

Id Cendoj: 38038340012007100717  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Santa Cruz de Tenerife  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 540/2007  
Nº de Resolución: 747/2007  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: ANTONIO DORESTE ARMAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 28 de septiembre de 2007.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. M<sup>a</sup> Carmen Sanchez Parodi Pascua (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas (Ponente) y D./Dña. Gloria Pilar Rojas Rivero , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000540/2007 , interpuesto por Raquel , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000807/2006 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 Raquel , 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 11/06/2007 , por el Juzgado de referencia, con carácter desestimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:  
PRIMERO.- D<sup>a</sup>. Raquel , nacida el 18 de septiembre de 1951, se encuentra afiliada a la Seguridad Social, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con número de afiliación NUM000 , teniendo la categoría profesional de dependiente de quiosco de prensa, a la que se dedica de forma habitual como trabajadora autónoma. SEGUNDO.- Con fecha de 13 de septiembre de 2004, se dio de baja por incapacidad temporal, derivada de enfermedad común. TERCERO.- Agotada la duración máxima de la incapacidad temporal el 12 de marzo de 2006, fue incoado por la Dirección Provincial de Santa Cruz de Tenerife del Instituto Nacional de la Seguridad Social expediente para resolver sobre la declaración, en su caso, de incapacidad permanente de D<sup>a</sup>. Raquel .El día 16 de mayo de 2006 el Equipo de Valoración de Incapacidades determinó el cuadro clínico residual de la demandante como **fibromialgia** ; síndrome del túnel carpiano bilateral, actualmente atrofia leve eminencia tenar derecha; artropatía 3º dedo mano derecha con limitación moderada de la flexión de metacarpofalange proximal; artrosis lumbar; discopatías L2-L3, L4-L5, L5-S1 sin signos de compresión radicular. En cuanto a las limitaciones orgánicas y funcionales, indicó que había limitación para actividades que requirieran sobrecargas muy intensas de columna vertebral; no menoscabo para su actividad habitual. Proponiendo en definitiva que no se calificara a D<sup>a</sup>. Raquel como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral. CUARTO.- El día 16 de mayo de 2006 la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución denegando la declaración de incapacidad permanente de D<sup>a</sup>. Raquel por no alcanzar las lesiones que padecía un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente. QUINTO.- D<sup>a</sup>. Raquel padece un cuadro de **fibromialgia** ; síndrome del túnel carpiano bilateral, actualmente atrofia leve eminencia tenar derecha; artropatía 3º dedo mano derecha con limitación moderada de la flexión de metacarpofalange proximal; artrosis lumbar;

discopatías L2-L3, L4-L5, L5-S1 sin signos de compresión radicular. Dichas afecciones le producen limitación para actividades que sobrecarguen la columna vertebral, como mantener una bipedestación prolongada, deambular

mucho tiempo por terreno irregular o subiendo y bajando escaleras, realizar flexión continuada de la columna o cargar pesos importantes; y la actora debe evitar realizar esfuerzos físicos intensos o someterse a situaciones de estrés elevado. SEXTO.- La base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total asciende a 662,69 euros. SÉPTIMO.- El día 18 de julio de 2006 se presentó reclamación previa contra la antes citada resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, denegatoria de la declaración de incapacidad permanente. Dicha reclamación previa fue resuelta, desestimándola, por resolución dictada el día 7 de agosto de 2006.

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda presentada por D<sup>a</sup>. Raquel , y, en consecuencia, absuelvo a las demandadas Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social de todas las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Raquel , 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 24 de Septiembre de 2007 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se examina en el presente recurso por este Tribunal, recurso de suplicación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de instancia, dictada en materia de Seguridad Social, que, desestimando la demanda, denegó a la actora la declaración de Incapacidad Permanente Total, confirmando, así la Resolución del INSS que entendió que las secuelas de la citada demandante, generadas por la contingencia de enfermedad común, no son acreedoras de grado alguno de Incapacidad Permanente.

El citado recurso se articula mediante tres motivos, uno de revisión fáctica y otros dos de censura jurídica, con amparo en los apartados b y c, respectivamente, del *art. 191 LPL* .

