

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, CEUTA Y MELILLA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MALAGA
Avenida Manuel Agustín Heredia nº 16, 2ª planta

N.I.G.: [REDACTED] 3. Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 11 de Málaga Tipo y número procedimiento origen: SSS

Procedimiento: Recursos de Suplicación .

Negociado: MA

Materia: Incapacidad permanente

De:

Abogado/a: IGNACIO LORING CAFFARENA

Procurador/a:

Graduado/a social:

Contra: INSS TGSS

Abogado/a: S.J. DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE MALAGA

Procurador/a:

Graduado/a social:

SENTENCIA Nº 1390/2024

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNÁNDEZ CARRILLO, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES

En la ciudad de Málaga a 30 de septiembre de dos mil veinticuatro.

En el Recurso de Suplicación interpuesto por XXXX , contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 11 de Málaga de fecha 10/2/2023, dictada en proceso sobre Seguridad Social en materia prestacional, y entablado por XXX , frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a **D./D.ª MANUEL MARTIN HERNÁNDEZ-CARRILLO**, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- D. XXX se encuentra afiliado a la Seguridad Social, e inscrita en el Régimen general, con el Nº XX , con profesión habitual de jardinero.

SEGUNDO.- En fecha 25 noviembre de 2.020 el actor acora inició procedimiento de



incapacidad permanente.

-SOLICITUD EN FOLIOS 29 Y SS.-

TERCERO.- El día 22 de marzo de 2.021 se emitió por el médico inspector el Informe Médico de Síntesis de evaluación de la incapacidad laboral en que se reflejaba como “diagnóstico”:

- Artrosis codo.
- Mononeuropatía compresiva del codo derecho intervenida (2018).
- Síndrome del túnel carpiano izquierdo, intervención quirúrgica (2007).

“Conclusión”:

Movilidad de codo limitada en últimos grados de flexión. No hipotrofia muscular asociada. Dolor con sobreesfuerzos.

Situación no determinante de incapacidad permanente.

En fecha 25 de marzo de 2.021 el EVI emitió el dictamen propuesta, en el que se, con base en el Informe anterior, propone la no calificación del trabajador referido como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

-DICTAMEN PROPUESTA EN FOLIO 50; INFORME MÉDICO DE SÍNTESIS EN FOLIOS 47.-

CUARTO.- El día 26.3.2021 recayó resolución del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL acordando denegar la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente.

-RESOLUCIÓN EN FOLIO 56.-

QUINTO.- El actor formuló el 20.4.2021 reclamación previa contra la mencionada resolución, que fue desestimada por resolución de 28.5.2021, previa propuesta del EVI de esa misma fecha.

-RECLAMACIÓN PREVIA EN FOLIO 12 Y SS; RESOLUCIÓN EN FOLIO 8.-

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

DESESTIMO la demanda la demanda formulada por D. XXXX Contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y, en consecuencia, CONFIRMO la resolución recurrida por entenderla conforme a Derecho y ABSUELVO al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. El actor, jardinero de profesión nacido el xxx ser declarado afecto de invalidez permanente, solicitud desestimada por la Entidad Gestora en la vía administrativa. Agotada la vía previa, la parte actora interpone demanda que es rechazada por la Magistrada *a quo* por considerar que las dolencias y limitaciones del



demandante no alcanzan suficiente intensidad como para apartarle del mercado laboral. Frente a la misma se alza la parte actora mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de diversos motivos de revisión y censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia, sea estimada la demanda.

El recurso ha sido impugnado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, que ha solicitado su desestimación y la confirmación de a sentencia recurrida.

SEGUNDO. Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solicita la parte recurrente la modificación del relato fáctico declarado probado por la Magistrada de instancia con la finalidad de añadir dos nuevos ordinales, conforme al texto que propone en su escrito de interposición. El primero, para adicionar que el demandante fue despedido de su empresa por bajo rendimiento; y el segundo, para adicionar el informe clínico de consulta del Hoispital Universitario Virgen de la Victoria de Málaga.

Los motivos debe fracasar por su intrascendencia a los fines del debate planteado pues lo determinante no serán sino las conclusiones de la Juzgadora sobre al base de los informes obrantes en las actuaciones.

TERCERO. Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la parte recurrente la infracción del artículo 194 del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, definidor de los grados de incapacidad permanente absoluta y total. Aduce en su discurso, en síntesis, que los graves padecimientos que presenta el demandante le imposibilitan para la realización cualquier actividad reglada o, en cualquier caso, de las tareas de jardinero.

