



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

RECURSO SUPPLICACION - [REDACTED]

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/D^a. Manuel José Pons Gil

Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. Antonio Vicente Cots Díaz

Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. Gema Palomar Chalver



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

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

SENTENCIA N° [REDACTED] DE [REDACTED]

En el RECURSO SUPPLICACION - [REDACTED], interpuesto contra la sentencia de fecha [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED] dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO [REDACTED] DE [REDACTED], en los autos [REDACTED], seguidos sobre INVALIDEZ, a instancia de [REDACTED] [REDACTED] contra [REDACTED] (APODERADA [REDACTED] [REDACTED]), INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MUTUA [REDACTED], y en los que es recurrente [REDACTED] [REDACTED], habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D^o/D^a. GEMA PALOMAR CHALVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que, desestimando la excepción de modificación sustancial de la demanda invocada por la Mutua y desestimando la demanda interpuesta por D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Mutua [REDACTED] y la empresa [REDACTED], debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, absolviendo a la parte demandada, de la demanda frente a la misma invocada".



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: "PRIMERO.- Que el demandante, D. [REDACTED], con DNI [REDACTED], nacido el [REDACTED] afiliado al régimen general de la Seguridad Social, con el número [REDACTED] en fecha [REDACTED] sufrió un accidente de tráfico in itinere, mientras prestaba servicios para la empresa [REDACTED], la cual tenía concertadas las contingencias profesionales con la Mutua [REDACTED], con la categoría profesional de persianero. SEGUNDO.- Que iniciado el correspondiente procedimiento de incapacidad por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a instancia del demandante, en fecha 6-2-12 se realiza informe médico de síntesis, y en fecha 21-3-12, el equipo de valoración de incapacidades propone la no calificación de incapacidad permanente apreciando el siguiente cuadro clínico: secuelas de fractura de fémur derecho, fractura de rótula abierta, luxación de cadera derecha. Fractura de húmero y radio izquierdos. Fractura 2º dedo mano. Lesión de nervio ciático popliteo externo derecho, con las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Pérdida de fuerza moderada en brazo izquierdo. Pérdida de un 40% de flexión de cadera derecha, pérdida de la flexión dorsal del pie derecho. Por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en fecha 26-3-12, se dictó resolución en tal sentido. TERCERO.- Contra esta resolución se formuló reclamación previa en vía administrativa en fecha 10-4-12, siendo desestimada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Dirección Provincial de [REDACTED] en fecha 3-5-12. CUARTO.- Que, el cuadro clínico que presenta el actor es el siguiente: Secuelas de fractura de fémur derecho, fractura de rótula abierta, luxación de cadera derecha, fractura de húmero y radio izquierdos, fractura 2º dedo mano, lesión del nervio ciático popliteo externo derecho. A la exploración del aparato locomotor presenta: Brazo izquierdo: tono muscular conservado, zona de dolor moderado en callo de fractura en tercio inferior del brazo. Codo: flexo-extensión pérdida de últimos 5º en extensión. Molestias en radio, pronosupinación normal. Cadera derecha: movilidad pasiva del 70%, flexión activa de 50º, tono muscular conservado. Hipoestesia en el recorrido del CPE en parte exterior de la pierna, no puede hacer flexión dorsal del pie. No marcha en talones, si en puntas. Hace la marcha en tándem con alguna dificultad. Presenta pérdida de fuerza moderada en brazo izquierdo, pérdida de un 40º de flexión de cadera derecha, pérdida de la flexión dorsal del pie derecho. Rx de cadera se aprecia: deterioro importante de la cabeza del fémur y cotilo sin llegar a hacer pinzamiento articular y con solución de continuidad en cuadrante inferior del cotilo. QUINTO.- Que el actor tiene como profesión la de ayudante en fábrica de persianas-mozo almacén, realizando las siguientes tareas: manipulación, preparación y montaje de persianas de plástico, y para ello utiliza herramientas pequeñas, así como carga y descarga de camiones; lo que se realiza bipedestación y en posturas forzadas de columna. SEXTO.- Que el demandante le ha sido reconocido por la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, un grado total de discapacidad del 36%, grado de limitaciones en la actividad: 33 (limitación funcional en miembro inferior por lesión de ciático popliteo externo de etiología traumática, limitación funcional de mano izda por fractura-secuelas- de etiología traumática, limitación funcional en ambos MMII por fractura-secuelas- de etiología traumática, enfermedad dermatológica por cicatriz de etiología iatrogena). Que en fecha 12-3-12 suscribió un contrato temporal de carácter especial de personas con discapacidad con una duración hasta el 11-3-13, para fomento de empleo. SEPTIMO.- Que al demandante en fecha 13-8-07 se le reconoció una lesión permanente no invalidante por el baremo 110: cicatrices no incluidas en los epígrafes anteriores, conforme el informe del equipo de valoración de incapacidades de fecha 3-8-12, donde aprecio como cuadro clínico: secuelas fracturas múltiples y lesión nervio ciático derecho. Calcificación cadera derecha tras luxación y como limitaciones orgánicas y funcionales: limitación



