

Id Cendoj: 35016340012003101524  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1208/2001  
Nº de Resolución: 1684/2003  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: EDUARDO JESUS RAMOS REAL  
Tipo de Resolución: Sentencia

Secretaria: D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> EUGENIA CALAMITA DOMÍNGUEZ

Ilmos. Sres:

D. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ

D<sup>a</sup> MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ

D. EDUARDO RAMOS REAL

-----  
En Las Palmas de Gran Canaria, a 11 de Diciembre de 2003.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el rollo de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL de la SEGURIDAD SOCIAL (INSS) contra la sentencia de fecha 20 de mayo de 2001, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 3 de los de Las Palmas de Gran Canaria, en los autos de juicio 349/2000 sobre prestaciones, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. EDUARDO RAMOS REAL.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por D<sup>a</sup> Esperanza contra el INSTITUTO NACIONAL de la SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y que en su día se celebró la vista, dictándose sentencia con fecha 20 de mayo de 2001 por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 3 de los de Las Palmas de Gran Canaria.

SEGUNDO.- En la sentencia de instancia y como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- Que la actora, Dña. Esperanza , con D.N.I. nº NUM000 , nacida en fecha 22-03-1956; afiliada al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, tiene como profesión habitual la de dependienta en comercio de venta al por menor de comestibles, frutas y verduras; y cuenta con trabajadores bajo su dependencia. 2º.- Que la actora cursó un proceso de incapacidad temporal desde el 20-03-98 hasta el 19-09-99, con el diagnóstico de "Sacroileitis" (folio nº 3 del expediente administrativo). 3º.- Que en fecha 22-X-99 la actora solicita pensión de invalidez y emitiéndose el correspondiente Informe Médico de Síntesis en fecha 11-XI-99. Y posteriormente, en fecha 15-XI-99 se propone por el E.V.I., la no calificación de la actora como incapacitada permanente. Y dictándose por el I.N.S.S., en fecha 17-12-99, Resolución denegatoria de la solicitud instada por la actora. Y formulándose reclamación previa, resultó desestimada por Resolución de fecha 09-03-2000. Y en fecha 17-04-2000 se presenta la demanda que

encabeza las presentes actuaciones. 4º.- Que la base reguladora mensual de la actora asciende a la cuantía de 52.707 ptas. 5º.- Que la actora presenta las lesiones y secuelas siguientes: - **Fibromialgia** ; -Lumbalgia irradiada a miembro inferior derecho; -Hiperlordosis lumbar; -Mega-apófisis transversa derecha de L5; -No puede ni debe realizar esfuerzos físicos moderados; coger, cargar, descargar y transportar pesos; -Protusión discal L4-L5; -El tratamiento rehabilitador no ha producido resultados apreciables y satisfactorios. 6º.- Que la actora se encuentra nuevamente en situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, con el diagnóstico de "Lumboartrosis", y que a fecha 15-01-2001 se le ha extendido el parte de confirmación.

TERCERO.- La sentencia de instancia contiene el siguiente fallo:

Que estimando parcialmente la demanda promovida por Dña. Esperanza , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (I.N.S.S.), sobre PRESTACIONES; debo declarar y declaro a la actora afecta a una situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de enfermedad común, y con derecho a percibir una pensión equivalente al 55% de su base reguladora mensual de cincuenta y dos mil setecientos siete pesetas (52.707 ptas.), y con efectos económicos partir del 15-XI-99; y condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social (I.N.S.S.), a su reconocimiento y abono a la actora, así como a estar y pasar por estas declaraciones.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, siendo impugnado de contrario. Remitidos los autos a esta Sala se señaló fecha para la votación y fallo de la resolución, habiéndose cumplido con las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la pretensión de la actora, Dª Esperanza , y la declara afecta de invalidez permanente, grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de comerciante autónoma de una tienda de comestibles, dejando sin efecto la resolución del INSTITUTO NACIONAL de la SEGURIDAD SOCIAL de fecha 17 de diciembre de 1999 que le denegaba la solicitada prestación por considerar que las lesiones que padece no alcanzan un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de invalidez permanente en ninguno de sus grados. Frente a la misma se alza la Entidad Gestora mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de un motivo de revisión fáctica y otro de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia de instancia, sea desestimada la demanda que da origen al presente procedimiento.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral solicita el Instituto recurrente la modificación del relato fáctico declarado probado por el Magistrado a quo con la finalidad de que se elimine del ordinal primero de aquella redacción, expresivo de la actividad desarrollada por la actora, la expresión "tiene como profesión habitual la de dependienta".

