

Id Cendoj: 35016340012007100726
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 218/2005
Nº de Resolución: 727/2007
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: ANGEL MIGUEL MARTIN SUAREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 16 de mayo de 2007

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS formada por los Iltmos. Sres D./Dña. Humberto Guadalupe Hernández Presidente, D./Dña. Angel Martín Suárez (Ponente) y D./Dña. M^a Jesús García Hernández 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 31 de marzo de 2004 dictada en los autos de juicio nº 585/2003 en proceso sobre PRESTACIONES , y entablado por D./Dña. Teresa , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

El Ponente, el Iltmo./a Sr./a. D./Dña. Angel Martín Suárez , 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 parte actora, con DNI NUM000 , nacida el 11-7-1943, que está afiliada como trabajador por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la S.S., con núm. NUM001 , causó baja de IT en 3-9-2003 por mialgia y miositis, situación en la que permaneció hasta el 16-1-2003, en que fue alta con informe propuesta de invalidez.

SEGUNDO.-El Informe de Valoración Médica, de 24-3-2003 establece como juicio diagnóstico y valoración el siguiente: "Cervicalgias, lumbalgias episódicas. Túnel de carpo derecho sin documentar. Osteoartrosis rodilla derecha leve. Marcadores serológicos hepatitis C positivos en paciente asintomática" Y como limitaciones orgánicas o funcionales: "No se objetivan excepto molestias locales dolorosas propias de su osteoartrosis".

TERCERO.- Tras la oportuna propuesta por el EVI el 26-3-2003, la Dirección Provincial del INSS, con fecha 9-4-2003, dictó Resolución por la que se denegaba a la parte actora estar afecta a una incapacidad permanente "por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución para ser constitutivas de una incapacidad permanente".

Contra dicha Resolución fue interpuesta la oportuna reclamación en Vía Previa el 30-4-2003, que fue desestimada de manera expresa, mediante Resolución de fecha 19-5-2003, por los mismos fundamentos que dieron lugar a la resolución recurrida.

CUARTO.- e solicita la declaración de una Incapacidad Permanente Absoluta, o, subsidiariamente, Total para la profesión habitual de la parte actora como Peluquera autónoma, siendo la base reguladora de

dicha prestación 600,58 €..

QUINTO.-Quien hoy acciona aqueja el cuadro de dolencias residuales siguientes:

- Hernia discal L4-L5 y L5-S1, con radiculopatía L5 derecha.
- Osteoartrosis rodilla derecha.
- Osteoartrosis incipiente de manos.
- Síndrome de túnel carpiano.
- Lumbalgia.
- **Fibromialgia** .
- Hepatitis C.

Los anteriores padecimientos impiden a la parte actora realizar actividades que impliquen la bipedestación o deambulación prolongada. La actora sufre graves limitaciones en el MID, y carece de fuerza en las manos para sostener objetos de mediano peso en períodos prolongados. Tiene dolor frecuente de la columna lumbar que irradia al MID.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que, estimando parcialmente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DOÑA Teresa frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA o, subsidiariamente, TOTAL, debo declarar y declaro que la parte actora se encuentra afectada de una INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA para su profesión habitual de Peluquera, condenando al INSS a estar y pasar por dicha declaración y a que abone a la parte actora una prestación económica consistente en una pensión vitalicia equivalente al 75% de la base reguladora de 600,58 €, más los incrementos y revalorizaciones que legalmente correspondan, con efectos del día 9-4-2003. El grado de incapacidad será revisable en dos años a partir de esta resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia que estima parcialmente la demanda y por la que se declara a la actora afectada de una incapacidad permanente total cualificada para su profesión habitual de Peluquera y con las correspondientes prestaciones económicas consistentes en una pensión del 75% de la base reguladora de 600,58 euros con efectos del día 09-04-2003, se alza la dirección legal del Instituto Nacional de la Seguridad Social articulando el recurso de Suplicación en base a dos motivos: en primer término, al amparo de la *letra b) del artículo 191 del R.D. -Legislativo 02/1995, de 7 de abril*, por el que aprueba el T.R. de la *Ley de Procedimiento Laboral*, se pretende la revisión del hecho probado quinto; y a continuación, al amparo de la *letra c) del artículo 191 del TRLPL*, se alega la infracción de las normas que se cita.