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

secundaria a la lesión de cadera derecha con reducción de movilidad junto con la falta de flexión dorsal de pie que produce una limitación para el uso de pedales y elevación importante de MSD. Limitación par ala carga y bipedestación prolongada. Que por el Juzgado de lo Social nº [REDACTED], autos [REDACTED] en fecha [REDACTED] se dicto sentencia que desestimo la demanda, y que fue confirmada por la Sala de lo Social del TSJCV de fecha [REDACTED], en cuyo hecho cuarto se declaro probado que: "El actor sufrió accidente de tráfico en fecha 25-3-06 sufriendo politraumatismos con fractura abierta de fémur izquierda y cerrada de humero izquierdo, así como fractura de cubito cerrada de ambos miembros superiores, fractura de falanges de segundo dedo mano izquierda, fractura de rotula abierta derecha, lesione en nervio ciático derecho y luxación cadera derecha. El actor tras diversas intervenciones y rehabilitación presenta limitación de movilidad de la cadera derecha con flexión de 90 grados y de 120 grados en cadera sana y rotación interna muy limitada así como externa reducida en los últimos grados, con calcificación de la cadera derecha, a lo que se une una flexión dorsal nula del tobillo derecho y rodilla con movilidad casi normal, presentando a su vez de limitación a la hiperextension del codo izquierdo e IFP de primer dedo de mano izquierda que solo alcanza los 90 grados de flexión. Tales dolencias generan una limitación para el uso de pedales y elevación importante del miembro superior derecho, con limitación para la carga y bipedestación prolongada. Siguiendo el tratamiento el actor ha llevado a efecto pruebas biomecánicas sobre la marcha dando un resultado normal. El actor previamente sigue prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada con idéntica categoría y salario si bien actualmente lleva a efecto labores como carretillero no realizando labores de manipulación en bipedestación y carga de pesos. El actor dispone de permiso de conducir y conduce con normalidad vehículos automóviles." OCTAVO.- Que la base reguladora mensual de la incapacidad permanente total es de 1.309,62€ y la fecha de efectos en su caso, sería de 21-3-12, y la base reguladora de la incapacidad permanente parcial es de 1309,62€ habiendo conformidad".

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de reconocimiento de incapacidad permanente total o subsidiariamente parcial, interpone la parte actora recurso de suplicación que es formulado al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la LRJS, y que ha sido impugnado de contrario.

Por el primer apartado la recurrente indica que el hecho probado 6º es incompleto pues no refleja la literalidad del profesiograma que obra en autos y que transcribe: "Manipulación, preparación y montaje de persianas de plástico, estando siempre de pie utilizando pequeñas herramientas, perforadora, cortadora de disco. Realiza manipulación manual de cargas ya que se dedica a cargar y descargar los camiones".

