



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ES COPIA

RECURSO SUPLICACION - [REDACTED]

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/D^a. FRANCISCO JOSÉ PÉREZ NAVARRO
Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. MARÍA MONTÉS CEBRIÁN
Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. TERESA PILAR BLANCO PERTEGAZ

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.º [REDACTED]

En el RECURSO SUPLICACION [REDACTED], interpuesto contra la sentencia de fecha [REDACTED], dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO [REDACTED] DE [REDACTED] en los autos [REDACTED], seguidos sobre invalidez, a instancia de [REDACTED], asistido por el Letrado D. Julio Claver Iranzo contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA [REDACTED] asistida por el Letrado D. [REDACTED] y [REDACTED] (AHORA [REDACTED]), y en los que es recurrente la parte actora, habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D^o/D^a. FRANCISCO JOSE PEREZ NAVARRO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimando la excepción de modificación sustancial de lo alegado en la reclamación administrativa previa deducida por la MUTUA [REDACTED], debo desestimar y desestimo la demanda formulada por D. [REDACTED] frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA [REDACTED] y [REDACTED], absorbida por fusión por [REDACTED], absolviendo a los demandados de los pedimentos de dicha demanda".



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



GENERALITAT
VALENCIANA

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: "PRIMERO.- El demandante [REDACTED] con D.N.I. [REDACTED], nacido en fecha [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED], figura afiliado a la Seguridad Social con el número [REDACTED]. SEGUNDO.- En fecha 5 de agosto de 2009 el trabajador, que prestaba servicios como recogedor de residuos urbanos para la empresa [REDACTED], sufrió un accidente de trabajo, iniciando proceso de incapacidad temporal por fractura de meseta tibial izquierda. En dicha fecha la empresa tenía aseguradas las contingencias profesionales con la Mutua [REDACTED], estando al corriente de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización. La mercantil fue absorbida por fusión por [REDACTED], quedando disuelta sin liquidación, según escritura pública de 22-09-09, con efectos de 30-09-2009, constando asiento de presentación de la misma fecha en el Registro Mercantil de [REDACTED]. TERCERO.- El alta médica de dicho proceso se cursó por [REDACTED] en fecha [REDACTED], y al trabajador le fue reconocida en fecha 21-05-2010 la prestación derivada de lesiones permanentes no invalidantes, según el baremo 110, cicatrices no incluidas en los epígrafes anteriores, por importe de 450,00 euros, a cargo de [REDACTED]. Dichas lesiones fueron reconocidas con arreglo al siguiente cuadro clínico residual: gonalgia izquierda residual tras cirugía, (reducción y osteosíntesis), y rehabilitación por fractura de la meseta tibial izquierda en caída desde camión de recogida de basuras, y limitaciones orgánicas y funcionales: cicatriz en cara anterior de rodilla izquierda. CUARTO.- Tramitado a instancia del trabajador de fecha 24 de mayo de 2011 Expediente de Incapacidad Permanente, que por obrar unido a autos se da por reproducido, mediante Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 27 de julio de 2011, previo dictamen propuesta del EVI de 19-07-2011, se denegó al actor la prestación de incapacidad permanente por no ser constitutivas de incapacidad permanente las lesiones que padece, ni ser valorables como lesiones permanentes no invalidantes al tratarse de lesiones ya valoradas e indemnizadas. Disconforme el actor interpuso Reclamación Previa el día 21-10-2011, solicitando ser declarado en situación de incapacidad permanente parcial, con derecho a la correspondiente prestación económica, que le fue desestimada previo traslado al EVI, por Resolución del Ente Gestor de fecha 12-12-2011. QUINTO.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 11.296,75 euros anuales caso de la total y a 30,95 euros diarios en la de la parcial. La fecha de efectos en el caso de un eventual reconocimiento de la incapacidad permanente total sería el 28 de julio de 2011, sin que dichos extremos hayan sido controvertidos en juicio. SEXTO.- El demandante presenta el siguiente cuadro clínico residual: secuelas de fractura de meseta tibial izquierda. Síndrome de Sudeck en tobillo izquierdo. Hepatopatía crónica VHC. Trastorno Adaptativo. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: para la realización de esfuerzos físicos. SEPTIMO.- Las tareas desempeñadas por el actor al tiempo de sufrir el accidente de trabajo eran las propias de su profesión habitual de recogida de residuos. OCTAVO.- El actor promovió demanda de juicio ordinario seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº [REDACTED] de [REDACTED] con nº [REDACTED], dictando sentencia el [REDACTED] de la que no consta firmeza, estimando la demanda deducida frente a [REDACTED] y D. [REDACTED], condenando con carácter solidario al abono de un principal de 34.438,08 euros, por las lesiones producidas el 5-08-09 desempeñando sus funciones de recogida de basura subido en un camión, considerando imprudente la actuación del conductor, que supuso que golpeará la pierna del actor la plataforma en que se encontraba subido, causando lesiones consistentes en fractura meseta tibial, valorando como secuelas la gonalgia post-traumática, flexión y material de osteosíntesis, a lo que se añaden 223 días de baja laboral".

