

Id Cendoj: 35016340012004101027
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1066/2002
Nº de Resolución: 1029/2004
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: EDUARDO JESUS RAMOS REAL
Tipo de Resolución: Sentencia

Secretaria: D^a. M^a EUGENIA CALAMITA DOMÍNGUEZ

Ilmos. Sres:

D. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ

D^a MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ

D. EDUARDO RAMOS REAL

En Las Palmas de Gran Canaria, a 28 de Octubre de 2004.

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 11 de abril de 2002, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL de Gáldar en los autos de juicio 228/2002 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^a Gloria contra el INSTITUTO NACIONAL de la SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y que en su día se celebró la vista, dictándose sentencia con fecha 11 de abril de 2002 por el JUZGADO de lo SOCIAL de Gáldar .

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

PRIMERO.- La demandante Doña Gloria, peona agrícola por cuenta ajena del cultivo de geranios, afiliada al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social con el número NUM000, nacida el 15 de Marzo de 1965, solicitó pensión de invalidez permanente y por el Equipo de Valoración de Incapacidades en sesión de 26 de Noviembre de 2001 se dictaminó que padecía: "Episodios de lumbalgia mecánica por síndrome espondilítico lumbar L5-S1 sin que exista radículo ni mielopatía clínica" y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: últimos grados del raquis lumbar, proponiendo la no calificación de la trabajadora referida como incapacitada permanente, lo que confirmó el INSS por resolución de 12 de Diciembre de 2001, por entender que no alcanzan la lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral y por no derivarse la incapacidad permanente, de la situación de incapacidad temporal. La base reguladora de la actora, según consta en el expediente administrativo,

asciende a 427,46 euros. La reclamación previa fue desestimada el 29 de Enero de 2002. SEGUNDO.- La demandante padece: **Fibromialgia** . lumbalgias de repetición. Escoliosis lumbar discreta. RAN 97. Prolapso posterior central L3-L4 con estenosis de canal vertebral. RMN 2001. Discopatía degenerativa. Protusión (21.9.2001) discales L3-L4 y L4-L5 sin compromiso radicular. Protusión L5- S1 con estenosis en los tractos de salida de ambas raíces. (EMG): Mínimo y leve compromiso radicular L5-S1 y nóico (29-6-2001). RMN cervical; pérdida de la curvatura. Ha precisado tratamiento con analgésicos, antiinflamatorios y rehabilitación. Actualmente toma medicación de forma esporádica. Presenta movilidad lumbar limitada a la flexión y rotación en un 10 por 100. Evitará las sobrecargas con la columna en flexión; así como los movimientos repetitivos de flexo- extensión, los movimientos o giros de columna y la bipedestación. TERCERO.- Que las tareas de la demandante como peona agrícola del cultivo de geranios consisten en cortar esquejes, descapullar, quitar hojas a las plantas, arrancarlas, entrar y sacar bolsas de picón, plantar, regar, sulfatar, empolverar y empaquetar esquejes, estando casi todo el día con la cabeza gacha y en cuclillas o doblada de cintura, realizando su labor a una altura del suelo de unos 30 centímetros, regar con manguera de 40 kilos y 200 metros de largo, cargando macetas en camiones, trasladándolas dentro del invernadero cuyo suelo está apiconado,

manejar carretillas con picón, cargando sacos con ese material con ocho kilogramos cada uno y transportarlos unos 30 o 50 metros, descargar camiones que traen abonos y turba con peso por saco de unos 20 a 25 kilos. CUARTO.- La demandante ha estado en situación de desempleo desde 15 de noviembre de 2001, percibiendo las prestaciones correspondientes.

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

Estimar en parte la demanda por D^a Gloria contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declarando que la actora se encuentra afecta de incapacidad permanente debido a enfermedad común en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de peona agrícola por cuenta ajena en el cultivo del geranio condenando al INSS a estar y pasar por la anterior declaración y a abonar a la demandante desde el 26 de Noviembre de 2001 una pensión vitalicia en la cuantía equivalente al 55 por 100 de su base reguladora de 427,46 euros, mas dos pagas extraordinarias por el mismo importe en Verano y Navidad, todo ello sin perjuicio de que la declaración de invalidez que por esta resolución se efectúa pueda ser revisable a partir del 26 de Noviembre de 2003 por agravación o mejoría y mientras la beneficiaria no haya cumplido al edad de jubilación, absolviendo al Organismo demandado e la petición de invalidez absoluta postulada como petición principal.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Instituto demandado, 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, D^a Gloria, por la que solicitaba ser declarada afecta de invalidez permanente, grado de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio o, subsidiariamente, total para su profesión habitual de Peona Agrícola por cuenta ajena, dejando sin efecto la resolución dictada por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de fecha 12 de diciembre de 2001 que, en la vía administrativa, desestimaba 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, declarándola en situación de invalidez permanente, grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Frente a la misma se alza la Entidad Gestora mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de dos motivos de revisión fáctica y otro dos de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia de instancia, sea desestimada la demanda que da inicio a las presentes actuaciones.

