ADMINISTRACION DE JUSTICIA

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

SENTENCIA: /2017

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 44 4 2016 0001936

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION /2017

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0 /2016

Sobre: INCAPACIDAD PERMANENTE

RECURRENTE/S D/ña

ABOGADO/A: MANUEL RODRIGUEZ VELAZQUEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Sentencia nº /2017

En OVIEDO, a de de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos. Sres. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, Presidente, Dª. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS, Dª. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ y D. JOSÉ LUIS NIÑO ROMERO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION /2017, formalizado por el LETRADO D. MANUEL RODRIGUEZ VELAZQUEZ, en nombre y representación de , contra la sentencia número /2017 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de OVIEDO en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL /2016, seguidos a instancia de frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente la **Ilma. Sra. Dª PALOMA GUTIERREZ CAMPOS.**

PRINCIPADO DE ASTURIAS

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

PRIMERO: PEREZ SAIZ presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número /2017, de fecha de de dos mil diecisiete.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"**1º)** La demandante , nacida el de de 1.960, figura afiliada con el número en el Régimen Especial la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, con la profesión de propietaria de comercio materiales de construcción.

2º) Iniciadas actuaciones administrativas en materia de invalidez, por resolución de de de 2016 por la Dirección Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se declaró que la demandante no estaba afectada de una incapacidad permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

3º) Presenta la actora: Artrodesis circunferencial L5-S1 (2010) con algias residuales. SME Miofascial. Artrodesis cervical. Lesión osteocondral rodilla derecha. Cirugía mano derecha. (resorte 2º y 3º dedo) en agosto de 2015 y reintervenida en abril de 2016. Distimia. Trastorno depresivo.
En la exploración según el informe médico de Síntesis de de de 2016 presenta: Marcha cautelosa, no claudicante, con apoyo informal en bastón de mano y zapato de medio tacón (dice porque le duele la espalda, el MII y la rodilla derecha)
Mano derecha defendida con escasa participación. Presenta ligero edema global, dolor palpatorio en la zona cicatricial, no realiza extensión completa de las MCF (a 1 cm palma-superficie), puño y pinza con todos los dedos sin dificultad, debilidad de presión no cuantificable.
Movilidad gestual corporal lenta y cuidadosa con buenos balances automáticos.
Se levanta de la silla con dificultad y camina sin el bastón tras indicarle que lo retire, aunque reconoce que en casa no lo usa.
Dolor vertebral inespecífico espinopercusión incosciente negativa, musculatura blanda en todos los segmentos. Rodilla D con cepillo + molestias en punta de rótula, no otros hallazgos. Movilidad pasiva completa y flexible, activa poco participada. Lassegue negativo bilateral, no se obtiene rotuliano izquierdo, resto N

En la exploración del EVI de agosto de 2016:
Exploracion: C.O.C
Aspecto y discurso normales
Acude con bastón.
Marcha lenta y claudicante
Col cervical: movilidad conservada
MSI: movilidad y fuerza conservada

PRINCIPADO DE ASTURIAS

MSD:· cicatriz quirúrgica en palma de la mano, con palpación dolorosa, puño completo con disminución de fuerza, pinza con todos los dedos, débil.

Col dorsolumbar: cicatriz quirúrgica amplia, DDS 50cm, Lasegue negativo bilateral, no salen reflejos rotulianos ni aquileas, marcha P/T lenta pero posible.

Caderas y rodillas con movilidad conservada.

4º) En fecha de de 2016 se presentó la reclamación previa.

5º) La base reguladora de la prestación derivada de enfermedad común es de 676,96 euros."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Desestimando la demanda formulada por , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debo absolver a las demandadas de las pretensiones en su contra deducidas en la demanda."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha de de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día de de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Disconforme la actora con la sentencia de instancia que desestimó su demanda tendente a ser declarada afecta de incapacidad permanente absoluta, o subsidiariamente total, interpone recurso de suplicación con la doble finalidad de revisar la declaración fáctica y examinar el Derecho aplicado.

SEGUNDO.- El primer motivo, con cobertura procesal en el apartado b) del artículo 193 b) LJS, pretende modificar el hecho probado primero en relación con la profesión habitual, así como el tercero, relativo al cuadro clínico, para que quede redactado en los términos alternativos que propone.

Resultan innecesarias para alterar el sentido del fallo las modificaciones solicitadas.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso denuncia infracción de los artículos 193 y 194 LGSS, por entender que

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

las lesiones que presenta le impiden realizar las funciones esenciales de su profesión.

Tres son los rasgos configuradores de la incapacidad permanente en nuestro Sistema de Seguridad Social, según el artículo 193 LGSS:
-Que las reducciones anatómicas o funcionales sean objetivables ("susceptibles de determinación objetiva"), o lo que es lo mismo, que se puedan demostrar o constatar médicamente de forma indubitada, no cabiendo por ello estar ante meras manifestaciones subjetivas del interesado.

-Que sean previsiblemente definitivas, esto es, y como destaca reiterada doctrina judicial incurables, irreversibles, siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez permanente, ya que, al no ser la medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad.

-Que las reducciones sean graves disminuyendo o anulando la capacidad laboral. Nuestro Sistema de Seguridad Social tiene un carácter esencialmente profesional en el que destaca la valoración no sólo de las lesiones y limitaciones en sí sino también su incidencia en el menoscabo funcional u orgánico. Ello, por otra parte, ha de conectarse a los requerimientos físicos exigidos por la profesión habitual (para la incapacidad permanente total) o la de cualquier otra de las ofrecidas en el mercado laboral (incapacidad permanente absoluta).

Como complemento a que dicha doctrina, y conforme al precepto que se dice infringido y matizaciones jurisprudenciales efectuadas, para que el grado de incapacidad absoluta pueda ser reconocido ha de exigirse que el trabajador se encuentre totalmente inhabilitado para toda profesión u oficio. Esa ausencia de habilidad ha de entenderse como pérdida de la aptitud psico-física necesaria para poder desarrollar una profesión en condiciones de rentabilidad empresarial, y, por tanto, con la necesaria continuidad, dedicación, eficacia y profesionalidad exigible a un trabajador fuera de todo heroísmo o espíritu de superación excepcional por su parte. A su vez, dicho precepto configura la incapacidad permanente total, como aquélla que inhabilita al trabajador para llevar a cabo todas o las principales tareas de su profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta

CUARTO.- Conjugando el anterior soporte normativo y jurisprudencial al concreto caso enjuiciado, resulta que la trabajadora presenta unas lesiones que son tributarias del grado de incapacidad interesado con carácter subsidiario, ya que reviste la entidad objetiva necesaria como para impedirle realizar todas o las más esenciales funciones de su profesión habitual de propietaria de comercio materiales de construcción.

PRINCIPADO DE ASTURIAS

Son datos que constan en la fundamentación jurídica que la trabajadora presenta: artrodesis L5-S1 y espaciador L4-L5, síndrome miofascial, artrodesis cervical (ésta consta en el

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

relato fáctico), distimia, fibrosis peridural L5-S1 y tendinitis aquilea, la tenosivitis de flexores de 2 y 3 dedos de la mano derecha que determinó su intervención en de 2015 y su reintervención en de 2016 con extirpación de cicatriz palmar hallando importante fibrosis en lecho quirúrgico, que fue exterimpada, realizando neurolisis de nervios comisurales y tenolisis de flexores de 2 y 3 dedos. Dolor y limitación importante de la mano. Tratamiento rehabilitador, que en de 2016 se informaba con mejoría parcial y pendiente de valoración por la Unidad del Dolor, en la que se le ofreció en de 2016 infiltración diagnóstica de ganglio estrellado, que rechazó. Se inició un tratamiento con parches Qutenza, que ofreció un mal resultado, volviendo a indicar la infiltración diagnóstica. Concluye que, "No existe, pues, un estado patológico consolidado y definitivo, ya que se encuentra sujeta a un tratamiento cuyo resultado es incierto en orden a la funcionalidad de la mano". La importante limitación que presenta en la mano derecha, unido a la que resulta de las artrodesis realizadas en la columna cervical y lumbar, así como este carácter incierto del resultado de los tratamientos en cuanto a la funcionalidad de la mano, lleva a entender que el cuadro clínico diagnosticado aunque no inhabilita a la trabajadora para la realización de todo tipo de trabajo, si tienen la entidad suficiente como para impedirle el desarrollo de de las tareas fundamentales de su profesión habitual.

No es un obstáculo a este reconocimiento su condición de trabajadora autónoma, pues como declara el Tribunal Supremo, "no es el mero ejercicio de la titularidad del negocio lo que ha de tenerse en cuenta para calificar la incapacidad permanente total, sino la actividad que requiere la explotación habitual, permanente y directa del mismo, de tal modo que para rechazar tal grado de invalidez no basta que pueda dirigirlo, sino ha de estar en condiciones de explotarlo en términos idóneos a la efectividad de su actividad económica, no relegada al desempeño de la mera titularidad" (STS 6-6-1986), o "el trabajador autónomo que carezca de aptitudes para desempeñar las tareas que ha de acometer un trabajador por cuenta ajena y que determinarían que éste fuera calificado de incapaz permanente total para su profesión habitual, también es acreedor a idéntico reconocimiento" (STS 18-3-1986).

QUINTO.- No cabe, sin embargo, reconocer el incremento del 20% que reclama, pues no está acreditada la concurrencia de los requisitos, que, además, de la edad, se precisan como trabajador autónomo para lograr el incremento del 20% de la prestación.

El trabajador autónomo es a la vez titular del negocio que genera sus ingresos, y por ello la Ley exige que acredite la pérdida de dicha titularidad si postula la pensión de incapacidad permanente total, pues no estaría justificada la percepción de ese 20% adicional de la cuantía de la prestación si a la vez se mantienen los posibles ingresos económicos que sigue generando la explotación del negocio.

Se pretende con ello garantizar que el pensionista no ejerza ninguna actividad mercantil o comercial, impidiendo que

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

tenga acceso al incremento del 20% de la pensión quien continúa percibiendo ingresos económicos derivados de la explotación de un establecimiento mercantil, aún cuando haya cesado en la actividad profesional que determinaba su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

El recurso, en consecuencia ha de ser estimado en parte y la recurrente declarada afectada del grado de incapacidad solicitado con carácter subsidiario.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Oviedo, en los autos sobre Incapacidad Permanente seguidos a instancia de la recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, revocamos la sentencia de instancia, y estimando parcialmente la demanda formulada declaramos a la actora en situación de Incapacidad Permanente Total derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión vitalicia y mensual en cuantía equivalente al 55% de su base reguladora de 1.061,76 euros mensuales, condenando al demandado al abono de dicha pensión, con las mejoras y revalorizaciones legales procedentes, desde el de 2015.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del art. 221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

Recurso por la Entidad Gestora

Si recurriese la Entidad Gestora condenada, cumpliendo con lo exigido en el Art. 230.2 c) de la LRJS, deberá presentar en la Secretaría de esta Sala, al momento de preparar el recurso, **certificación** acreditativa de que comienza el abono de la prestación y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del mismo, salvo en prestaciones de pago único o correspondientes a un período ya agotado en el momento del anuncio.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PRINCIPADO DE ASTURIAS