

Id Cendoj: 35016340012005100013
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1218/2002
Nº de Resolución: 12/2005
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 25 de Enero de 2005 La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS formada por los lltmos. 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 30 de enero de 2002 dictada en los autos de juicio nº 931/1998 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Elsa , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

El Ponente, el lltmo./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 20.07.49, es afiliada a la Seguridad Social con el número NUM000 , de profesión manicura y pedicura, en salón de belleza y una base reguladora a los efectos de este procedimiento de 90.883 pesetas. La actora causó baja de IT con fecha 1.02.96 siendo dada de alta el 8.02.97.

SEGUNDO.- Previo IMS de fecha 30.04.98, y dictamen propuesta de 6.05.98, que se dan por reproducidos, le es denegada a la actora la invalidez solicitada mediante resolución de fecha 28.05.98, por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de una incapacidad permanente. Como cuadro clínico residual se establecía: Intervenida quirúrgicamente el 3.11.97 por síndrome del canal carpiano izquierdo. Escoliosis dorso lumbar leve. No se aprecian limitaciones significativas. TERCERO.- La actora presenta el siguiente cuadro patológico: Además de las señaladas en el IMS, quiste radicular localizado a nivel del foramen derecho interespacio C7-D1. A nivel de columna lumbar (L4- L5) prolapso discal marginal izquierdo con obliteración del receso y salida de la nariz homolateral compatible con una hernia discal. Parestesias miembros superiores. Estándole contraindicadas las posturas mantenidas con el cuello flexionado, sedestación o bipedestación prolongadas o de flexión de columna mantenida.

CUARTO.- Con fecha 21.07.98, la actora formula reclamación previa, la cual le es desestimada mediante nueva resolución de fecha 14.08.98.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que estimando la demanda formulada por Dª. Elsa contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la

Seguridad Social, debo declarar y declaro que la actora se encuentra afecta a una invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual, condenando al INSS a su reconocimiento y al abono de una pensión del 55% de la base reguladora de 90.883, más las revalorizaciones y mejoras procedentes con fecha de efectos desde el 6.05.98, así como a la Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por la presente resolución. 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 profesión manicura-pedicura por cuenta ajena y por la que solicitó ser declarado 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 un motivo de revisión fáctica y otro 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 la Magistrada de instancia con base a la documental obrante en autos (folio 95) y con la finalidad de que se suprima del hecho probado cuarto la siguiente frase: "Estandole contraindicadas las posturas mantenidas con el cuello flexionado, sedestación o bipedestación prolongada o de flexión de columna mantenida". El motivo se desestima ya que en el informe que se contiene dichas limitaciones no trata solo de la **fibromialgia** sino que trata a su vez de la escoliosis dorso lumbar, padecimiento incluso recogido en el informe médico de síntesis.(folio 54) y de la que derivan la mayor parte de las limitaciones.

TERCERO.- Por el cauce del *apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* denuncia el INSS la infracción de los *artículos 136 y 137.4 de la LGSS de 1994* y se argumenta en el suplico que las lesiones descritas en el relato fáctico de la sentencia combatida con la modificación que ha propuesto y se ha rechazado no limita la capacidad física de la interesada para su profesión habitual. El motivo no prospera .

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 y, del inalterado relato de hechos probados de la sentencia de instancia queda acreditado que el estado actual de la actora puesto en relación con su profesión habitual, le impide realizar las tareas propias de pedicura-manicura, puesto que si como es normal, en su profesión debe estar mucho tiempo sentada o de pie doblando la cintura en una peluquería, haciendo además de atender las manos y pies de las clientas, permanentes en el pelo, lavado de cabeza, tintes, etc, como se contempla en el informe empresarial al folio 45, es evidente que ello no podrá hacerlo con las lesiones que padece de escoliosis lumbar, quiste radicular localizado a nivel del foramen derecho interespacio C7-D1 y a nivel lumbar L4-L5 prolapso discal marginal izquierdo con obliteración del receso y salida de la raíz homolateral compatible con una hernia discal, sufriendo parestesias en miembros superiores, y teniendo contraindicado las posturas mantenidas con el cuello flexionado la sedestación o bipedestación prolongadas o de flexión de columna mantenida.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha 30 de Enero de 2002 del Juzgado de lo Social numero 1 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento numero 931/1998 seguido a instancia de DOÑA Elsa , que se confirma.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de esta 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: 3537/000066 1218/2002 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 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 de BANESTO c/c 24100000661218/2002 , 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, devuélvase 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. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.