



T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

SENTENCIA: 01695/2019

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10
Tfno: 985 22 81 82
Fax: 985 20 06 59
Correo electrónico:
NIG: 33044 44 4 2018 0004232
Equipo/usuario: MGZ
Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001345 /2019

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000698 /2018
Sobre: INCAPACIDAD PERMANENTE

RECURRENTE/S D/ña

ABOGADO/A: MANUEL RODRÍGUEZ VELAZQUEZ

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

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

SENTENCIA Nº 1695/19

En OVIEDO, a veinticinco de julio de dos mil diecinueve.

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, D^a. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS, D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ y D. JOSE 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 SUPPLICACION 0001345/2019, formalizado por el Letrado D. MANUEL RODRIGUEZ VELAZQUEZ, en nombre y representación de .. , contra la sentencia número



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de OVIEDO en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000698/2018, seguidos a instancia de frente al INSS y la TGSS, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra D^a. **MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. presentó demanda contra el INSS y la TGSS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha .

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

1º) Don , nacido el 11 de mayo de 1964, figura afiliado al Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos con el nº siendo su profesión la de dependiente de comercio.

2º) Iniciadas actuaciones administrativas en materia de invalidez, por resolución de 17 de julio de 2018 por la Dirección Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social se declaró que el demandante no estaba afectado de incapacidad permanente, por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de incapacidad permanente.

3º) Presente el actor:

PTR izda. (3-2017) por gonartrosis. Osteocondromatosis sinovial tibio-astragalina tobillo derecho, primara o bien secundaria a una artrosis severa.

A la exploración física en el EVI en fecha 9 de julio de 2018:

COC: Marcha independiente no claudicante.

Rodilla izquierda: no tumefacción ni calor focal. Flexión: 120º, extensión completa.

Rodilla derecha: flexo extensión conservada.

Tobillo derecho: leve tumefacción difusa a nivel de maléolo externo, con limitación de la flexo extensión y movimientos laterales en torno a un 50% por dolor.

4º) La reclamación previa fue desestimada en resolución de fecha 11 de septiembre de 2018.

5º) La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 590,68 euros mensuales y los efectos económicos al cese en el trabajo, con conformidad entre las partes sobre dichos extremos.

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

"Desestimando la demanda presentada por don _____ contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, absuelvo a estos 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 24 de mayo de 2019.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 11 de julio de 2019 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.- La sentencia de instancia desestimó las pretensiones deducidas en la demanda rectora del procedimiento de que trae causa este recurso dirigidas a obtener el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta y, subsidiariamente, el grado total para la profesión habitual de dependiente de comercio afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Frente a ese pronunciamiento se alza en suplicación su representación letrada con correcto y respectivo amparo procesal en los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social cuyo objeto es revisar los hechos declarados probados y la aplicación del derecho realizada en la instancia.

En el primer motivo solicita dos modificaciones.

La inicial afecta al Hecho Probado Tercero de la Resolución que propone completar con los siguientes datos, en base al informe médico de síntesis (folios 53 a 55 del procedimiento):

"Artrosis de tobillo dcho. en relación con esguinces de repetición y los cambios degenerativos descritos en RM de febrero-18. Contraindicadas sobrecargas muy intensas en EEII,

así como deambulación y bipedestación prolongadas. Las lesiones que presenta en ambos miembros inferiores de rodillas y tobillos suponen una merma funcional para cualquier trabajo que exija la bipedestación prolongada".

El recurso de suplicación no es un instrumento adecuado para proceder a una nueva valoración de los medios de prueba aportados. Su naturaleza extraordinaria excluye ese objeto, reservado al juicio de instancia (Art. 97.2 de la LJS), y únicamente permite corregir los errores de aquel órgano judicial cuando, con documentos idóneos o con pericias practicadas, se ponga de manifiesto el desacierto de la convicción judicial (artículo 193 b) de la Ley precitada), y este revista trascendencia para variar el signo del fallo recurrido, lo que no acontece en este caso.

En principio, los informes médicos son documentos carentes de decisivo valor probatorio para conducir a un cambio en las premisas fácticas, pues no tienen atribuida una eficacia prevalente, ni disponen de garantías objetivas sobre el acierto de su contenido.

El de síntesis en que se apoya la revisión, no constituye una excepción a esa regla general, ni demuestra el error judicial.

La artrosis en tobillo derecho ya figura recogida en el ordinal, así que su reiteración es innecesaria.

El tenor postulado para los dos siguientes párrafos indica que lo que la parte pretende no es completar el cuadro clínico con nuevas patologías o diagnósticos, sino incluir en el relato de hechos probados el comentario o valoración de la médico de síntesis sobre los datos efectivamente acreditados que, aunque cabe tener en cuenta, no tiene cabida en el cauce procesal habilitado en el Art. 193 b) de la LJS.

SEGUNDO.- Con el mismo amparo formal del Art. 193 b) de la LJS, y bajo la rúbrica "supresión de hechos incorrectamente recogidos en el fundamento de derecho", postula eliminar de dicho fundamento la siguiente frase "en cuanto a la valoración de las exigencias que conlleva el desempeño de una profesión habitual como es la de dependiente de comercio". Y a continuación señala que la juzgadora de instancia "va más allá del acogimiento de hechos probados y valora sus dolencias para el desempeño de una profesión como es la de autónomo que regenta mercería. En cambio, en el hecho probado primero recoge que la profesión habitual del actor es dependiente de comercio, por lo que se interesa la supresión del Fº de Dº segundo de todo aquello que no conste recogido en los hechos probados y sobre lo que no se solicite adición o modificación por esta representación".

