

Id Cendoj: 35016340012007100623
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1109/2004
Nº de Resolución: 638/2007
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 25 de Abril 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 Servicio Canario De Salud contra sentencia de fecha 21 de Marzo dictada en los autos de juicio nº 229/2003 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Fermín , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL SERVICIO CANARIO DE SALUD .

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.- El actor, con DNI Nº NUM000 , afiliado y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, con núm. de S.S. NUM001 , dedicado a la actividad de venta de muebles al por menor, fue dado de baja por IT, por lumbalgia el 5-8-2002. Fue alta el 5-12-2002. Hasta esta fecha vino percibiendo las prestaciones de IT por pago directo del INSS.

SEGUNDO.- El actor, a la fecha del alta médica, padecía: osteoartrosis cervical y dorsolumbar; dolor en columna con irradiación a extremidades inferiores, con fuertes dolores radiculares en ambas extremidades; hernia discal con radiculopatía L5-S1 y espondiloartrosis grado 3. Estos padecimientos impedían al actor el desarrollo de su trabajo habitual de vendedor de muebles al por menor, toda vez que no podía sobrecargar la columna ni agacharse, ni mantener posiciones de bipedestación o sedestación prologadas, ni realizar deambulaciones de mas de 100 metros.

TERCERO.- Interpuesta Reclamación previa el 20-12-2002, fue desestimada por Resolución de 13-1-2003 SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DON Fermín , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y SERVICIO CANARIO DE SALUD sobre IMPUGNACIÓN DE ALTA MÉDICA, debo anular y anulo el alta médica de 5-12-2002 y debo declarar y declaro que el actor estaba en tal fecha en situación de IT derivada de enfermedad común, con derecho a continuar percibiendo la prestación de IT desde el 5-12-2002 hasta su total curación o pase a situación de incapacidad permanente, en la misma cuantía en que la venía percibiendo, y debo condenar y condeno al INSS a estar y pasar por tal declaración y a abonar al actor la prestación correspondiente. 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 del actor de alta en el RETA dedicado a la actividad de venta de muebles que por el SCS fue dada de baja médica el 5-8-2002 por lumbalgia y alta el 5-12-2002 que ha sido impugnada.

Frente a la misma se alza el SCS mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de motivos de revisión fáctica y de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia sea desestimada la demanda. El recurso se impugna de contrario.

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral solicita el SCS la modificación del ordinal segundo* para que quede con el siguiente texto : "El actor en el momento del alta tenía una movilidad del caquis cervicotoracolumbar, hombros, codos, muñecas, manos, caderas, rodillas y tobillos, conservada. No se observaba atrofia ni contractura muscular. No signos externos de flogosis. Spurling, Lassegue, Bragard, Golwaith, Fabere, Ericksen, Tinnel y Phalen, negativos bilaterales. Marcha sobre puntas-talones posible y cuclillas posible. Valoración negativa para **fibromialgia** . La situación clínica del actor en el momento en el que el alta le fue dada era compatible con su trabajo habitual". El motivo e desestima pues pretende ampararse en la propia resolución administrativa combatida , y no se ajusta a lo dispuesto en los *artículos 191 b) y 194.3* de la LPL .

TERCERO.- El SCS denuncia la infracción del *artículo 128.1a) de la Ley General de la Seguridad Social de 1994* . El motivo debe ser desestimado.

La incapacidad temporal (*art 128 .1-a de la LGSS*), causa primaria de necesidad social como contingencia de contenido específicamente laboral, está configurada en la L.G.S.S. como la imposibilidad de ganancias por defecto de ingresos debido a la incapacidad patológica y sobrevenida para trabajar. Son notas definitorias de tal situación:

a) La incapacidad laboral, como género, esto es, la falta o disminución de aquella integridad psicosomática, la cual ha de ser patológica, sobrevenida y genéricamente involuntaria.

b) La necesidad de precisar asistencia sanitaria.

c) La transitoriedad, como especie, en cuanto límite temporal establecido legalmente para una mejor ordenación protectora. Las dos primeras notas antes expresadas han de concurrir necesariamente, es decir, que las mermas fisiológicas necesiten tratamiento médico y que, además, no permitan la ejecución de las tareas profesionales de tal manera que no basta la precisión de asistencia sanitaria por sí sola, toda vez que cabe la asistencia ambulatoria compatible con la actividad profesional, ni basta la incapacidad que no requiera asistencia sanitaria.

Para que el alta médica pudiera revocarse , debería persistir en ese momento la inhabilidad laboral del accidentado o enfermo , y en el supuesto enjuiciado ,es claro que el actor no estaba curado de sus dolencias ya que en la fecha del alta (ordinal segundo)continuaba padeciendo osteoartrosis cervical y dorsolumbar; dolor en columna con irradiación a extremidades inferiores, con fuertes dolores radiculares en ambas extremidades; hernia discal con radiculopatía L5- 81 , espondiloartrosis grado 3 y dichos padecimientos impedían al actor el desarrollo de su trabajo habitual de vendedor de muebles al por menor, toda vez que no podía sobrecargar la columna ni agacharse, ni mantener posiciones de bipedestación o sedestación prologadas, ni realizar deambulaciones de mas de 100 metros.

Por lo tanto el actor debió permanecer en situación de incapacidad temporal, pues estaba impedido para el trabajo y precisaba continuar recibiendo asistencia sanitaria para curación de sus lesiones, y si luego del tratamiento procedente durante el plazo máximo fijado en el *apartado a) del art 128 de la LGSS* se apreciara que persistía la dolencia, lo procedente hubiese sido formular un alta médica con propuesta de invalidez permanente (*art 131 bis LGSS*), lo cual conduce a que el recurso deba ser desestimado y confirmada la sentencia de instancia .

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO CANARIO DE SALUD contra la sentencia de fecha 21 de Enero de 2004, del Juzgado de lo Social 1 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento 229/2003 seguido por DON Fermín contra la entidad recurrente y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que confirmamos

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 1109/2004 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 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 24100000661109/2004 , 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.