PAPEL DE OFICIO



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto se estructura en dos motivos, y sin duda por error de transcripción cita la Ley de Procedimiento Laboral en los dos, cuando, de acuerdo con la fecha de la sentencia impugnada (12 de abril de 2013) debió invocarse el precepto correspondiente de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social conforme a lo prevenido en la Disposición Transitoria Segunda.1 de dicha ley, que entró en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE según previene su Disposición Final Séptima, apartado 1, es decir, en 11 de diciembre de 2011, dada su publicación en el BOE de 11 de octubre de 2011, pero este error no tiene relevancia a los efectos del recurso en cuanto las dos normas de referencia, la derogada y la vigente, disponen lo mismo. El primer motivo se dirige a la revisión de los hechos probados propugnando: A) Se introduzca en el hecho probado segundo que el actor "llevaba prestando servicios en la empresa tan solo (tres días), con una antigüedad desde el 3 de agosto de 2009". B) Se añadan al hecho probado sexto los particulares siguientes: a) "Gonalgia postraumática, -Limitación de flexión entre 45 - 90 grados. No valorándose sólo la cicatriz post-quirúrgica, sino fundamentalmente por la deformidad de la rodilla en varo y por repercusiones funcionales que produce al paciente". b) "las lesiones - secuelas que presenta el paciente son eso, secuelas no mejorables, más bien progresivas. Su rodilla izquierda se hará artrósica mucho antes que la derecha y su dolor e impotencia funcional será mayor. La única manera de retrasar la aparición de la artrosis es no sobrecargar la rodilla", "en su estado actual que no es mejorable no puede desempeñar las tareas de su profesión que estaba realizando al momento del accidente de (Recoger contenedores de basura y colocarlos en la grúa de camión. Los operarios van subidos en una estrecha plataforma detrás del depósito de basura, de ella suben y bajan corriendo, arrastran el contenedor hasta los acoples de la grúa, ésta los voltea en el depósito, y corriendo los llevan a su lugar). Durante el trayecto son numerosos los golpes y vaivenes del camión que en la plataforma sobre la que van subidos, los trabajadores se notan multiplicados, sufriendo todo el esqueleto el golpeteo. La rodilla del paciente no puede soportar esos golpes".

2. La revisión propuesta debe prosperar en parte. La primera a efectos exclusivamente aclaratorios, por cuanto el tiempo de servicios del trabajador para la empresa en la fecha del accidente, no lo consideramos relevante a los efectos de la presente resolución. La segunda la acogemos en parte (pues así se deduce de la sentencia y pericial que refiere, salvo en lo atinente a que "no puede desempeñar las tareas de su profesión que estaba realizando al momento del accidente...", pues ello implicaría una manifiesta predeterminación del fallo.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se dedica al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia denunciando interpretación

GENERALITAT
VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

errónea del artículo 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969 y del artículo 137.3 de la Ley General de la Seguridad Social. Argumenta en síntesis que atendiendo a la profesión del trabajador y sus concretas exigencias físicas debió ser declarado en situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual.

2. Del relato histórico de la sentencia impugnada datos incluidos por esta sentencia destacamos: A) El demandante nacido en fecha [redacted] de [redacted] de [redacted], figura afiliado a la Seguridad Social. En fecha 5 de agosto de 2009 el trabajador, que prestaba servicios como recogedor de residuos urbanos para la empresa [redacted], sufrió un accidente de trabajo, iniciando proceso de incapacidad temporal por fractura de meseta tibial izquierda. En dicha fecha la empresa tenía aseguradas las contingencias profesionales con la Mutua [redacted], estando al corriente de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización. La mercantil fue absorbida por fusión por [redacted] quedando disuelta sin liquidación, según escritura pública de 22-09-09, con efectos de 30-09-2009, constando asiento de presentación de la misma fecha en el Registro Mercantil de [redacted]. B) El alta médica de dicho proceso se cursó por [redacted] en fecha 16-03-2010, y al trabajador le fue reconocida en fecha 21-05-2010 la prestación derivada de lesiones permanentes no invalidantes, según el baremo 110, cicatrices no incluidas en [redacted] anteriores, por importe de 450,00 euros, a cargo de [redacted]. Dichas lesiones fueron reconocidas con arreglo al siguiente cuadro clínico residual: gonalgia izquierda residual tras cirugía, (reducción y osteosíntesis), y rehabilitación por fractura de la meseta tibial izquierda en camión de recogida de basuras, y limitaciones orgánicas y funcionales: cicatriz en cara anterior de rodilla izquierda. C) Tramitado a instancia del trabajador de fecha 24 de mayo de 2011 Expediente de Incapacidad Permanente, mediante Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 27 de julio de 2011, previo dictamen propuesta del EVI de 19-07-2011, se denegó al actor la prestación de incapacidad permanente por no ser constitutivas de incapacidad permanente las lesiones que padece, ni ser valorables como lesiones permanentes no invalidantes al tratarse de lesiones ya valoradas e indemnizadas. Disconforme el actor interpuso Reclamación Previa el día 21-10-2011, solicitando ser declarado en situación de incapacidad permanente parcial, con derecho a la correspondiente prestación económica, que le fue desestimada previo traslado al EVI, por Resolución del Ente Gestor de fecha 12-12-2011. D) El demandante presenta el siguiente cuadro clínico residual: secuelas de fractura de meseta tibial izquierda. Síndrome de Sudeck en tobillo izquierdo. Hepatopatía crónica VHC. Trastorno Adaptativo. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: para la realización de esfuerzos físicos. Gonalgia izquierda postraumática. Limitación de flexión entre 45 – 90 grados. E) Las tareas desempeñadas por el actor al tiempo de sufrir el accidente de trabajo eran las propias de su profesión habitual de recogida de residuos, tarea para la que los operarios van subidos en una estrecha plataforma detrás del depósito de basura, de ella suben y bajan corriendo, arrastrando el contenedor hasta los acoples de la grúa, ésta los voltea en el depósito, y corriendo los llevan a su lugar; durante el trayecto son numerosos los golpes y vaivenes del camión que en la plataforma sobre la que van subidos, los trabajadores se notan multiplicados, sufriendo todo el esqueleto el golpeteo.

3. Respecto del concepto de profesión habitual el Tribunal Supremo tiene dicho que " no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un

NERALITAT
LENCIANA

PAPEL DE OFICIO



determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle", lo que significa que -como ha reiterado esta Sala en SSTS 12-2-2003 (Rec.- 861/02) o 27-4-2005 (Rec.- 998/04) ...- no solo hay que tener en cuenta a la hora de resolver sobre una demanda de invalidez cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar realizando después del accidente sino todas las que integran objetivamente su "profesión", las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el "ius variandi" empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable.