El recurso, interpuesto con adecuada técnica jurídica-procesal, es impugnado por la contraparte, por lo que la Sala procede a examinarlo, conforme se expone seguidamente.

SEGUNDO.- El motivo de revisión fáctica propone la modificación del hecho probado quinto para, en síntesis, dejar constancia de dos extremos: el primero, que la **fibromialgia** que padece la actora le causa, según uno de los médicos que han informado "dolores intensos diseminados que le impiden realizar el mínimo esfuerzo", y el segundo, que segundo, según otro de los Informes Médicos (éste más fiable) que "la paciente no debe ni puede realizar trabajos que provoquen sobrecarga mecánica de la región cervical ni lumbar o que implique estancia prolongada en pie".

Aunque el motivo tiene soporte documental (Informe de los dos médicos citados, ambos del Servicio Canario de Salud) y refleja lo que propone la recurrente, el motivo no puede prosperar. La primera adición, porque la conclusión del Informe parece exagerada en relación con los demás informes médicos, que aunque señalan que la actora padece efectivamente **fibromialgia** , sus secuelas no son tan graves como este médico señala. Respecto a la segunda adición, su rechazo se funda en su intrascendencia al fallo, ya que como bien razona el Juzgador la labores de la actora no se ven suficientemente mermadas como para alcanzar una IPT incluso aceptando la conclusión de ese Informe.

TERCERO.- El citado segundo motivo de suplicación, de censura jurídica (*art. 191.c LPL* ), denuncia infracción de lo dispuesto en el *art 137 LGSS* y de los preceptos de su desarrollo complementario en lo que afectan al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), en el que se encuadra la actora, concretamente en el *art. 12 de la OM de 1-4-69* , razonando que, con las secuelas que padece la demandante, debe ser declarada en situación de Incapacidad Permanente Total.

Entiende la Sala que con las secuelas descritas en el relato fáctico no se produce infracción de la norma invocada.

La resolución del motivo requiere volver la vista a las secuelas que describe la Sentencia. Ésta lo hace en el lugar idóneo, que es el relato de hechos probados, (ordinal quinto) aunque luego lo desarrolla

algo más en el penúltimo párrafo de su primer Fundamento Jurídico y lo proyecta, ya como razonamiento final -que la Sala asume- en el Fundamento Jurídico Tercero. De tal fundamentación jurídica deben extraerse los datos fácticos clave para la proyección de los preceptos indicados, considerando que lo relevante para la calificación de las Incapacidades Permanentes reside en la descripción de las secuelas, limitaciones orgánicas-funcionales o (como prefiere llamarlas el *art. 135.1 LGSS*) "reducciones anatómicas o funcionales graves", definitivas o previsiblemente definitivas y con proyección suficiente para mermar la capacidad laboral del trabajador o autónomo que solicita la Incapacidad Permanente, pues las dolencias o enfermedades que las producen no son el elemento determinante de tal declaración, sino la causa o antecedente de las secuelas que originan la citada calificación del grado de incapacidad permanente (Sentencia del Tribunal Supremo de 13.6.90, entre tantas); este elemento fáctico debe combinarse con otro, que es el examen de la profesión habitual del solicitante, extremo que suele ser descuidado por todas las partes implicadas en el proceso de reconocimiento de esta situación, no tanto respecto a la determinación de esa profesión, (identificable con la categoría profesional *ex art. 11.2 de la O.M. de 1.4.69 y STSJ de Navarra de 18.11.99*, entre otras), sino con las concretas funciones y tareas que debe desempeñar, lo que suele dejarse al conocimiento común, lo que contrasta con el normalmente exhaustivo examen de las secuelas orgánico-funcionales, pero que aquí el Juez sí que describe y examina con toda precisión.