El grado de incapacidad permanente absoluta es aquel que impide por completo al trabajador la realización de cualquier profesión u oficio. Para apreciar la posibilidad real de trabajar han de valorarse, en su conjunto, la incidencia de las secuelas de la persona afectada, incluidas las preexistentes (TS 9-7-90, RJ 6084). Así, corresponde la incapacidad total para la profesión habitual y no la incapacidad absoluta, cuando no se puede realizar las actividades propias de la profesión pero sí dedicarse a labores sencillas, livianas, sedentarias, exentas de tensión psíquica y que no requieran esfuerzo físico (TSJ Cataluña 28-9-99, AS 3734). Pero la Jurisprudencia afirma que un trabajo, por liviano que sea, sólo puede realizarse mediante la asistencia diaria al lugar de trabajo, permanencia en él durante la jornada, etc., es decir, se requiere siempre tener la capacidad de desarrollar una actividad con un mínimo de rendimiento y asiduidad (TS 23-2-90, RJ 1219; 27-2-90, RJ 1243); de manera que se considera incapacidad permanente absoluta la pérdida de la aptitud psicofísica necesaria para desarrollar una profesión en condiciones de rentabilidad empresarial, con la necesaria continuidad, dedicación, eficacia y profesionalidad exigible a un trabajador (TSJ País Vasco 16-4-96, AS 1458).

Por su parte, el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual está configurado en la L.G.S.S. como el que impide al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. La jurisprudencia ha tenido en cuenta para caso concreto las peculiares circunstancias de mayor o menor dureza de la profesión, así como la exigencia para la dedicación a ésta de la mayor o menor integridad física (SS.T.S. de 17 de enero y 29 de junio de 1989). Es, por ello, esencial y determinante para una adecuada calificación jurídica de la situación residual del afectado la profesión habitual, de manera que unas mismas lesiones y secuelas pueden ser o no



constitutivas de invalidez permanente en función de las actividades o tareas que requiera la profesión del presunto incapaz pues no se olvide que el artículo 194 del Texto Refundido de la L.G.S.S., respecto del grado ahora debatido de incapacidad permanente total lo relaciona con la profesión habitual, debiendo, en consecuencia predicarse que tal grado sólo deberá ser reconocido cuando las secuelas existentes impidan el desempeño de las tareas propias de la actividad laboral con la profesionalidad, dedicación y constancia que la relación laboral exige.

El actor, **jardinero de profesión** nacido el [REDACTED] en la actualidad presenta un **cuadro de artrosis de codo, mononeuropatía compresiva del codo derecho, intervenida, y síndrome del túnel carpiano izquierdo**. Con tales padecimientos **no entiende la Sala cómo podría la demandante afrontar con profesionalidad y rendimiento su quehacer laboral de jardinero pues exige esfuerzos físicos y posturales continuados, en especial con los miembros superiores, en los que presenta las limitaciones funcionales antes descritas**. Ahora bien, tales patologías no alcanzan suficiente entidad como para impedirle la ejecución de otras tareas simples, sedentarias y sencillas, lo que conduce a la Sala, al no haberlo entendido así la Magistrada de instancia, a la estimación parcial del motivo y por su efecto del recurso a los fines de, con revocación de la sentencia combatida, estimar la pretensión subsidiaria de la demanda rectora de autos y declarar al actor afecto del grado de incapacidad permanente total, con derecho al percibo de la correspondiente prestación, en la forma que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución.

FALLAMOS

Que debemos **estimar y estimamos en parte** el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. xxxxxx contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Málaga con fecha de febrero de 2.023 en autos sobre invalidez permanente, seguidos a instancias de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y, con revocación de la sentencia recurrida, estimamos la pretensión subsidiaria contenida en la demanda formulada y declaramos a D. xxxx afecto de invalidez permanente, grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de enfermedad común, con derecho al percibo de una **pensión vitalicia del 55 por 100 de su base reguladora, incrementada en un 20 por 100 en atención a su edad (mayor de 55 años)**, con fecha de efectos 25/03/2021, condenando a su abono al Instituto Nacional de la Seguridad Social, con las mejoras, mínimos, complementos y revalorizaciones fijados legal y reglamentariamente.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Adviértase a la Entidad Gestora que en caso de recurrir deberá presentar ante esta Sala al preparar el recurso, si no lo hubiere hecho con anterioridad, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación de pago periódico y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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



"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