SEGUNDO.-Al respecto de la modificación de los hechos declarados probados debe señalar que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º) Que se señale con precisión cual es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º) Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien completándolos.

3º) Que se citen pormenorizadamente los documentos o primicias de los que se considera se desprende la equivocación del Juzgador, sin que se doble admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la Ley que el error debe

ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º) Que esos elementos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenta un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º) Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

Así pues, sentado lo que antecede y por lo que se refiere a la modificación del relato de hechos probados articulada por la recurrente y consistente en adicionar un nuevo ordinal con el tenor literal siguiente: " SEXTO.- La actora ha continuado con su actividad en el RETA hasta enero de 2004, manteniendo la correspondiente alta y cotización en dicho régimen"; y ello con fundamento en la prueba documental aportada por la recurrente a los folios números 108 a 114, ha de tener favorable acogida pues, efectivamente, este nuevo ordinal se extrae de documentos incorporados por la recurrente en el acto de juicio oral y , además de resultar idóneos y fehacientes para tal fin, no han sido impugnados, en tiempo y forma por la parte recurrida. Por último, este motivo ha de prosperar por cuanto tiene trascendencia en la parte dispositiva de la sentencia .

TERCERO.- Por el cauce procesal del *apartado c) del artículo 191 del TRLPL se articula un segundo motivo por el que se denuncia la infracción de los artículos 136 y 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social -(RD.- Legislativo 01/94, de 20 de Junio)*-, en relación el art. 27 del Decreto 2530/1970, de 20 de Agosto ; así como el art. 47 del RD. 84/96 , posteriormente modificado por el art.1 del RD. 1273/2003, de 10 de Octubre .

Sentado lo que antecede resulta necesario traer a colación lo dispuesto en el art. 38.c) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto , tras la redacción dada al mismo por el Real Decreto 463/2003, de 29 de abril , el incremento del 20% solo es de aplicación cuando "el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo"

Los tres requisitos que dicho precepto legal exige han de concurrir conjuntamente, por lo que no basta con el cumplimiento de la edad de 55 años que se establece en su letra a), y ni siquiera tampoco con el de no ejercer actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que impone la letra b); sino que es necesario e ineludible que no se ostente, además, la titularidad real de un establecimiento mercantil en condición de propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

Y es que, como se razona en sentencia del T.S.J de Cantabria de 04-07-2005-Rec nº422/2005-(EDJ 2005/107536) , esta norma exige que el pensionista haya de justificar también para la percepción de tal incremento del 20%, la extinción de la titularidad del negocio, hecho distinto a su mera baja en el régimen al que figura afiliado; y en igual sentido se pronuncia el T.S.J de Navarra en su sentencia de 17-03-2005 -Recurso nº 91/2005 (EDJ 2005/53158)-, al indicar que la exigencia de este último requisito reduce el ámbito subjetivo de aplicación de la mejora a quien se encuentre en tal situación y acredite que ha dejado de ser titular del establecimiento. Y con iguales razonamientos y criterios se pronuncia el T.S.J de Cataluña en su sentencia de fecha 31-01-2006- Rec. nº 9389 /2004- (EDJ 2006/37972)-.

Así pues, rechazándose la alegación de la parte recurrida relativa a que no ha sido objeto de discusión y debate en la instancia dicho extremo atinente a la fecha de efectos económicos de la prestación reconocida a la misma pues, tal y como se desprende del acta de juicio oral, si resultó planteada por la dirección legal de la Entidad Gestora recurrente. Por lo tanto, en atención a todo lo razonado y expuesto anteriormente, precede acoger la censura jurídica y, estimando el recurso de suplicación formulado por la misma, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de declarar que los efectos económicos de la prestación reconocida, en su incremento en el 20% de la base reguladora declarada, lo son desde la justificación de que no ostenta la titularidad de explotación mercantil alguna, quedando el resto de los pronunciamientos inalterados.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación formulado por Instituto Nacional De La Seguridad Social , contra la sentencia de fecha 31-03-2004 , dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de esta Provincia y en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida , en el sentido de declarar que los efectos económicos de la prestación reconocida en su incremento en el 20% de la base reguladora declarada, lo son desde la justificación de que no ostenta la titularidad de explotación mercantil alguna, quedando el resto de los pronunciamientos inalterados .

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 3537/000066 0218/05 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 2410000066 0218/05 , 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.