

Id Cendoj: 35016340012001100341
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 570/1999
Nº de Resolución: 41/2001
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIB.SUPERIOR JUSTICIA SALA SOCIAL

LAS PALMAS

SENTENCIA: 00041/2001

ROLLO Nº RSU 570/1999

40125

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CANARIAS

En LAS PALMAS a veintiseis de Enero de dos mil uno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS formada por los Ilmos. Sres DOÑA MARIA JESUS GARCIA HERNÁNDEZ Presidente DON ANTONIO DORESTE ARMAS, DON FRANCISCO JOSE GOMEZ LACERES Magistrados, ha pronunciado la siguiente

EN NOMBRE DEL REY

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por INSS contra la sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de fecha 27 de octubre de 1998, dictada en los autos de juicio nº 570/1999 en proceso sobre PRESTACIONES, y entablado por María Milagros frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. /ña. MARIA JESUS GARCIA HERNÁNDEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente: 1º).- Que la parte actora nacida el día 5 de septiembre de 1941 con D.N.I. NUM000 , se encuentra afiliada al Régimen Especial de la Seguridad Social, como consecuencia de servicios prestados como titular de un bar. 2º).- La actora inició proceso de enfermedad común recibiendo el alta médica en fecha 30 de diciembre de 1997. 3º).- Inició la vía administrativa ante la Dirección Provincial del INSS, que en fecha 7 de enero de 1998 declaró que la actora no se encontraba afecta de invalidez permanente en ningún grado. Y agotó la vía administrativa ante el INSS, que por resolución de fecha 17 de marzo de 1998, confirmó tal declaración. 4º).- La base reguladora asciende para la absoluta a 54.498 pesetas la parte actora padece cervicoartrosis moderada, 5º).- Que espondiloartrosis lumbar moderada; goliartrosis leve moderada; síndrome femoro-patular bilateral, Insuficiencia vascular periférica y varices en E.E.I.I. síndrome de **fibromialgia** . 6º).- Que tales lesiones le produce las siguientes secuelas y limitaciones: dolor cervical síndrome cervicocefalico, dolor lumbar irradiado a miembros

inferiores; dolor y limitación de la movilidad de las rodillas, claudicación intermitente y sensación de piernas pesadas. 7°).- Que la actora tiene contraindicada la bipedestación continuada. 8°).- Que la actora explota un kiosco-bar en la plaza del pueblo, siendo ella la única persona que trabaja en el mismo, realizando el trabajo de pie.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

Que estimando interpuesta por Doña María Milagros , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre INCAPACIDAD, debo declarar y declaro que la parte actora, se encuentra en situación de INVALIDEZ PERMANENTE EN GRADO DE TOTAL, con origen de enfermedad común, y en consecuencia condeno a la Entidad demandada a que le reconozca y abone una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55% de su Base reguladora más los efectos legales correspondientes, y con efectos desde el día 30 de diciembre de 1997.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que no fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda deducida en solicitud de prestaciones de invalidez y declara a la actora afecta de invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de autónoma-bar, derivada de enfermedad común, con los derechos económicos consecuentes.

Frente a ella, la dirección legal del Instituto Nacional de la Seguridad Social formaliza escrito de recurso articulándolo en dos motivos; el primero, amparado en el ap b/ artículo 191 Ley de Procedimiento Laboral, se dirige a obtener la revisión fáctica en los términos que propone; el segundo, de censura jurídica, denuncia por el cauce del ap c/ del mismo precepto legal, infracción de los artículos 134.1 y 137.4 Ley General de Seguridad Social, por aplicación indebida, al entender la actora no se halla afecta de invalidez en grado alguno.

SEGUNDO.- Con relación al relato de hechos probados insta la recurrente: a) precisar en el ordinal 1° que se encuentra afiliada al Régimen Especial "de Trabajadores Autónomos", que ha de estimarse pues aunque se sobreentiende al señalarse inmediatamente después que es titular de un bar", se advierte que su omisión obedece a un error material de transcripción que procede subsanar; b) rectificar el error material padecido al consignar la cuantía de la base reguladora, pues del expediente administrativo resulta que lo es de 54.398" ptas y no de 54.498 ptas., como en el ordinal 4° figura. Se acoge la solicitud; c) suprimir del ordinal 5° el texto comprendido desde "síndrome femoro patelar bilateral ..hasta el final" y adicionar que intervenida de varices en MMII hace unos cinco años. Apoya su pretensión en el informe médico de síntesis, en la no constancia de los padecimientos cuya eliminación se peticiona en el expediente administrativo y en ser el informe médico en que el juzgador se basa para sentar sus conclusiones de fecha posterior a la tramitación de aquel.

