

BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA**

Sentencia 319/2015, de 23 de julio de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 309/2015

SUMARIO:

Incapacidad permanente total. Concepto de profesión habitual. *Trabajador de tienda de alimentación que solicita para la declaración de incapacidad permanente que el examen se realice tomando en consideración no las funciones actuales, que ha venido desempeñando durante un período de dos años, sino las que ha ejercido durante toda su vida laboral como albañil, alegando su desempeño durante 35 años.* De acuerdo con doctrina jurisprudencial anterior, puede entenderse que el desempeño de la profesión última más de doce meses no supone una mutación del tipo profesional a tomar en consideración para la calificación de la invalidez si ese plazo continúa siendo breve en comparación con el período de tiempo dedicado a la anterior profesión. Dado que el Tribunal Supremo no establece parámetros o criterios concretos para fijar el límite de ruptura a partir del cual se ha de considerar mutada la referencia profesional a tomar en consideración para la declaración de invalidez, está claro que para dejar de aplicar el criterio objetivo de los doce meses señalado en la norma reglamentaria no basta con que el tiempo desempeñado en la profesión anterior sea superior a aquel desempeñado en la nueva profesión, sino que el período de esta última sea breve, conjugando tanto la duración del período de la última profesión como la comparación de este con el período de desempeño de la profesión anterior. En el caso analizado no cabe el reconocimiento de la incapacidad, ya que el trabajador no ha conseguido acreditar los 35 años alegados como albañil y encargado de la construcción. Reitera doctrina contenida en STS de 9 de diciembre de 2002 (rec. núm. 1197/2002 -NSJ023792-).

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 137.

Orden de 15 de abril de 1969 (Invalidez), art. 11.2.

PONENTE:

Doña María del Carmen Arnedo Díez.

ILMO. SR. D. VÍCTOR CUBERO ROMEO

PRESIDENTE

ILMA. SRA. D^a. CARMEN ARNEDO DIEZ

ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI

En la Ciudad de Pamplona/Iruña , a VEINTITRES DE JULIO de dos mil quince .

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DON MIGUEL AZCONA SANTACILIA , en nombre y representación de DON Florencio , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social N° 2 de Pamplona/Iruña sobre INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL , ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA CARMEN ARNEDO DIEZ , quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Ante el Juzgado de lo Social nº DOS de los de Navarra, se presentó demanda por DON Florencio , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se le declare en situación de Incapacidad Permanente Total derivada de enfermedad común con derecho a las prestaciones económicas derivadas de tal pronunciamiento, condenando a las demandadas a pasar por la citada declaración.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el Sr. Secretario. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

Tercero.

Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que, desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Florencio frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, debo absolver y absuelvo a la entidad gestora demandada de las pretensiones deducidas en su contra."

Cuarto.

En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.- D. Florencio , nacido el día NUM000 de 1957, con DNI NUM001 , se encuentra afiliado a la Seguridad Social con el número NUM002 y en situación de alta en el RETA.- SEGUNDO.- El actor solicitó prestaciones de incapacidad permanente en fecha 20 de febrero de 2014. Tramitado el correspondiente expediente administrativo, fue reconocido médicamente, emitiéndose dictamen por el EVI en fecha 21 de marzo de 2014, siendo dictada resolución por la dirección provincial del INSS el 24 de marzo de 2014, en la que se resolvió denegarle la prestación solicitada por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral. Contra dicha decisión fue interpuesta la oportuna reclamación previa, que fue desestimada por resolución de 27 de mayo de 2014.- TERCERO.- Obra en autos expediente de invalidez anterior, en la que se dictó resolución denegatoria de fecha 1 de septiembre de 2013 y posterior resolución de 4 de noviembre de 2013, también denegatoria de la reclamación previa formulada frente a aquélla (folios 75 a 87).- CUARTO.- La base reguladora para el cálculo de la prestación, de ser estimada la demanda, asciende a 2.427,20 € mensuales y la fecha de efectos se fija desde el día 21 de marzo de 2014, sin perjuicio de las compensaciones y deducciones que procedan por haber percibido subsidio de IT o salarios en periodos concurrentes. Podrá instarse revisión por mejoría o agravación en el plazo de dos años (conformidad).- QUINTO.- 1.- Obra en autos informe de vida laboral del actor, que se tiene por reproducido (folios 21 y 72 a 74).- 2.- Causó alta como autónomo en comercio de alimentación al por menor en fecha 1 de octubre de 2012 (conformidad).- SEXTO.- La parte demandante padece: - Isquemia crónica en extremidad inferior derecha por afectación vascular (estenosis crítica en anillo de Hunter), grado funcional II. Se le implantó stent iliaco bilateral permeable en febrero de 2011. Recomendación médica de práctica regular de ejercicio. - Gonalgia derecha residual a intervención quirúrgica (artroscopia) en 2012 por rotura de menisco. Balance articular conservado, rodilla estable y sin derrames. - Cervicalgia y lumbalgia crónica (grado funcional I) por espondilosis cervical y protusión C6-C7 y menor en C4-C5. Funcionalidad conservada. - Hipoacusia bilateral con discreta pérdida en frecuencias altas, que no afecta a ámbito conversacional. - Diabetes Mellitus Tipo 2. - HTA e hiperlipemia.- Las anteriores dolencias limitan a la parte actora para tareas que comporten esfuerzos repetidos con extremidades inferiores, en especial deambulación prolongada sin posibilidad de pausas o descansos y sobrecarga intensa de rodilla derecha."

Quinto.

Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la demandante, se formalizó mediante escrito en el que se consignan dos motivos, el primero al amparo del artículo 193.b) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , para revisar los hechos declarados probados, y el segundo, amparado en el artículo 193.c) del mismo Texto legal , para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción de lo dispuesto en el artículo 137.2 y 4 de la Ley General de la Seguridad Social , artículo 11.2 de la

Orden de 15 de abril de 1969, así como inaplicación de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2002 y 15 de marzo de 2011 .

Sexto.

Evacuado traslado del recurso fue impugnado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social demandado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda deducida por D. Florencio sobre reconocimiento de una Incapacidad Permanente Total, es recurrida en Suplicación por el actor a través de dos motivos. En el primero, por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , solicita la revisión del hecho probado quinto al objeto de añadir al mismo que antes de iniciar su actividad como trabajador autónomo en octubre de 2012, durante toda su vida profesional (más de 35 años), ha desempeñado su labor como peón-albañil y posteriormente encargado de la construcción, adscrito prácticamente de forma absoluta y constante en el Régimen General como trabajador por cuenta ajena, encuadrado en el grupo de cotización 4. Sustenta la adición en el informe de vida laboral y en el informe de valoración médica de 17 de marzo de 2014.

Pues bien, ninguno de los documentos invocados permite acoger la pretensión revisora en cuanto el mismo ordinal fáctico da por reproducido el mencionado informe, porque el informe del EVI se limitó a reproducir la profesión que el trabajador dijo haber desempeñado con anterioridad, que en todo caso era la de encargado y no la de peón albañil y, fundamentalmente, porque el ejercicio de esa otra profesión ya fue valorado por el Magistrado de instancia concluyendo que como durante los doce meses anteriores al inicio del expediente la profesión ejercida era la de autónomo de comercio al por menor, esa debía considerarse como la habitual a los efectos de valorar su capacidad funcional.

Segundo.

Como censura jurídica denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 137.2 y 4 de la Ley General de la Seguridad Social , artículo 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969, así como inaplicación de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2002 y 15 de marzo de 2011 . Razona la parte recurrente que a la hora de valorar si el actor está afecto de una Incapacidad Permanente Total debe tomarse en consideración su profesión de encargado de la construcción, no la de trabajadora autónomo en una tienda de alimentación, por ser la que se ha ejercido prolongadamente, y para la que está incapacitado.

El artículo 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969 dispone que se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, y en caso de enfermedad, común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez, añadiendo que, a tales efectos, se tendrán en cuenta los datos que consten en los documentos de afiliación y cotización. En este caso no consta hecho probado alguno que permita sostener que la causa de la dolencia deriva de accidente, laboral o no, por lo que la contingencia ha de ser la de enfermedad común.

La sentencia de 7 de febrero de 2002 (RCUD 1595/2001) de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo no altera dicho criterio reglamentario, sino que únicamente vino a especificar que no puede computarse para llenar los doce meses reglamentarios el período transcurrido en incapacidad temporal o desempleo en una profesión recientemente iniciada, después de un largo período de desarrollo de otra profesión previa. De esta suerte, cuando la profesión última sólo se ejerció efectivamente unos meses (sin computar desempleo ni incapacidad temporal), hay que tener en cuenta la anterior, siendo esta norma aplicable tanto si conviene como si perjudica las expectativas del beneficiario. La sentencia de la misma Sala de 9 de diciembre de 2002 (RCUD 1197/2002), sin embargo, establece otra doctrina no enteramente coincidente, que prescinde del plazo reglamentario de los doce meses, según la cual se entiende que «profesión habitual» a efectos de calificación de invalidez, es la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, que ha de ser breve por sí mismo y también si se contraponen al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana.

De acuerdo con dicha doctrina puede entenderse que el desempeño de la profesión última más de doce meses no supone una mutación del tipo profesional a tomar en consideración para la calificación de la invalidez si ese plazo continúa siendo breve en comparación con el período de tiempo dedicado a la anterior profesión. El Tribunal Supremo no establece parámetros o criterios concretos para fijar el límite de ruptura, a partir del cual se ha de considerar mutada la referencia profesional a tomar en consideración para la declaración de invalidez, pero

está claro que para dejar de aplicar el criterio objetivo de los doce meses señalado en la norma reglamentaria no basta con que el tiempo desempeñado en la profesión anterior sea superior a aquel desempeñado en la nueva profesión, sino que el período de desempeño de esta última, sea «breve», conjugando tanto la duración del período de la última profesión, como la comparación de éste con el período de desempeño de la profesión anterior.

A efectos de fijar un criterio, hay que recalcar que la regla general es la reglamentaria de los doce meses, matizada en el sentido de la sentencia de 7 de febrero de 2002 (RCUD 1595/2001) de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en el sentido de que no han de computarse para ello los períodos de incapacidad o de desempleo para llenar esos doce meses.

No obstante, de acuerdo con la doctrina resultante de la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2002 (RCUD 1197/2002), ese plazo puede superarse en ocasiones sin que exista ruptura del encuadramiento profesional anterior, siempre que el plazo de dedicación a otra profesión posterior sea breve y notablemente inferior al período de desempeño de la profesión primera.

Aplicando todos estos criterios al caso de autos concluimos, coincidiendo con el criterio de instancia, que la profesión habitual de referencia es la de trabajador autónomo dedicado al comercio al por menor por ser esa la actividad que ha desarrollado los 17 meses anteriores a su solicitud de invalidez, y porque tampoco resulta acreditado el período de tiempo durante el cual ejerció la profesión de encargado de la construcción y la de peón albañil mientras estaba afiliado al Régimen General de la Seguridad Social. Todo lo anterior lleva a la desestimación de la pretensión principal de la parte recurrente y a la confirmación de la sentencia de instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación formulado por D. Florencio, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Pamplona, en el Procedimiento Nº 750/14, seguido a instancia del recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL, confirmando la sentencia recurrida.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen.

Firme que sea esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.