

Id Cendoj: 35016340002003100324
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 0
Nº de Recurso: 898/2002
Nº de Resolución: 429/2003
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS.

SALA DE LO SOCIAL

Las Palmas de Gran Canaria.

Plaza de San Agustín Nº 6.

Tfno: 928-325006

Fax: 928-325036

Tipo de procedimiento: RECURSO DE SUPPLICACION

Nº de rollo: 0000898/2002

NIG: 3501634419980000276

Materia: PRESTACIONES

Organo origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 1 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

Procedimiento origen: DEMANDA 0001020/1998

Resolución: 000429/2003

En Las Palmas de Gran Canaria, a 21 de Marzo de 2003

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS formada por los Ilmos. Sres D./Dña. Humberto Guadalupe Hernández Presidente, D./Dña. Mª Jesús García Hernández y D./Dña. Juan José Rodríguez Ojeda (Ponente) Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social contra sentencia de fecha 1 de octubre de 2001 dictada en los autos de juicio nº 1020/1998 en proceso sobre PRESTACIONES, y entablado por D./Dña. Nieves , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y PESCADOS Y MARISCOS PUERTO DEL CARMEN SL..

El Ponente, el Ilmo./a Sr./a. D./Dña. Juan José Rodríguez Ojeda, 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:

PRIMERO.- La actora, con fecha de nacimiento 5.03.48, es afiliada a la seguridad social con el número NUM000 , de profesión ayudante de pescadería, realizando las funciones que se detallan en la solicitud de antecedentes profesionales que constan en el expediente administrativo. Su base reguladora asciende a 66.909 pesetas mensuales. La actora inició baja por IT., desde 29.01.96.

SEGUNDO.- La actora fue reconocida por el EVI, con fecha de IMS de 28.04.98, dictaminando: Raquialgias inespecíficas. Posible **fibromialgia** . Mediante resolución de fecha 26.05.98, y previo dictamen propuesta (EVI) de fecha 4.05.98, que se tiene por reproducido, se le deniega la incapacidad solicitada por no alcanzar las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de invalidez permanente.

TERCERO.- La demandante padece el siguiente cuadro patológico: Además de las lesiones contempladas por el EVI, Artrosis de rodillas. Síndrome fibromiálgico. Espondiloartrosis lumbar y gonartrosis bilateral. Cefalea tensión crónica. Depresión somatizada. La actora está impedida para la realización de actividades de flexión continuada de columna lumbar, cargar o transportar pesos y bipedestaciones prolongadas.

CUARTO.- Con fecha formula reclamación previa con las alegaciones que constan en la misma, que le es desestimada mediante resolución de fecha 10.08.98, confirmatoria de la anterior.

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

Que, con revocación de la resolución administrativa impugnada, debo estimar y estimo la demanda formulada por D^a. Nieves , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y empresa Pescados y Mariscos Puerto del Carmen S. L. a los que hago estar y pasar por la presente Resolución, debiendo declarar y declarando a la actora, afecta a una invalidez permanente en el grado de total para la profesión habitual derivada de enfermedad común y el derecho de la misma a percibir una pensión vitalicia equivalente al 55/% de su base reguladora de 66.909 pesetas mensuales, con sus mejoras y revalorizaciones, con efectos del 4.05.98, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por la presente resolución y al abono de la pensión reconocida desde la fecha de efectos antes indicada.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la pretensión de la actora, con categoría profesional de ayudante de pescadería y por la que solicitó ser declarada afecta de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Frente a la misma se alza el INSS mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de tres motivos de revisión fáctica y uno de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia sea desestimada la demanda.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral solicita el INSS la modificación del relato fáctico declarado probado por el Magistrado de instancia con la finalidad de que al hecho probado primero se le añada tras "expediente administrativo" el párrafo "desde 24.09.97 al 10.01.97"; y mediante la sustitución del párrafo "desde 29.01.96" por el párrafo "desde el 08.10.97 con el diagnóstico de cervicología y lumbalgia".

La revisión la fundamenta en los folio 17 y 18 de los autos respecto al periodo en que desempeñó las funciones que se indican, así como en el 53 de los autos y respecto a la IT en los folios 14,16,21,52 y 53, Se estima el motivo, lo pretendido figura en la documental reseñada y puede tener trascendencia para el fallo.

TERCERO.- Por el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral solicita el INSS la modificación del ordinal tercero del relato fáctico declarado probado por el Magistrado de instancia con la finalidad de que se le de la siguiente redacción

"La actora fue diagnosticada en 05.02.98 de **fibromialgia**, lo que le provoca cervicoalgias, lumbalgia y gonalgias, siendo la exploración practicada en 28.04.98 estrictamente normal, a pesar de cierto grado de mediatización de la paciente. Con fuerzas en miembros superiores (22/19) e inferiores conservadas, con marcha puntas-talón posible y maniobras bilaterales negativas. Realiza los arcos completos de movimiento. El Rx de rodillas practicado muestra que se encuentran dentro de la normalidad, con osteofitos rotuliana en cara superior, encontrándose limitada por molestias para realizar la flexión completa de la rodilla izquierda.

