

Id Cendoj: 38038340012005100860  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Santa Cruz de Tenerife  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 548/2005  
Nº de Resolución: 953/2005  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: ANTONIO DORESTE ARMAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 14 de noviembre de 2005.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los lltmos. Sres. Magistrados D./Dña. Antonio Doreste Armas (Ponente) (Presidente), D./Dña. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua y D./Dña. Jose Manuel Celada Alonso , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000548/2005 , interpuesto por María Esther , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000923/2004 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Antonio Doreste Armas .

### **ANTECEDENTES DE HECHOS**

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por María Esther y Instituto Nacional De La Seguridad Social , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y Tesorería General De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 29-04-05 , por el Juzgado de referencia, con carácter desestimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:  
PRIMERO.- La demandante, Dª María Esther , nacida el 26/7/1948, está afiliada al Régimen Especial de Autónomos de la Seguridad Social, con número NUM000 , siendo su profesión habitual la de dependienta.

SEGUNDO.- Iniciado expediente de incapacidad permanente, la Entidad Gestora en resolución de 20/7/04, le deniega la prestación por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral.

TERCERO.- El informe del EVI que sirvió de base a la resolución anterior señaló el siguiente cuadro clínico residual: Bursitis y rotura parcial del manguito de rotadores de hombro derecho (dominante). Tratada quirúrgicamente en marzo-03. Actualmente limitación de la movilidad de dicho hombro en últimos grados. Lumbalgia con exploración anodina.

Limitaciones orgánicas y funcionales: No se objetivan limitaciones permanentes en la actualidad que le impidan el desarrollo de las tareas fundamentales de su trabajo habitual.

CUARTO.- La base reguladora de la prestación asciende a 524,30 euros, y la fecha del hecho causante es el 20/7/04.

QUINTO.- Se ha agotado la vía previa administrativa.

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó

Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que desestimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> María Esther , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones en su contra ejercitadas.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte María Esther , siendo impugnado de contrario. Recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 17 de Octubre de 2005 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre ante este Tribunal Sentencia de instancia en materia de prestaciones de Seguridad Social, que desestimando la demanda, denegó la calificación de las secuelas de la demandante, de profesión dependiente y de 57 años de edad, como propias de una Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual que la actora pretendía, derivada de contingencias comunes, confirmando la Resolución del INSS.

El recurso de suplicación lo alza la representación letrada de la citada demandante articulando dos motivos, uno de revisión de hechos probados y otro de censura jurídica, con respectivo amparo en los *apartados b y c del art. 191 LPL* .

SEGUNDO.- El motivo de revisión fáctica postula la alteración del relato de hechos probados mediante la adición de uno nuevo, en el que conste que la actora está integrada en el régimen general y no en el especial de trabajadores autónomos.

Como es sabido, todo motivo de revisión fáctica requiere, para su éxito:

a) Que se concrete con precisión y claridad lo que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica de la Sentencia recurrida.

b) Que la necesidad de modificación resulta, de forma clara, patente y directa de la Prueba Documental o pericial obrante en Autos.

c) EL ofrecimiento de un texto completo, a figurar en la narración que se tilda equivocada completándola en este caso.

d) Y que los Hechos propuestos son trascendentes para llegar a la modificación del fallo recurro e incluso para que esa Sala pueda entrar a conocer del Fondo del asuntos.

( Sentencias de 5 de noviembre de 1989, de la Sala de la Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria; de 9 de marzo de 1992, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; de 11 de diciembre de 1995, de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Cataluña, de 12 de diciembre de 1995, de la Sala de lo Social -Sede de Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y de 16 de enero de 1996, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja).

En este caso, la modificación pretendida resulta innecesaria, pues lo determinante para la resolución de los grados de las incapacidades permanentes es la descripción de las secuelas, limitaciones orgánico funcionales o "reducciones anatómicas o funcionales graves" (en los términos del *art. 136.1 LGSS* ) previsiblemente definitivas y con proyección suficiente para reducir la capacidad laboral del trabajador y en este sentido, la adición propuesta no presenta ningún interés para ello, puesto que, aún siendo trabajadora por cuenta ajena y no del RETA (donde las exigencias de rendimiento y eficacia son inferiores, como luego se razonará), las secuelas descritas en el hecho probado tercero son insuficientes para ser declarada inválida permanente en el grado de total para su profesión habitual.

Queda así desestimado el motivo.

TERCERO.- El segundo de ellos, de crítica jurídica con amparo procesal en el *art. 191.c LPL* y material en el a *art. 137 LGSS* señala que las limitaciones de la actora le suponen merma suficiente para acceder a la calificación de Incapacidad Permanente Total insistiendo en que no se trata de trabajadora autónoma y en una **fibromialgia** que padece (que no puede ni ser valorada, ya que no consta en el relato fáctico y no se ha articulado el preceptivo motivo de revisión fáctica para incorporarlo ex *art. 191.b LPL* ).

La resolución del motivo debe, como antes se indicó, proyectar las secuelas definitivas que afectan al

trabajador (dato que suele expresarse con suficiente detalle) sobre las tareas de su profesión habitual (extremo al que apenas suele prestársele atención, dejando su apreciación al conocimiento general de las funciones profesionales).

Pues bien, según el intacto relato fáctico, a la trabajadora le queda como reducción funcional grave y definitiva ( art. 136.1 LGSS ) una disminución de la capacidad global de pié izquierdo del 50%, concretada en limitación en la movilidad del hombro derecho en los últimos grados (la lumbalgia resulta anodina a la exploración, por lo que se descarta).

Esta mínima limitación, en cualquier profesión, y tanto en trabajo por cuenta ajena como por cuenta propia, difícilmente sería invalidante, salvo que se tratara de una profesión que exigiera un grado máximo de fuerza, movilidad y destreza en el hombro (profesión que resulta muy difícil de imaginar), pero desde luego, no limita en más de un 33% el rendimiento de la actora en su trabajo como dependienta y como por debajo de dicho límite no existe cobertura prestacional alguna, obvio es que no procede declararle en grado alguno de los de incapacidad permanente, conforme ha efectuado la Sentencia recurrida.

No hay infracción legal, pues, en la citada Sentencia, lo que arrastra su confirmación previa desestimación de este último motivo y, con él, el recurso interpuesto.

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación, interpuesto por María Esther contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 29-04-05 , en virtud de demanda interpuesta por María Esther contra Instituto Nacional De La Seguridad Social y Tesorería General De La Seguridad Social en reclamación de DERECHOS y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia .

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer sólo Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral* , advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que el depósito de los 300,51 euros (50.000 ptas.) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella y en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficina 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004 de Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 28002 de Sta. Cruz de Tenerife, haciendo constar el código nº 66 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número y año del rollo de suplicación, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Remítase testimonio a la Fiscalía de la Audiencia Provincial y librese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, que es firme, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior Sentencia, por el Ilmo/a. Sr/a Magistrado/a Ponente, que la suscribe en el Sala de Audiencia de este Tribunal. Se envía testimonio a la Audiencia Provincial, en unión del correspondiente oficio de remisión. Doy fe.