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* solicita el Instituto demandado, hoy recurrente, la modificación del relato fáctico declarado probado por el Magistrado de instancia con la finalidad de:

A) Sustituir la actual redacción del ordinal segundo, expresivo de las lesiones y limitaciones funcionales que padece la actora, por la siguiente:

"La demandante padece una escoliosis lumbar discreta con un prolaxo posterior central en L3-L4 con estenosis del canal vertebral. En resonancia nuclear magnética de 2001 presenta discopatía degenerativa con protusiones discales en L3-L4 y L4-L5 sin compromiso radicular. En L5-S1 existe informe de

compromiso leve radicular. Las limitaciones funcionales que se ocasionan a la actora son a la sobrecarga de la columna lumbar porque conllevaría una reagudización de sus padecimientos y no debe cargar de forma continuada peso superior al 10% de su peso corporal, presentando limitación a la movilidad lumbar en cuanto a la flexión y a la rotación en un 10%".

Basa su pretensión revisoria en los documentos obrantes a los folios 18, 42 y 46 de las actuaciones, consistentes en informe emitido por el Médico Forense, en el acta del juicio oral e informe médico emitido por el Dr. Jose Ignacio.

B) Sustituir la actual redacción del ordinal cuarto, expresivo de la situación de desempleo en la que se encontró la actora, por la siguiente:

"De acuerdo con la vida laboral de la actora, ésta cesó en la actividad laboral en noviembre del año 98 y no se reincorpora hasta el 01.12.00 estando en situación de desempleo a partir del 15-11-01. La actora solicita las prestaciones de incapacidad de forma directa sin pasar por IT previa en fecha 27.10.01".

Basa su pretensiones revisorias en los documentos obrantes a los folios 20 y 40 de las actuaciones, consistentes en la solicitud de la prestación y en el informe de vida laboral de la actora.

Con carácter previo, la Sala, a la vista de la fundamentación del recurso, realizará las siguientes precisiones. En primer lugar, 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 1 986) 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.

Ambas pretensiones revisorias han de ser desestimadas. La primera de ellas, porque de los documentos invocados por la Entidad Gestora recurrente no se desprende de manera clara, evidente y directa, sin necesidad de argumentaciones, suposiciones o conjeturas más o menos lógicas la veracidad de los datos que se pretenden incorporar al relato de hechos probados de la sentencia recurrida, postulando en suma que se realice una nueva valoración global de la prueba incorporada al procedimiento más acorde a sus intereses, basándose para ello en la consideración de los pasajes que más le interesan de los diversos informes médicos obrantes en las actuaciones, sacándolos de contexto y formando con ellos un "nuevo informe" a su medida hecho con "recortes", el cual como tal no ha sido emitido por ningún facultativo.

En cuanto a la segunda, porque si bien de los documentos esgrimidos por el Instituto recurrente se desprende directa y claramente, sin necesidad de argumentaciones de ningún tipo, la veracidad del dato que se pretende incorporar al relato de hechos probados (que la actora a la fecha de la solicitud de las prestaciones por incapacidad permanente se encontraba en situación de alta laboral y no percibiendo prestaciones por desempleo), el mismo resulta intrascendentes para resolver la cuestión que nos ocupa y en nada afectaría al sentido de la presente resolución, como veremos más detalladamente a la hora de resolver el primero de los motivos de censura jurídica que acompañan al presente de revisión fáctica.

En consecuencia, 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 del *artículo 134 párrafo 3º (actualmente artículo 136 párrafo 3º)*

del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social . Argumenta en su discurso impugnatorio, en esencia, que necesariamente ha de existir una situación de incapacidad temporal (IT) previa para que se pueda producir la declaración de invalidez permanente.

Dos cuestiones distintas han de ser abordadas a la hora de resolver el presente motivo de suplicación. En primer lugar, que es cierto que la jurisprudencia que el Magistrado de instancia recoge en su sentencia nada tiene que ver con la cuestión debatida en el presente procedimiento, dado que la misma se refiere a los supuestos de asimilación al alta de aquellas personas que se encuentran en situación de desempleo no subsidiado, cuando en el presente supuesto nos encontramos con que la actora estaba en situación de alta en el momento de solicitar las prestaciones.

