

Id Cendoj: 35016340012004101099
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 950/2002
Nº de Resolución: 1138/2004
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 25 de Noviembre de 2004 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 I.N.S.S. contra sentencia de fecha 3 de diciembre de 2001 dictada en los autos de juicio nº 802/2000 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Daniela , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

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 demandante nacida el 13.09.48, tiene como profesión habitual la de dependienta de comercio de comestibles, en el régimen de autónoma, y con una base reguladora de 54.301.-ptas.

SEGUNDO.- Tras un periodo de I.T. iniciado en Abril de 1999, se tramitó de oficio el oportuno expediente administrativo, emitiéndose informe médico de síntesis el 14.04.00 en los términos que obran en autos, y recayendo dictamen-propuesta del EVI el 17.04.00, en el que como cuadro clínico se determinaba "Lumbalgia crónica, espondilolisis L5 bilateral y espondiloartrosis lumbar con degeneración discal L4, L5.

Actualmente presenta un ba libre de todas las articulaciones. M. spurli Ng: negativa. Lasegue y Bragard: negativas. Lordosis lumbara.

Y, analizadas las secuelas descritas y las tareas realizables, este equipo de valoración de incapacidades, propone la no calificación del trabajador referido como incapacitado permanente", siendo así resuelto por la Dirección Provincial del INSS el 11.05.00.

TERCERO.- Se formuló reclamación previa que fue desestimada.

C UARTO.- Realmente presenta un cuadro clínico consistente en:

"1.- Cervicoartrosis de predominio distal.

2.- Hernia discal cervical en el nivel C5-C6.

- 3.- Lumboartrosis de predominio L3-L5.
- 4.- Espondilolisis bilateral de L4, con anterolistesis secundaria.
- 5.- Hernia discal L4-L5 con radiculopatía izquierda.
- 6.- Síndrome de **Fibromialgia** Reumática.
- 7.- Hernia de hiato esofágico".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que debo estimar y estimo la demanda promovida por Doña Daniela contra el INSS, declarando que la actora está afecta de una invalidez permanente, en grado de incapacidad permanente Absoluta para toda profesión u oficio condenando al INSS a su reconocimiento, así como al abono de la pensión del 100% de la base reguladora aludida, con fecha de efectos 17.04.00.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la pretensión de la actora de alta en el RETA, comercio comestibles, y por la que solicitaba ser declarada afecta de invalidez permanente, grado de incapacidad permanente absoluta .

Frente a la misma se alza el INSS 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 de instancia sea estimada solo parcialmente la demanda y se declare a la actora en situación de incapacidad permanente total para su profesión. El recurso ha sido impugnado de contrario.

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 con base a prueba documental que refiere, sea modificado el ordinal cuarto de forma que se elimine la referencia a hernia discal lumbar con radiculopatía izquierda , pues a su entender no consta en ningún informe médico así como la hernia de hiato por no tratarse de una patología incapacitante. . Se desestima el motivo por cuanto la hernia discal lumbar con radiculopatía izquierda no solo se desprende del informe pericial sino que consta asimismo al folio 44 , informe clínico de facultativo del Servicio Canario de Salud y en el informe radiológico derivado de IRM C lumbar emitido por el radiólogo de la Clínica de San Roque (folio 44 vlto) y en otro informe radiológico de la misma Clínica al folio 66 .Lo de la hernia de hiato no tiene trascendencia para el fallo .

TERCERO.- Por el cauce del *apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* denuncia el INSS la infracción del *artículo 137.1 c) de la Ley General de la Seguridad Social de 1994* y se argumenta que las lesiones descritas en el relato fáctico de la sentencia combatida con las modificación que ha propuesto y se ha rechazado no limitan la capacidad física de la interesada absolutamente para toda profesión u oficio, aunque si la inhabilitan para la profesión habitual El motivo prospera.