No señala la Entidad recurrente documento alguno que sirva de base a su pretensión revisoria.

Con carácter previo, la Sala, a la vista de la fundamentación del recurso, realizará las siguientes precisiones. Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho la "prueba negativa", consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de enero, 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986) y sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1990: "...sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador..."); c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida; e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y, f) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al

proceso.

Sobre tales premisas, la Sala llega a la conclusión de que el motivo de revisión fáctica ha de fracasar:

- En primer lugar, porque no se señala documento alguno que evidencie el error en que ha incurrido el juzgador de instancia a la hora de valorar el material probatorio incorporado a las actuaciones.

- Y, en segundo lugar porque, sin entrar en el análisis de la veracidad del dato que se pretende incorporar al relato de hechos probados, el mismo resulta intrascendente para resolver la cuestión que nos ocupa y en nada afectaría al sentido de la presente resolución.

Por los razonamientos efectuados anteriormente, quedan los hechos probados firmes e inalterados.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia el Instituto recurrente la infracción de los artículos 136 párrafo 1º y 137 párrafo 4º (actualmente 137 párrafo 1º letra b) del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social, definidor del grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual. Argumenta en su discurso impugnatorio, en esencia, que las lesiones descritas en el relato fáctico de la sentencia combatida, si bien limitan la capacidad física de la interesada, no le impiden totalmente el ejercicio de su profesión habitual, en atención, especialmente, al carácter autónomo de la misma.

El grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual está configurado en el T.R. de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 137 párrafo 1º letra b, si bien conforme a la Disposición Transitoria 5ª bis sigue vigente el anterior artículo 137 párrafo 4º) como el que impide al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. La jurisprudencia ha tenido en cuenta para caso concreto las peculiares circunstancias de mayor o menor dureza de la profesión, así como la exigencia para la dedicación a ésta de la mayor o menor integridad física (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero y 29 de junio de 1989). Es, por ello, esencial y determinante para una adecuada calificación jurídica de la situación residual del afectado la profesión habitual, de manera que unas mismas lesiones y secuelas pueden ser o no constitutivas de invalidez permanente en función de las actividades o tareas que requiera la profesión del presunto incapaz pues no se olvide que el artículo 137 párrafo 4º del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social, respecto del grado ahora debatido de incapacidad permanente total lo relaciona con la profesión habitual, debiendo, en consecuencia predicarse que tal grado sólo deberá ser reconocido cuando las secuelas existentes impidan el desempeño de las tareas propias de la actividad laboral con la profesionalidad, dedicación y constancia que la relación laboral exige.

Del inalterado relato de hechos probados se desprende que la actora padece: **fibromialgia**, lumbalgia irradiada a miembro inferior derecho, hiperlordosis lumbar, mega-apófisis transversa derecha de L5 y protusión discal L4-L5 (ordinal quinto). Tales padecimientos le ocasionan las siguientes limitaciones funcionales: no puede ni debe realizar esfuerzos físicos moderados, como coger, cargar, descargar y transportar pesos, el tratamiento rehabilitador no ha producido resultados apreciables y satisfactorios (ordinal quinto). De otro lado, su quehacer laboral es el de comerciante autónoma (ordinal primero).

Confrontando, pues, su capacidad residual con el conjunto de actos nucleares que componen su actividad laboral ordinaria se desprende que aquella carece de suficiente aptitud física para afrontar el conjunto de tareas que componen la regencia de un pequeño negocio como la recepción de las mercaderías, ordenarlas en los expositores y almacén, exhibirlos al público, mantenerse en posiciones de bipedestación prolongadas, etc. Todo ello incluso teniendo en cuenta su condición de trabajadora por cuenta propia y la circunstancia de que cuenta con trabajadores bajo su dependencia, pues aunque reservare para éstos las tareas más duras, tampoco podría realizar las restantes. Ello conduce a la Sala, al haberlo entendido así el Magistrado a quo, a la desestimación del motivo, por su efecto del recurso y a la confirmación de la sentencia combatida en todos sus pronunciamientos.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL de la SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 3 de los de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 20 de mayo de 2001, la cual confirmamos íntegramente.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y al Ministerio Fiscal.

**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 diez 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 la entidad de crédito BANESTO, cuenta número 3537/0000661208/01 a nombre de ésta 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 la 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 la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 50.000 pesetas en la entidad de crédito BANESTO, cuenta corriente 24100000661208/01, 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 de 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 los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, procediéndose al archivo del Rollo sin más trámite.

Así, por esta nuestra sentencia, 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. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.