

Id Cendoj: 35016340012007100307
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 649/2004
Nº de Resolución: 325/2007
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 14 de Marzo de 2007 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 María Inmaculada contra sentencia de fecha 19 de Enero de 2004 dictada en los autos de juicio nº 625/2003 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. María Inmaculada , 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 18.12.1943, está encuadrada en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social y trabaja como comerciante de frutas y verduras. Se encontraba, en el momento del hecho causante, de alta y al corriente en el pago de sus cotizaciones.

SEGUNDO.- En fecha 16.7.2001 la actora inició un proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

TERCERO.- En fecha 16.2.2003 el E.V.I. emitió informe propuesta en materia de incapacidad permanente en el que reconocía el siguiente cuadro clínico a la actora: "Artrosis primaria vertebral y periférica leve. Cervicálgia mecánica sin radiculopatía acompañante. Tendinitis manguito rotador hombro izquierdo activa". Le reconocía las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: "En el momento actual a levantar pesos con el M.S. izquierdo por su tendinitis de supraespinoso". Como consecuencia proponía la no calificación de la actora en incapacidad permanente.

CUARTO.- En fecha 6 de marzo de 2003 el INSS dictó resolución asumiendo plenamente el dictamen de E.V.I. y denegando las prestaciones de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones de la actora un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral. Contra la misma se formuló reclamación previa el 16.4.2003 que fue desestimada por el INSS mediante resolución sin fechar, registrada de salida el 12.5.2003.

QUINTO.- La actora padece, además de las dolencias recogidas en el informe del EVI, de **fibromiálgia** . Las limitaciones que le afectan son las recogidas en dicho informe SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que, desestimando totalmente la demanda interpuesta por

María Inmaculada , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), debo absolver y absuelvo a las codemandadas de todas las peticiones que se formulan contra ellas en la demanda.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que no fue impugnado de contrario

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la pretensión de la actora nacida en 1943 , de alta el RETA como comerciante de frutas y verduras y por la que solicitó ser declarada afecta de incapacidad permanente absoluta o subsidiariamente total para su profesión habitual, por padecer : Artrosis primaria vertebral y periférica leve. Cervicálgia mecánica sin radiculopatía acompañante. Tendinitis manguito rotador hombro izquierdo activa, con las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: En el momento actual a levantar pesos con el M.S. izquierdo por su tendinitis de supraespinoso.

Frente a la misma se alza el demandante mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de motivo de revisión fáctica y de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia sea estimada la demanda.

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

a) se añada al ordinal primero el encuadramiento al RETA lo era por venta al por mayor. El motivo se desestima , la trabajadora en su solicitud de incapacidad permanente (folio 30) habla de tienda de frutas y verduras .

b) se diga al ordinal cuarto y quinto que además padecía **fibromialgia** y que no puede coger pesos ni hacer esfuerzos ni permanecer tiempo con posturas mantenidas en cuello espalda y columna lumbar , síndrome doloroso, dificultades para dormir y fatiga . El motivo se estima al resultar de la pericial médica.

TERCERO.-Por el cauce del *apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* denuncia el recurrente la infracción de los *artículos 137.4 y 5 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 limitan la capacidad física de la interesada para toda profesión o subsidiariamente para la habitual.

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.

CUARTO.- Del examen de los hechos declarados probados se desprende que los padecimientos de la actora puestos en relación con su profesión habitual, le impiden realizar las tareas propias del comercio de frutas y verduras, ya que está limitada para la movilidad conjunta del hombro izquierdo, no puede levantar peso, ni hacer esfuerzos ni permanecer tiempo con posturas mantenidas en cuello espalda y columna lumbar, síndrome doloroso, dificultades para dormir y fatiga .

El Tribunal Supremo en supuestos similares al actualmente enjuiciado determinó que la invalidez a

reconocer era la total para la profesión habitual y así lo determinó en sentencias de 7 de Febrero de 1989 (ED 1181) con respecto a un mecánico , en la de 16 de Junio de 1989 (ED 6146) referida a un hostelero y en la de 20 de Abril de 1990 (ED 4284) cuando se trataba de un amasador de pan .

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA María Inmaculada contra la sentencia de fecha 19 de Enero de 2004, del Juzgado de lo Social 2 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento 625/2003 seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que revocamos y estimando la demanda anulamos y dejamos sin efecto la resolución del INSS impugnada, por contraria a derecho, y declaramos que la actora se encuentra afectada de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de comerciante de frutas y verduras, condenando al INSS a abonar a la demandante una pensión vitalicia en la cuantía equivalente al 55 por 100 de su base reguladora de 471, 43 euros , más dos pagas extraordinarias por el mismo importe en Verano y Navidad, desde el 16-2-2003 fecha del informe del EVI con las actualizaciones y revalorizaciones pertinentes . 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 3537/0000660649/2004 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 24100000660649/2004 , 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.

DILIGENCIA - En Las Palmas a .Dada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Presidente que la suscribe a los efectos de su notificación, uniéndose certificación literal de la misma a los autos originales, conforme a lo dispuesto en los arts. 266.1 de la L. O. P. J. y 212 de la L. E. C., archivándose la presente en la Secretaría de este Juzgado en el Libro de su clase. Doy fe.