

ES COPIA

Recurso contra Sentencia núm. [REDACTED]/[REDACTED]

Ilma. Sra. D^a María Mercedes Boronat Tormo
Presidente

Ilma. Sra. D^a María Montes Cebrián

Ilma. Sra. D^a Teresa Pilar Blanco Pertegaz

En [REDACTED] a [REDACTED]
de [REDACTED] de [REDACTED]
[REDACTED]

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA N^o [REDACTED]/[REDACTED]

En el Recurso de Suplicación núm. [REDACTED]/[REDACTED], interpuesto contra la sentencia de fecha [REDACTED]-[REDACTED]-[REDACTED], dictada por el Juzgado de lo Social núm. [REDACTED] de [REDACTED], en los autos núm. [REDACTED], seguidos sobre invalidez, a instancia de D^a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] asistida por el Letrado D. Julio Claver Iranzo, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y en los que es recurrente la parte actora, habiendo actuado como Ponente la Ilma. Sra. D^a María Mercedes Boronat Tormo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha [REDACTED]-[REDACTED]-[REDACTED], dice en su parte dispositiva: "FALLO: "Desestimando la demanda promovida por D^a. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, absuelvo al demandado de la reclamación de que ha sido objeto".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "1.- La demandante, nacida el día [REDACTED], con documento nacional de identidad nº. [REDACTED], se encuentra afiliado a la Seguridad Social con el número 460107633123 y en situación de asimilada a la de alta en el Régimen General a consecuencia de su trabajo como Auxiliar de Farmacia en la empresa [REDACTED], siendo alta del 5-11-08 al 4-2-09 e iniciando periodo de IT por enfermedad común el [REDACTED]. 2.- El Juzgado de lo Social nº [REDACTED] dictó sentencia nº [REDACTED] el [REDACTED] en autos nº [REDACTED] confirmando la resolución denegatoria del Ente Gestor de incapacidad permanente total para su profesión habitual de titular de un negocio de hostelería de fecha 27-7-06, sentencia confirmada por la Sala del T.S.J. de [REDACTED] en suplicación el [REDACTED], sentencia nº [REDACTED]. 3.- En fecha 13-7-09 la actora solicitó nuevamente del INSS ser declarada en situación de incapacidad permanente, lo que determinó la tramitación del correspondiente expediente para la calificación de la incapacidad permanente, en el que se emitió informe de valoración médica en fecha 20-07-09 y dictamen propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades el día 23-7-09 en el sentido de "no calificación del trabajador referido como incapacitado permanente". 4.- La Entidad Gestora, por resolución de 28-7-09, acordó denegar la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece el trabajador un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de incapacidad permanente. Contra dicha resolución interpuso la parte actora reclamación previa en fecha 3-9-09, que fue desestimada por resolución del INSS de 30-9-09. En fecha 9-11-09 siguiente el actor presentó demanda en el Decanato de los Juzgados de [REDACTED], que correspondió por reparto a este Juzgado de lo Social. 5.- La trabajadora demandante a fecha del dictamen del EVI padece las siguientes dolencias: OBESIDAD, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, GONARTROSIS SEVERA. RIZARTROSIS DEL PULGAR. DEDOS EN GARRAS AMBOS PIES. BURSITIS DE REPETICIÓN EN AMBAS CADERAS. HERNIA DISCAL LUMBAR Y ESTENOSIS DE CANAL L3, LISTESIS L2-L3. HIPOTIROIDISMO. Y las limitaciones orgánicas o funcionales de: MARCHA O BIPEDESTACIÓN PROLONGADA, MANIPULACIÓN O PINZA CON LA MANO DERECHA. 6.- Desde el año [REDACTED] hasta el año [REDACTED] la actora prestó servicios como titular de un negocio de hostelería, permaneciendo en alta en el RETA durante dicho periodo. Desde 5-11-08 al 4-2-09 trabajó como auxiliar de farmacia para [REDACTED] permaneciendo en alta en el Régimen General durante dicho periodo. Permaneció después en situación de incapacidad temporal, con percepción del subsidio correspondiente, durante el periodo 15-1-09 a 2-7-09. 7.- La base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total solicitada asciende a 465,81 euros mensuales y la fecha se efectos se fija, para en su caso, en 23-7-09".

