses, de conformidad con el 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social. Hay que partir que dicha persona había agotado el período de Incapacidad Temporal.

La Entidad Gestora resolvió en contra y la parte actora accede a la jurisdicción social, en cuya demanda sólo insta el reconocimiento de una Incapacidad Absoluta o Total. Fue el día del acto del juicio celebrado el 23 de junio de 2003, cuando por vía de aclaración solicita "la petición subsidiaria, que por error no se indicara de aplicación del *art. 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social* que sí aparecía en su reclamación previa, por lo que incluirla no produciría indefensión a la demandada" (sic).

SEGUNDO.- De todo ello se deduce que ninguna indefensión se le ocasiona a la parte demandada, ya que agotada la incapacidad temporal y pasada a evaluación para la invalidez, la actora impugnó la resolución del INSS y además de pedir la invalidez absoluta o la total, instó subsidiariamente seguir en esa incapacidad temporal, hasta los 33 meses, sin que la Seguridad Social se pronunciara respecto a esa petición subsidiaria, aunque implícitamente le estaba denegando al resolver en su contra según consta al folio 16. Es por ello que el hecho de esa ampliación en el sentido expuesto no altera la demanda, ni supone variación sustancial de la misma pues lo que solicitara en ella y su aclaración, vienen siendo los mismos hechos que ya dejara reflejado en la reclamación previa. En este sentido es muy significativa la sentencia del TSJ de Cataluña de 18 de enero de 1999 , donde también se deniega exista esa alteración en un caso muy similar al ahora expuesto.

Es evidente que no existe indefensión para la indicada Entidad, cuando ya esa petición, en vía de aclaración, había sido solicitada en la reclamación previa.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- Al amparo del *apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* , recurre dicha parte por entender se ha conculcado el *art. 131 bis, apartado 2, en relación con el art. 128 de la Ley General de la Seguridad Social* .

La sentencia de instancia, siguiendo al dictamen del Médico Forense, parte en la misma de que la actora está incapacitada temporalmente para el desempeño de sus tareas, sin que se hayan agotado las posibilidades médicas terapéuticas para alcanzar una mejoría o estabilidad de sus lesiones, por lo que es evidente se den las características del *art. 128 de la mencionada ley* en el cual se indica: Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación.

b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otro seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad."

Consecuentemente, en virtud del art. 131 bis.2 invocado deberá extenderse la incapacidad temporal hasta el período previsto, sin que pueda rebasar el límite señalado en dicha norma, que es el de los treinta meses, por lo que en atención a lo expuesto, la sentencia ha de ser confirmada previa la desestimación del recurso de suplicación.

## 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 30 de septiembre de 2005 , en virtud de demanda interpuesta por Irene 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. 5 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 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.