Por otro lado, si bien en principio y como regla general la incapacidad permanente habrá de derivarse de una situación de incapacidad temporal (*artículo 136 párrafo 3º del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social*), al tener aquélla contingencia una sustantividad propia se admiten supuestos en los que se puede acceder a ella directamente y sin pasar por una situación previa de IT. Tal es el caso de aquellos trabajadores que por estímulo profesional o necesidad económica, continúan prestando servicios hasta que su situación patológica, definitiva e irreversible, le impide desarrollar su actividad laboral, o cuando el estado de IP surge de forma completa e irreversible. En tales casos la jurisprudencia viene estimando, desde hace tiempo, que no es necesario que la IP derive de una IT, al no precisarse ningún tratamiento para poder definir la situación incapacitante (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1969, 2 de febrero de 1970, 3 de mayo de 1971, 26 de mayo de 1972, 27 de septiembre de 1974, 11 de junio de 1980, 24 de junio de 1982, 26 de marzo de 1987 y 10 de noviembre de 1999). Por ello, nada impide que la actora, que continúa trabajando como peona agrícola a pesar de padecer importantes mermas físicas, inste la declaración de incapacidad permanente sin haber completado previamente un periodo de incapacidad temporal.

Se desestima, por tal razón, el primero de los motivos de censura jurídica articulados por el INSS.

CUARTO.- También por el cauce del *apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* denuncia el Instituto recurrente la infracción del *artículo 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 el ejercicio de su profesión habitual de peona agrícola por cuenta ajena del sector de la floricultura.

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 4º, actualmente párrafo 1º letra b .)* 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** , lumbalgias de repetición, escoliosis lumbar discreta, prolapso posterior central L3-L4 con estenosis de canal vertebral, discopatía degenerativa, protusiones discales L3-L4 y L4-L5 sin compromiso radicular, protusión L5-S1 con estenosis en los tractos de salida de ambas raíces, mínimo y leve compromiso radicular L5-S1 y nónico y pérdida de la curvatura cervical; lesiones que han precisado tratamiento con analgésicos y antiinflamatorios y rehabilitación (hecho probado segundo).

Dichos padecimientos producen a la actora las siguientes limitaciones funcionales: limitación para la movilidad lumbar, la flexión y la rotación en un 10%, debe evitar las sobrecargas con la columna en flexión, así como los movimientos repetitivos de flexo-extensión, los movimientos o giros de columna y la bipedestación (hecho probado segundo).

De otro lado, su profesión habitual es la de Peona Agrícola por cuenta ajena del sector de la

floricultura (cultivo del geranio), cuyas tareas fundamentales son pormenorizadamente descritas por el Magistrado de instancia de la siguiente forma: cortar esquejes, descapullar, quitar hojas a las plantas, arrancarlás, entrar y sacar bolsas de picón, plantar, regar, sulfatar, empolverar y empaquetar esquejes, estando casi todo el día con la cabeza gacha y en cuclillas o doblada de cintura, realizando su labor a una altura del suelo de unos 30 centímetros, regar con manguera de 40 kilos y 200 metros de largo, cargando macetas en camiones, trasladándolas dentro del invernadero cuyo suelo está apiconado, manejar carretillas con picón, cargando sacos con ese material con ocho kilogramos cada uno y transportarlos unos 30 o 50 metros, descargar camiones que traen abonos y turba con peso por saco de unos 20 a 25 kilos (hecho probado tercero).

Confrontando, pues, su capacidad residual con el conjunto de tareas que componen su habitual quehacer laboral, puede afirmarse que la actora no posee suficiente aptitud física para afrontar con rendimiento, eficacia y profesionalidad las tareas esenciales de su profesión habitual, como no fuere con un esfuerzo y sufrimiento añadidos, que no son exigibles a ningún profesional y con serio menoscabo de su salud y riesgo cierto de agravamiento de su proceso patológico, dado que prácticamente la totalidad de los cometidos que tiene que llevar a cabo en su puesto de trabajo comprometen la movilidad de la columna vertebral a todos sus niveles e implican la sobrecarga de la misma. Pero, en cambio, sí entendemos que conserva capacidad residual suficiente para desempeñar trabajos livianos, sedentarios y sencillos que no conlleven la realización de los esfuerzos físicos para los que se encuentra impedida (puede estar en pie y caminar y mantiene íntegra su capacidad de sedestación).

Todo ello conduce a la Sala, al haberlo entendido así el Magistrado de instancia, 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 (INSS) contra la sentencia dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL de Gáldar el 11 de abril de 2002, 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 3537/0000661066/02 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 300 euros en la entidad de crédito BANESTO, cuenta corriente 24100000661066/02, 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.