El grado de incapacidad permanente absoluta está configurado en el *T.R. de la Ley General de la Seguridad Social* como el que inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio (*artículo 137 párrafo 5º, 137 párrafo 1º c. actual*). La jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 9 de febrero de 1987 que ha recopilado la doctrina en tal sentido) establece que"este grado de incapacidad, teniendo presente el texto de dicho precepto que lo tipifica, sus antecedentes históricos, su espíritu y su finalidad, no sólo debe ser reconocido al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, sino también a aquél que, aun con aptitudes para algunas actividades, no tenga facultades reales para consumir, con cierta eficacia, las tareas componentes de una cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral. A tal fin han de valorarse, más que la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generen, éstas en sí mismas, en cuanto impedimentos reales y suficientes para dejar sin posibilidades de iniciar y consumir a quien las sufre las faenas que corresponden a un oficio, siquiera sea el más simple, de los que, como actividad laboral retribuida, con una y otra categoría profesional, se dan en el seno de una empresa o actividad económica de mayor o menor volumen"B (en el mismo sentido sentencias de 24 de febrero y 16 de julio de 1987). La jurisprudencia viene entendiendo que la declaración de invalidez permanente absoluta debe hacerse con criterio restrictivo por

las consecuencias negativas que conlleva, tanto para el operario como para la sociedad, de modo que sólo se puede acceder a tal pretensión cuando se comprueba una situación fisiológica que anule radicalmente cualquier posibilidad de actuación en el mundo laboral (sentencia de 10 de noviembre de 1982), atendiendo exclusivamente las secuelas anatómico funcionales (sentencia de 25 de enero de 1983), o que provoquen una serie de dolores, episodios agudos o trastornos que no permitan llevar a cabo con asiduidad y continuidad el ejercicio profesional (sentencias de 22 de enero de 1985, 24 de enero, 12 de junio y 22 de noviembre de 1989, 22 de enero, 2 de abril, 30 de junio, 20 de julio, 17 de septiembre, 23 de octubre, 14 de noviembre y 10 de diciembre de 1990). La determinación de tal grado de invalidez ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a apreciar conjunta o simultáneamente, de un lado, la severidad

de la incapacitación y, de otro, las posibilidades reales de hallar ocupación. De tal manera que el *artículo 135 párrafo 5º del T.R. de la Ley General de las Seguridad Social* no debe ser interpretado mediante un entendimiento literal y rígido sin más de su tenor literal, en evitación de que resulte imposible su aplicación real, y sí, por el contrario, sin perder nunca de vista la objetividad que el sentido propio de sus palabras comporta, en relación con el contexto y sus antecedentes históricos, debe actuarse dicha norma de tal suerte que su aplicación atienda fundamentalmente a alcanzar el espíritu y la finalidad que determinaron su promulgación (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio, 5 y 6 de octubre de 1981, 10 de abril, 2 de junio, 26 y 29 de noviembre, 3 de diciembre de 1984, 22 de abril, 10 y 19 de junio de 1985 y 16 y 27 de febrero, 13 de junio de 1989, 22 de enero, 7 de marzo y 11 de diciembre de 1990).

De otra parte, 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) 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.

CUARTO.- Del examen de los hechos declarados probados se desprende que los padecimientos de la actora consistentes en cervicoartrosis de predominio distal, hernia discal cervical en el nivel C5-C6, lumboartrosis de predominio L3 a L5, espondilolisis bilateral de L4 con anterolistesis secundaria, hernia discal L4-L5 con radiculopatía izquierda, síndrome de **fibromialgia** reumática, puestos en relación con su profesión habitual, le impiden realizar las tareas propias del negocio que regenta, pues no puede estar en situación de bipedestación o deambulación prolongada, ni la realización de esfuerzos. Sin embargo la actora si puede realizar actividades de tipo sedentario que no requieran esfuerzos físicos, lo que impide reconocerle el grado de invalidez absoluta que como principal ha postulado, lo que conlleva la estimación del recurso, la revocación de la sentencia de instancia y la estimación en parte de la demanda para reconocer a la actora el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual de dependiente de un comercio de comestibles..

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 3 de Diciembre de 2001, del Juzgado de lo Social numero 4 de Las palmas de Gran Canaria en procedimiento numero 802/2000 seguido en su contra por DOÑA Daniela, que revocamos, y estimando en parte la demanda, declaramos a la actora en situación de incapacidad permanente total para su trabajo habitual, con derecho a percibir una pensión desde la fecha del informe del EVI el 17 de Abril de 2000, por importe mensual del 55 por 100 de la base reguladora de 54.301 pesetas con las actualizaciones correspondientes, absolviendo al INSS de la pretensión principal de invalidez

absoluta que se pretendía .

Notifíquese este 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 3537/0000660950/2002 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 24100000660950/2002 , Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes 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.