La petición ha de ser rechazada porque en caso de periciales plurales ha de prevalecer la apreciación del juzgador siempre que no sea contraria a las normas de la sana crítica, que es el caso; no son hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias nuevas agravación de otras anteriores, ni las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después, ni las lesiones o defectos que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectados por los servicios médicos de la entidad por las causas que fueran (StS 25 junio 1998 (Rj. 1998,5704), y en el caso que se examina las dolencias de la actora, por su etiología está fuera de duda no eran nuevas, padeciéndolas a la tramitación del expediente administrativo. Por último, la adición que se persigue con relación a la varices es improsperable porque el propio perito médico actuante hace constar que aún habiendo sido intervenido de varices en MMII izquierdo, mejorando parcial y temporalmente, "posteriormente volvió a presentarse dolor y parestesias en EEII que aumentaban progresivamente incrementándose también la dilatación varicero venosa"

d) Modificar el ordinal 6° proponiendo como texto alternativo: "limitación para actividad de sobrecarga de columna", para lo que se apoya nuevamente en el alegato vertido en apoyo de la revisión del ordinal 5°, y ha de ser desestimado por los propios argumentos antes expuestos.

TERCERO.- El motivo de censura jurídica se centra en el hecho de que la actora es trabajadora autónoma lo que le confiere un mayor margen de respuesta activa a los padecimientos o secuelas, en cuanto excluye la sujeción a las exigencias de un tercero y le faculta para la auto-organización de la

actividad laboral en función de las propias capacidades físicas sin merma de la realización de las tareas fundamentales de su oficio. Y sorprende la aplicación de este razonamiento al supuesto de autos cuando señala que la actora "explota un kiosco-bar en la plaza del pueblo, lo que evidencia que la actividad que allí se desarrolla no es de tal calibre que impida a la actora el continuar llevando a cabo la misma, que por su condición de autónoma puede decidir el horario, que al ser en un pueblo habra horas puntas, pero la mayor parte del día será mínima" derivando de ello infracción del artículo 137.4 LGSS.

El argumento además de ser simplista, imaginado y carente de apoyo fáctico, choca fundamentalmente con la postura de esta Sala con relación a la valoración del trabajo autónomo a efectos de invalidez, que con reiteración viene sosteniendo que la invalidez, aún siendo un concepto jurídico profesional, es una situación personalizada, en la que no se califica el contexto laboral de la persona, sino su propia y exclusiva capacidad individual para el trabajo, que en el caso de la actora se encuentra muy mermada, imposibilitando el ejercicio de tareas fundamentales de su profesión y ello al margen de la realidad acreditada de que /la actora ejerce la actividad de forma directa, sin /ayudantes, tratando de sacar sola el negocio para delante por lo que su esfuerzo, lejos de ser nimio, como presume la Gestora, se revela aun mayor que el de un trabajador por cuenta ajena al tener que dedicarle períodos y jornadas muy superiores y en su razón el motivo ha de rechazarse, confirmando la resolución impugnada

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinentes aplicación.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de 27 octubre 1998 dictada por el Juzgado Social nº 3 de esta Provincia, que confirmamos.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BBV cta número: 3537/000066 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, l o que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 50.000 pts en la entidad de crédito B.B.V. c/c 2410000066 N° proc y año, clave 4043, Oficina Génova nº 17 de Madrid, Sala Social del Tribunal. Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una. Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de ó rigen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Ilmo Sr. Magistrado D. ANTONIO DORESTE ARMAS a la Sentencia de la Sala nº 41/01 de 26.01.01, recaída en el Recurso 570/99

Al amparo de lo dispuesto en el art. 260 de la L.O.P J. y con el mayor respeto de criterio de mis compañeros, cuya talla jurídica alabo, discrepo del parecer mayoritario de la Sala en base a los siguientes razonamientos:

Enmarcando mi oposición, debe recordarse que en la materia de Invalidez Permanente la línea actual de esta Sala es frente a la más restrictiva que venía siguiendo, especialmente en los años 94-97, cuando el aquí firmante formó parte de la misma, redactando muchas de ellas como Ponente; ello le obliga a manifestar su discrepancia, mediante la formulación de votos particulares, (aunque reducidos al mínimo para evitar perturbar en demasía) a fin de no incurrir en abiertas contracciones entre el criterio del aquí firmante manifestado en aquellos años -no tan lejanos- y el presente período.