4. Como quiera que la profesión habitual del actor es la de recogedor de residuos urbanos (basurero) entendemos que frente a lo indicado por la sentencia de instancia, la existencia de camiones de recogida automática de contenedores, con carga lateral, no varía la profesión habitual del actor y la posible movilidad funcional de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de profesión habitual a que antes hicimos referencia, y el Convenio Colectivo de aplicación (el sectorial de Saneamiento Público, Limpieza Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado- (BOE de 7 de marzo de 1996)- que era el vigente en la fecha del accidente, y que definía al peón como el "trabajador encargado de ejecutar labores para cuya realización no se requiera ninguna especialización profesional ni técnica. Pueden prestar sus servicios indistintamente en cualquier servicio o lugar de los centros de trabajo" (artículo 22.d).4) y que ya preveía en su artículo 20 que "todo trabajador está obligado a realizar cuantos trabajos y operaciones le encomienden sus superiores dentro del general cometido propio de su categoría o competencia profesional". A mayor abundamiento el Convenio Sectorial hoy vigente, el publicado en el BOE de 30 de julio de 2013, con mayor amplitud que el anterior señala en su artículo 20 que "la pertenencia o adscripción a un grupo profesional capacitará para el desempeño de todas las tareas y cometidos propios de los mismos, sin más limitaciones que las derivadas de la exigencia de las titulaciones, permisos de todo tipo, naturaleza y clase, capacitaciones específicas y de los demás requisitos de carácter profesional contemplados en la normativa vigente. Todo el personal de la Empresa estará sujeto a la movilidad funcional, en los términos establecidos legalmente, según las necesidades a cubrir en los distintos servicios", permaneciendo la conceptualización del peón, que consideramos corresponde a un simple recogedor de residuos (artículo 22.D4) como el "encargado de ejecutar labores para cuya realización no se requiera ninguna especialización profesional ni técnica. Pueden prestar sus servicios indistintamente en cualquier servicio o lugar de los centros de trabajo".

5. Consideramos por todo ello que el demandante, ahora recurrente, se encuentra en situación de incapacidad permanente (artículo 136.1 de la Ley General de la Seguridad Social) pues, -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 previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulan su capacidad laboral- en el grado de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual (artículo 137.3 de la Ley General de la Seguridad Social) en su redacción originaria, dado lo indicado en la disposición transitoria 5ª bis de dicha ley) por cuanto estimamos que si bien podría continuar realizando las tareas





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

fundamentales de su profesión habitual, la harán más penosa hasta el punto de ocasionarle una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, pues como se ha dicho las tareas fundamentales de su profesión habitual consistían esencialmente (sin perjuicio de la amplitud de la movilidad funcional a que está sometido, atendiendo al Grupo de Operarios en que se incardina según el Convenio Colectivo de aplicación) en ir subido en una estrecha plataforma detrás del depósito de basura, subiendo y bajando corriendo, arrastrando el contenedor hasta los acoples de la grúa, siendo numerosos los golpes y vaivenes del camión que en la plataforma sobre la que van subidos los trabajadores se notan multiplicados, sufriendo todo el esqueleto el golpeteo.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto, y revocación de la sentencia de instancia para dar lugar a la pretensión, reconociendo al actor en situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, a la que se cifre su petición en el escrito de interposición del recurso, con derecho a percibir una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de su base reguladora de 30,95 euros diarios (hecho probado 5º), de conformidad con lo expresamente instituido en el artículo 139.1 de la Ley General de la Seguridad Social y artículo 9 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio. Sin costas, dado el signo revocatorio del fallo.



Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº [REDACTED] de los [REDACTED] el día [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED] en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA [REDACTED], y [REDACTED], absorbida por fusión por [REDACTED], y con revocación de la expresada sentencia debemos declarar como declaramos que el actor se encuentra en situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual por causa de accidente laboral, condenando a los codemandados a estar y pasar por tal declaración y a MUTUA [REDACTED], como subrogada en las obligaciones de la codemandada [REDACTED] absorbida por fusión por [REDACTED] a que abone al actor una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de su base reguladora de 30,95 euros diarios. 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 1642 13. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá



GENERALITAT
DE CATALUNYA

PAPEL DE OFICIO

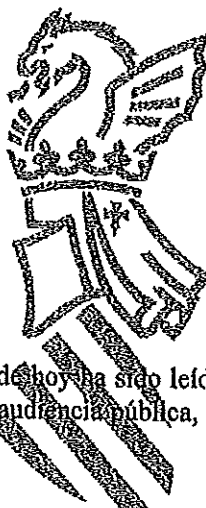
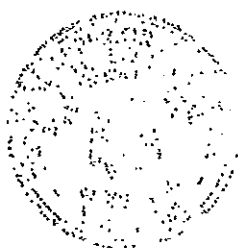


ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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.


GENERALITAT
VALENCIANA