Lo primero que debemos precisar es que el citado contenido no tiene nada que ver con el hecho probado 6º, siendo el hecho probado 5º el que el juzgador dedica a las tareas que realiza el actor, además de que en ningún momento la recurrente propone una redacción concreta, desconociendo este Tribunal si la adición se refiere a los extremos que hemos transcrito o al texto que consta al pie de página. En cualquier caso, el motivo está abocado al fracaso ya que hecho probado 5º la juzgadora de instancia plasma su convicción respecto a las tareas de la profesión y a las posturas empleadas, sin que haya lugar a adición alguna. En el



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

presente recurso sólo puede prosperar una pretensión revisora cuando el error en la redacción de los hechos sea patente y manifiesto a la vista de una determinada prueba pericial o documental (art. 193 b y 196 de la LRJS), error que aquí no se evidencia como tampoco omisión trascendente que suplir; pero no puede prosperar cuando se fundamente en otras pruebas, o en documentos o pericias ya tenidos en cuenta por el juez a quo, o cuando lo que se evidencie sea una mera discrepancia con la convicción alcanzada por el juzgador de instancia, el cual ha valorado todas las pruebas en su conjunto. No cabe olvidar que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 de la LRJS al juzgador de instancia, juzgador que ha formado su convicción de la valoración ponderada del conjunto de la prueba practicada, permitiéndole la misma y su libre apreciación, el apoyarse en todos los informes aportados, en sólo algunos, en uno de ellos o en determinada parte de uno o varios, desechando los demás, u otra u otras partes de uno sólo o de un conjunto documental.

SEGUNDO.-Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS la parte recurrente solicita la revocación de la sentencia de instancia por denunciar la errónea interpretación del art. 143.2 de la LGSS respecto de la revisión y plazo por agravamiento de la incapacidad permanente, indicando que el primer hecho causante es de fecha 13-8-2007; a posteriori encontramos un primer agravamiento en fecha 8-9-2009; un año después (en septiembre de 2010) nos encontramos con otro agravamiento, se le reconoce el grado de minusvalía del 36% y nuevas restricciones. Hay un segundo hecho causante en 2012 y entre el primero (2007) y el segundo (2012) ningún expediente de revisión en medio y en ese lapso sí que se da una agravación de las patologías del demandante, lo que se ve comparando los dos dictámenes propuesta. Pero el juez de instancia no ha encontrado agravamiento ya que ha incluido de forma errónea la sintomatología posterior de 2009 y 2010 dentro del hecho causante de 2007. Hay un agravamiento manifiesto entre el cuadro clínico de 2007 (estrictamente de perjuicio estético) y el de 2012 (perjuicio funcional). En un segundo submotivo la recurrente denuncia la infracción de los arts. 137.3 y 137.4 de la LGSS, por entender que el trabajador es acreedor de una incapacidad permanente total, pues es evidente que no goza de capacidad residual de trabajo para la realización de las tareas de su profesigramas, o subsidiariamente parcial, por la restricción de tareas de más del 33% del total de quehaceres.

Dando tratamiento conjunto a ambos submotivos, diremos que el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, dispone 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 y en la indicada redacción, 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". Y el artículo 137.3 dice que, "se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma".

TERCERO.- Pues bien, de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, se desprende que en la parte actora no concurren las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedora de una incapacidad permanente total. Debemos precisar que en el cuadro clínico del año 2007, al actor no se le valoró



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

únicamente el perjuicio estético. Una cosa es el nombre del epígrafe de las lesiones permanentes no invalidantes, y otra, el cuadro que se tuvo en cuenta para denegarle la incapacidad, y así en la sentencia de 2-8-2008 (confirmada por la Sala en 28-5-2009), se declararon probadas una serie de fracturas (entre ellas de fémur izquierda y rótula abierta derecha) y se hacía constar una limitación de movilidad de la cadera derecha con flexión de 90 grados y de 120 grados en cadera sana y rotación interna muy limitada así como externa reducida en los últimos grados, con calcificación de la cadera derecha, a lo que se une una flexión dorsal nula del tobillo derecho y rodilla con movilidad casi normal y demás extremos que allí aparecen, indicando asimismo que tales dolencias generan una limitación para el uso de pedales y elevación importante para el miembro superior derecho, con limitación para la carga y bipedestación prolongada.