El cauce escogido tiene por finalidad la revisión de los hechos declarados probados en la resolución judicial recurrida, con independencia de donde estén consignados. Pero, de acuerdo con el Art. 196.2 y 3 de la LJS, para su correcta utilización es imprescindible identificar de forma específica el hecho o hechos que se quieren modificar, precisar el sentido concreto de la modificación y citar documentos o pericias que la avalen.

En el supuesto que nos ocupa, la propuesta se formula sin sustento probatorio, y la parte no concreta la parte del fundamento que pretende suprimir. La desatención de esos requisitos esenciales, determina el inexorable fracaso del motivo.

TERCERO.- Fijado definitivamente el relato fáctico de la resolución, procede ahora examinar los reproches jurídicos del recurso canalizados por la vía del Art. 193 c) de la LJS que denuncian infracción de los Arts. 193 y 194.1 b), en la redacción dada por la disposición transitoria vigésima sexta de dicho texto refundido, y en relación con la jurisprudencia.

Aunque omite la cita del Art. 194.1 c) del TRLGSS referido a la incapacidad permanente absoluta, las alegaciones del escrito de formalización y el propio contenido del suplico, ponen de manifiesto que se mantienen las dos pretensiones solicitadas en el escrito rector, argumentando que las patologías del accionante resultan incompatibles con el desarrollo de cualquier actividad profesional o, al menos, con las tareas fundamentales de su profesión habitual.

Se define la incapacidad permanente contributiva como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral (Art. 193 de la LGSS).

La incapacidad permanente absoluta es aquella que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio (Art. 194.5 y Disposición Transitoria vigésima sexta del Texto Refundido vigente) y el grado de incapacidad permanente total ha de reconocerse en aquellos casos en que el trabajador presenta un déficit funcional que le impida el ejercicio estable, eficaz y con rendimiento de su actividad laboral habitual (Art. 194.4 y Disposición Transitoria vigésima sexta del Texto Refundido vigente).

En el examen de las infracciones normativas el Tribunal "ad quem" ha de partir de la versión histórica de la sentencia que no ha sido modificada, de donde resulta que el accionante, nacido el 11 de mayo de 1964 y cuya profesión habitual es la de dependiente de comercio por cuenta propia, está aquejado de

gonartrosis bilateral, más acusada en rodilla izquierda, que fue intervenida para colocación de prótesis en marzo de 2017 con buen resultado, flexión: 120° y extensión completa.

También tiene diagnosticada osteocondromatosis sinovial tibio-astragalina de tobillo derecho, primaria o secundaria a artrosis severa que, según consta en el ordinal tercero del relato fáctico, limita la flexo-extensión y movimientos laterales en torno a un 50% por dolor.

Los datos descritos no revelan repercusiones incompatibles con la generalidad de profesiones u oficios, pero la médica evaluadora considera contraindicadas las sobrecargas muy intensas de extremidades inferiores, así como la deambulación y bipedestación prolongadas, circunstancia esta última presente en el desarrollo de todas o las fundamentales tareas de la profesión de dependiente de comercio por cuenta propia, que ha de realizarse con eficacia y rendimiento que permitan mantener el funcionamiento competitivo de un negocio, en el que no consta tenga trabajadores contratados.

Procede, por tanto, declarar al demandante afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de contingencia de enfermedad común y reconocerle el derecho a la pensión correspondiente a dicho grado de incapacidad a partir de la base reguladora mensual de 590,68 € con efectos iniciales desde la fecha de cese en el trabajo.

No es posible, sin embargo, acoger el incremento de pensión del 20%, reclamado en demanda y recurso. El actor cumplió la edad de 55 años el 11 de mayo de 2019, por lo que reúne el primer requisito exigido para acceder al incremento, pero no acredita los demás: no ejercer una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social y no ostentar la titularidad de una explotación agraria o marítimo-pesquera, o de un establecimiento mercantil o industrial como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. Y la concurrencia y acreditación de estos requisitos en trabajadores autónomos ha sido señalada por la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2015 (Rec. 2.204/2014), 5 de julio de 2016 (Rec. 379/2015) y 16 de febrero de 2017 (Rec. 2.535/2015)).

En atención a lo expuesto, y **VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por
, debemos revocar y revocamos la
sentencia dictada por el Juzgado de lo

Social núm. 2 de Oviedo, en el proceso sustanciado a su instancia contra el INSS, y la TGSS, declaramos al demandante en situación de incapacidad permanente total, para la profesión habitual de dependiente, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir desde la fecha de cese en el trabajo una pensión vitalicia en cuantía equivalente al 55 por ciento de una base reguladora mensual de más las mejoras y revalorizaciones reglamentarias. Condenamos al INSS al pago de la prestación y absolvemos a la TGSS, sin perjuicio de su obligación como servicio común de la Seguridad Social.

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.

Tasas judiciales para recurrir

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).

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 al Sr./Sra. Letrado/a 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.