Fundamenta la revisión en los folios 56, 59y22 de los autos. Así como en los folios 19 y 20 en relación al 59 mencionado y 25 a 27 de los autos. El motivo es estimado en parte. Del referido hecho probado debe suprimirse la espondiloartrosis lumbar y gonoartrosis bilateral, así como la depresión somatizada y desde "la actora está impedida hasta prolongadas", puesto que el Magistrado a quo no relata de donde obtiene esos datos que por lo demás solo figurarían en informes médicos particulares no ratificados ni contrastados en el acto del juicio y por tanto carentes de influencia para ser tenidos en cuenta por la indefensión que producen y la depresión figura en informe de 1991 que no ha sido actualizado.

CUARTO.- Por el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral solicita el INSS la modificación del ordinal cuarto del relato fáctico declarado probado por el Magistrado de instancia con la finalidad de que se le añada lo siguiente: "con posterioridad trabajó como peona en la empresa Franco hasta el 30.06.01 y tras posterior percepción del subsidio de desempleo causó nueva alta, comenzando a trabajar también como peona en la empresa Telecomunicaciones Integrales del Atlántico el 16.11.00, situación en la que continúa' El motivo prospera al encontrar fundamento en los folios 48, 49, 53 a 55 de los autos, relativos a vida laboral, y poder tener trascendencia para el fallo.

QUINTO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia el INSS la infracción de los artículos 136.1 y 137, 4 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, definidores del grado de incapacidad permanente total para el trabajo habitual y se argumenta que las lesiones descritas en el relato fáctico de la sentencia combatida con las modificaciones que ha propuesto no limitan la capacidad física de la interesada para la profesión habitual de ayudante de pescadería. El motivo es acogido.

El artículo 137.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio, determina que se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta, ya que dicho grado no significa solo una disminución del rendimiento, propio de la incapacidad parcial, sino una imposibilidad de continuar trabajando en la actividad habitual, aunque le quede una aptitud residual con relevancia y trascendencia tal que no impida al trabajador concertar relación de trabajo futura según afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Noviembre de 1978 (Arzdi 3995).

El Tribunal Supremo en sentencias de 18 de Enero de 1988 y 30 de Enero de 1989, ha dictaminado que cada caso ha de contemplarse individualmente para calificar el grado de invalidez, pues depende de la concreta capacidad residual del sujeto concreto en un momento determinado, debiéndose tener en cuenta que la aptitud para una actividad laboral implica la posibilidad de llevar a cabo tareas con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, eficacia y rendimiento (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1989 y Sala de lo Social en Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 26 de Mayo de 1.992) con la posibilidad de un ejercicio razonable continuado y no esporádico o intermitente de sus labores, habiendo expresado el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de Junio de 1981 que hay que estar a una valoración conjunta de todos los padecimientos que sufra el actor y que hayan dejado en el secuelas de naturaleza irreversible.

SEXTO.- Del examen de los hechos declarados probados se desprende que los padecimientos de la actora puestos en relación con su profesión habitual, no le impiden realizar las tareas propias de ayudante de pescadería que consiste esencialmente, según el informe empresarial obrante al folio 18 de los autos, en preparar mariscos y pescados de agua salada y dulce para su ventas o conservación; quitar la escamas o la piel a los pescados; cortar la cabeza cola y aletas y vaciarlos; separar las espinas y cortar las piezas grandes en rodajas o filetes. Esta actividad no precisa ser efectuada de pie, pues puede hacerse y de ordinario se hace sentado en posición superior a la mesa, tablero o poyo donde se coloca el pescado, por lo que a una persona como la demandante que padece **fibromialgia** con artrosis de rodilla y cefalea, en nada le impiden dichas dolencias para desarrollar su trabajo sin perjuicio de que cuando las mismas se encuentren exacerbadas deba pasar temporalmente a situación de incapacidad temporal hasta que remitan (art 128 LGSS 1994) Las posteriores actividades de la demandante como peona requieren precisamente

mayores bipedestaciones y esfuerzos (una de la actividad es la de limpieza y otra el comercio) lo que denota que los padecimientos de la actora no son del calibre que le impidan realizar una actividad como la relatada de ayudante de pescadería, por lo que al no haberlo considerado así el Magistrado a quo, procede revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda ya que la actora a la fecha de la solicitud no se encontraba en situación de incapacidad permanente para su trabajo habitual, porque como afirmó el TS en sentencia de 23 de Junio de 1989 (El Derecho 6433) es claro que las secuelas antes descritas carecen por el momento de la entidad necesaria para la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión de la demandante.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha 1 de Octubre de 2001, del Juzgado de lo Social numero 1 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento numero 1020198 seguido por DOÑA Nieves que revocamos y desestimamos la demanda.

En aplicación de lo dispuesto en el Artículo 201.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede decretar con respecto al aseguramiento de la condena y el depósito efectuado para recurrir, el pronunciamiento pertinente.

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 BANESTO cta. número 353710000660898/2002 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, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en el Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300 Euros en la entidad de crédito BANESTO c/c 2410000066089812002, Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen 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 origen para el oportuno cumplimiento.

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

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