Tales cambios de criterio en esta materia tan relevante (al menos cuantitativamente dado el elevado número de recursos que versan sobre ello) no sólo se manifiestan en la apreciación de la invalidez permanente en su aspecto técnico médico (es decir, en el alcance invalidante de las secuelas, que conlleva un cierto grado de discrecionalidad judicial dados los amplios márgenes del art. 137 LGSS) sino en otros aspectos más propiamente jurídicos o doctrinales, bien de orden material o bien de orden procesal, destacando entre los primeros la incidencia de la condición de no-trabajador, sino de autónomo (el criterio anterior defendía un mayor rigor en la proyección invalidante de las secuelas cuando el actor era autónomo y no trabajador, Sentencia de esta Sala nº 590, de 4.11.94, F.J. 2º, "in Fine", ahora contradicha por la Sentencia 41 /01, de 26.01.01, F J. 3º), y la traducción del concepto legal "profesión habitual" en la dualidad categoría o grupo/ puesto de trabajo (el criterio anterior sostenía, conforme con el art. 8.5 de la Ley 24/97 que "profesión habitual" equivale a grupo profesional o, al menos, categoría profesional, mientras que el criterio actual de la Sala se acerca al de puesto de trabajo, como es de ver, aunque indirectamente, es la S. de 28.03.01 (Recurso 499/99), y sobre los segundos, la valoración de los informes periciales médicos privados en relación con los informes documentales de los Organismos Públicos (el criterio anterior exigía una prueba pericial médica privada "decisiva y contundente" siguiendo la jurisprudencia -STS 22.10.81- frente al actual, que fácilmente invierte la preferencia valorativa por el sólo hecho de que el perito privado informa en el juicio, como defienden ahora las Sentencias de esta Sala).

En el caso de autos, se produce la discrepancia en el primero de los criterios en conflicto, de los antes sintetizados. La actora es titular de un bar, cuyas lesiones artrósicas le han dejado como únicas secuelas dolor y limitaciones (sin detallar) a la movilidad, secuela que -a mi juicio- distan de ser invalidante, aún considerando que regenta ella sola su Kiosko.

En efecto, debe recordarse un dato clave, cual es que el demandante está sometido al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, sea, que no trabaja para nadie, sino para sí mismo sin sujeción a disciplina laboral.

Materialmente, los autónomos no son trabajadores (ni tampoco empresarios, puesto que la esencia de su actividad es que trabajan para sí mismos y los términos "trabajador" y "empresario" o sus sinónimos, necesitan la existencia de un contrato de trabajo ex art. 1 del E.T.). Si el autónomo entra en el campo laboral lo es sólo a efectos de su régimen de Seguridad Social (R.D. 2530/70) y, por tanto, nunca se le pueden aplicar los conceptos e instituciones propios del Derecho laboral material. Por eso, el autónomo no está sujeto a disciplina ni horario, ni a otro poder de dirección y organización que no sea el que él mismo se fija y, por eso, su capacidad de adaptación a secuelas con proyección invalidante es muy superior a la del trabajador por cuenta ajena, el cual tiene un horario, unas funciones y unos requerimientos de eficacia y rendimiento exigidos por su empresario. Estos criterios han sido acogidos por la doctrina de este Tribunal (por poner un solo ejemplo, la Sentencia nº 590, de 4.11.94, F.J. 2º, "in fine", siguiendo la doctrina jurisprudencial -STS 18.7.90-). Ello conduce a afirmar, que con iguales secuelas e incluso con la misma profesión habitual, un autónomo puede no alcanzar la invalidez y el trabajador sí.

Así en el caso de la actora la secuela de limitación a la movilidad, tan genéricamente descrita, sin concretar a qué movimientos ni grados, resulta insuficiente a efectos invalidantes y la otra secuela, el dolor, debe ser vista con reserva (STSJ Madrid de 14.3.90) salvo situaciones de continuo sufrimiento (STS 21.5.79) y, desde luego, no es el caso de la actora, pues padece una artrosis - según la propia versión del perito privado de la demandante, acogida por la Sentencia- en grado moderado-leve, que es una dolencia muy común en una persona de 59 años como ella, y que no le produce dolores que sean calificables de

sufrimientos sino los dolores habituales en esta dolencia que, además, se producen al esfuerzo o como resultado de posturas forzadas. Por tanto, ni las limitaciones a la movilidad ni las algias de la actora la invalidan, a criterio del firmante.

Por tanto, estimo que la actora no debe ser calificada como inválida permanente para su profesión habitual de autónoma, que regenta un Kiosko-Bar por lo que, aún, sin alteración de relato histórico, debió estimarse el motivo de crítica jurídica (art. 137. LGSS) y, con él, el recurso, procediendo la revocación de la sentencia.