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte actora. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente, interpone la parte actora recurso de suplicación. En un primer motivo redactado al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral – en adelante, LPL-, solicita la revisión del hecho probado quinto, a fin de que se añada a la dolencia de gonartrosis severa, que la misma es bilateral, lo que se acepta e incluye a la vista del documento en que se fundamenta, obrante al folio 60 de las actuaciones, constituido por el Informe propuesta clínico laboral de la Consellería de Sanitat.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso y al amparo de la letra c) del artículo 191 LPL, se efectúa una doble denuncia de infracciones:

1.- En primer lugar, se señala la interpretación errónea del art. 1º1.2 de la OM de 15 de abril de 1969, en relación con la consideración de cual sea la profesión habitual de la actora, que según la sentencia de la instancia es la de auxiliar de farmacia. Pero señala la recurrente que dicha profesión solo fue ejercida efectivamente durante dos meses en ejercicio activo desde el 5.11.08 al 15.1.09 por lo que no puede tomarse en consideración frente al total de 4.263 días cotizados como autónoma cocinera que realizó de forma ininterrumpida con anterioridad a la última profesión.

El criterio jurisprudencial aplicable es el contenido en la sentencia de 26/9/2007 –rec.4277/2005- que cita y se refiere a la anterior de 9/12/2002, según la cual “es aplicable la doctrina de esta Sala que entiende lo que se propugna por el recurrente, a saber que la profesión “habitual” es la ejercida prolongadamente, (aquí por casi 22 años), y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante”. Así aparece en diversas Sentencias del TS tanto referidas a secuelas derivadas de accidentes de trabajo (SSTS de 31 de mayo de 1996 [RJ 1996\4713] y de 23 de noviembre de 2000 [RJ 2000\10300]), como enjuiciando situaciones derivadas de enfermedad común (STS 7 de febrero de 2002 [RJ 2002\3504]). Por tanto, debe aceptarse la censura jurídica señalada pues la interpretación que debe efectuarse del citado art. 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969 es que la profesión “habitual” es la ejercida prolongadamente, y no la residual. Así aparece también mencionado y aceptado en diversas Sentencias de esta Sala, lo que nos impone la

estimación de esta censura jurídica para mantener el criterio doctrinal de que "profesión habitual" a efectos de calificación de invalidez, es la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana, pues la sentencia de instancia menciona que no se ha acreditado que el cambio de profesión proceda de la patología señalada, situación que no es exigible ni por la norma ni por la citada doctrina jurisprudencial.

2.- En segundo lugar, se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 136 y 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994 -en adelante, LGSS-. Se sostiene en síntesis por el recurrente que las dolencias que padece la parte actora y las secuelas que de ellas derivan le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual de cocinera por cuenta propia. Para analizar tales infracciones, debemos señalar que dispone el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, que "es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral". Por su parte el artículo 137.4 del mismo texto legal señala que, "se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta".

De la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, a los que la Sala queda vinculada necesariamente, se desprende que en la recurrente concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedora de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, para la que es fundamental, no solo la bipedestación prolongada, sino también y sobretodo el uso de la pinza con la mano derecha para cortar y manipular los alimentos, actividades a las que está limitada por la gonartrosis severa en ambas rodillas, así como la rizartrosis del dedo pulgar en la mano derecha. El resto de dolencias, consistentes en garras en ambos pies, hernia discal y estenosis de canal con listesis de L2-L3 coadyuvaban a mantener las limitaciones anteriores e imponen la declaración a la actora en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual.

Ello nos conduce a la estimación del recurso y la declaración de la IPT pretendida.

TERCERO.- Sin costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA [REDACTED], contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. [REDACTED] de los de [REDACTED], de fecha [REDACTED] de [REDACTED] del [REDACTED], en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida. Estimamos el recurso, declarando a la actora en situación de Incapacidad permanente Total para la profesión de cocinera, declarando su derecho a lucrar una prestación, con el porcentaje legal sobre la base reguladora de 465,81 euros al mes, y con fecha de efectos 23 de Julio del 2009.

Sin costas.

Notifíquese la presente a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, con la advertencia de que quien no tenga la condición de trabajador, beneficiario del sistema público de la seguridad social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 300 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Banesto, cuenta número 4545, indicando la clave 35 y el número de procedimiento y el año. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída en audiencia pública por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente que en ella consta en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.