Así pues, como reconoce la Sentencia, la actora padece limitación para actividades que sobrecarguen la columna vertebral, como mantener una bipedestación prolongada, deambular mucho tiempo por terreno irregular o subiendo y bajando escaleras, realizar flexión continuada de la columna o cargar pesos importantes; y la actora debe evitar realizar esfuerzos físicos intensos o someterse a situaciones de estrés elevado. De toda esa documentación médica se puede inferir que la demandante se encuentra limitada para actividades que impliquen esfuerzos físicos importantes o someterse a estrés intenso -limitaciones que se pueden derivar de la **fibromialgia**, al ser desaconsejable esos esfuerzos y situaciones para evitar agravar el curso de la enfermedad-, y también para la sobrecarga de la columna vertebral, como puede ser mantener una bipedestación prolongada, deambular mucho tiempo por terreno irregular o subiendo y bajando escaleras, realizar flexión continuada de la columna o cargar pesos importantes, actividad esta última que puede estar afectada por el síndrome de túnel carpiano. La actividad profesional de la actora consiste en atender, como dependienta, un quiosco de prensa.

Entre los requerimientos físicos no está necesariamente permanecer toda la jornada de pie, pues cabe la colocación en el quiosco de algún tipo de asiento para evitar permanecer tanto tiempo en bipedestación; hay una exposición más o menos intensa a la temperatura exterior -pero esto no equivale a temperaturas extremas, como puede ser trabajos en cámaras frigoríficas o con hornos-; y un factor estresante de atención directa al público. Resultan menos frecuentes, dentro del tiempo de trabajo, las actividades que impliquen cargas de pesos -como traslado de paquetes de prensa o revistas, normalmente a distancias muy cortas-; actividades de flexión de la columna -colocar y retirar la mercancía del expositor-, con uso eventual de escaleras. Pero básicamente se trata de una profesión de tipo sedentario, que no exige grandes esfuerzos físicos.

En cuanto a los requerimientos intelectuales, especialmente en el caso de un trabajador autónomo, hay necesidad de buen estado mental para controlar pagos, cobros y atender a la buena marcha del negocio.

Puestos en relación los requerimientos físicos y mentales de la profesión a la que se dedica la actora con las limitaciones que se han constatado de forma objetiva, y que se han descrito en el hecho probado 5º, la misma presentaría dificultad para realizar algunas de las actividades que implica la profesión, como cargar peso, pero siendo la actora trabajadora autónoma, la limitación a su capacidad laboral ha de ser siempre superior a un 65% para poder causar derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, porque en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos no está prevista la incapacidad permanente parcial -*artículo 36.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto*-, y en el caso de la demandante las limitaciones que se pueden observar afectan sobre todo a tareas accesorias, no esenciales ni cuantitativamente importantes, o son remediables mediante medidas higiénico-posturales o semejantes -como, por ejemplo, para evitar permanecer mucho tiempo de pie- relativamente simples, teniendo la demandante, además, una mayor capacidad de organización de su trabajo para adaptarlo a sus circunstancias personales. En cuanto a limitaciones de carácter psíquico, que pudieran determinar incapacidad incluso para tareas sedentarias, las mismas no se han constatado de forma objetiva.

El menoscabo funcional es, pues, insuficiente para alcanzar el grado de incapacidad que se pretende, y ello máxime cuando, como bien razona la Sentencia, la actora, como autónoma que es, puede graduar la prestación de su actividad al no estar sometida a la dirección de empresario alguno, ajustándola a las

vicisitudes de su dolencia, sin perjuicio de que una posterior agravación de sus dolencias ya conduzcan a la incapacidad que defiende la demandante

Pues bien, de lo expuesto se desprende que la Sala comparte el criterio del Juzgador y del INSS, al estimar que no concurre infracción legal en la Sentencia recurrida, lo que conlleva la desestimación del motivo y, con él, la del recurso, puesto que el motivo tercero carece de toda virtualidad, ya que se limita a solicitar el incremento del 20 % de la pensión de invalidez, pretensión que necesitaría la acogida del motivo anterior. Ello, a su vez, arrastra la confirmación de la Sentencia impugnada.

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación, interpuesto por Raquel contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 11/06/2007 , en virtud de demanda interpuesta por Raquel 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. 5 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.