En el año 2012, el cuadro clínico que presenta el actor es el siguiente: "Secuelas de fractura de fémur derecho, fractura de rótula abierta, luxación de cadera derecha, fractura de húmero y radio izquierdos, fractura de 2º dedo mano, lesión del nervio ciático poplíteo externo derecho" y se hace constar el resultado de la exploración del aparato locomotor al que luego nos referiremos.

En base a lo expuesto, resulta que las secuelas de las fracturas ya fueron contempladas en la valoración de 2007 que se realizó en vía judicial, así como la lesión del nervio poplíteo izquierdo, y respecto a su repercusión en el aparato locomotor y a nivel osteoarticular, si bien determinados porcentajes indicativos de merma se han incrementado, la misma no es de entidad suficiente para entender abolida la capacidad de trabajo del demandante en relación con su profesión habitual. Nótese que el tono muscular del brazo izquierdo está conservado (con zona de dolor moderado en callo de fractura) y que la pérdida de fuerza es moderada; que en el codo la pérdida de flexoextensión es de los últimos 5º en extensión, con molestias (que no dolor) en radio y pronosupinación normal; que respecto de la cadera derecha la movilidad pasiva es del 70%, la flexión activa de 50º, con tono muscular conservado, y una pérdida de un 40º de flexión de cadera derecha, apreciándose en la prueba de RX un dolor importante en la cabeza del fémur y cotilo pero sin llegar a hacer pinzamiento articular. Hay pérdida de flexión dorsal del pie derecho.

El actor ostenta un trabajo eminentemente físico, pues tiene como profesión la de ayudante en fábrica de persianas-mozo de almacén, realizando tareas de manipulación, preparación y montaje de las persianas de plástico, y para ello utiliza herramientas pequeñas, así como carga y descarga de camiones, lo que se realiza en bipedestación y en posturas forzadas de columna. Ahora bien, teniendo en cuenta que las secuelas y dolencias del actor le generan una limitación para la elevación importante del miembro superior derecho, con limitación ahora para la carga y bipedestación prolongada (la pérdida de la movilidad de la cadera se ha incrementado), y a la vista de las exigencias de su profesión, antes expuestas, entendemos que el demandante no incapacitado de forma total para desempeñar la misma por las diferentes funciones que la integran, pero sí en una parte significativa. De este modo, las dolencias y limitaciones orgánicas y/o funcionales que la demandante padece, relacionadas con su profesión habitual, permiten su inclusión en la situación protegida en el apartado 3) del art. 137 LGSS, toda vez que la actora ha de estar en bipedestación continuada la mayor parte de la jornada, así como debe cargar pesos y levantar los brazos por encima de la horizontal del hombro, lo que hace que debamos considerar que el trabajador está limitado, en todo caso, en más de un tercio de su capacidad global teórica, para realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual de ayudante en fábrica de persianas-mozo de almacén, trabajo que exige no solo un buen estado de la columna y extremidades sino también un correcto y normal estado del aparato locomotor y de la cadera. Con su patología secuelar, el actor realizará su actividad con una mayor penosidad y dificultad en un grado que es jurídicamente valorable, entendiendo



GENERALITAT
VALENCIANA

esta Sala que la disminución en el rendimiento en el desempeño de sus tareas habituales supera el 33% que exige la ley, por lo que se ha de declarar a la parte actora como afecta de una incapacidad permanente parcial, lo que conlleva la estimación del recurso planteado y la revocación de la sentencia de instancia.

FALLO

Que estimando en su pretensión subsidiaria el recurso de suplicación interpuesto en nombre de [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº [REDACTED] de los de [REDACTED], de fecha [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED] y con revocación de la misma, declaro que la parte actora se encuentra en situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual, por lo que condeno a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y a la Mutua [REDACTED] a que abone a la parte actora la suma de 24 mensualidades a tanto alzado de su base reguladora mensual de 1.309,62 €.

Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiéndole que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco Español de Crédito, cuenta 4545 0000 35 0454 14. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave 66 en lugar de la clave 35. 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.- En el día de hoy ha sido leída la anterior sentencia por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el /a Secretario/a judicial, doy fe.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA