

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2008 - 0033672

mi

Ilmo. Sr. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

Ilmo. Sr. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

ILMA. SRA. VERÓNICA OLLÉ SESÉ

En Barcelona a 15 de febrero de 2011

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 1228/2011

En el recurso de suplicación interpuesto por Mutua Asepeyo frente a la Sentencia del Juzgado Social 18 Barcelona de fecha 27 de abril de 2009 dictada en el procedimiento Demandas num. 536/2008 y siendo recurridos -I.N.S.S.- (Instituto Nacional de la Seguridad Social), ..., Comercio y Distribución de Bebidas, S.L. y -T.G.S.S.- (Tesorería General de la Seguridad Social). Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. VERÓNICA OLLÉ SESÉ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de junio de 2008 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Invalidez grado, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 27 de abril de 2009 que contenía el siguiente Fallo:

"Que, estimando la pretensión subsidiaria de la demanda interpuesta por D. ...contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ASEPEYO, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la empresa COMERCIO Y DISTRIBUCIÓN DE BEBIDAS, S.L., debo declarar y declaro a la actora en situación de incapacidad permanente parcial, derivada de accidente de trabajo, y su derecho al percibo de la prestación consistente en veinticuatro mensualidades de la base reguladora de 1.908,53 euros mensuales, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, y a la Mutua Asepeyo al pago de dicha prestación, sin perjuicio de las responsabilidades legales del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1.- El actor, D. ..., nacido el 21-5-1.966, con DNI num. NUM000, se halla afiliado a la Seguridad Social, en situación de alta en el Régimen General.

2.- La profesión habitual del actor es la de Chófer-repartidor, y presta servicios por cuenta y dependencia de la empresa Comercio y Distribución Bebidas, S.L.; realizando funciones de conducción y de carga y descarga de la mercancía; las labores de carga y descarga se realizan entre el conductor y un ayudante; y así resulta del interrogatorio de la empresa y la testifical practicada.

3.- En fecha 25-4-2.006 el actor sufrió un accidente de trabajo, mientras prestaba servicio por cuenta y dependencia de la empresa Comercio y Distribución Bebidas, S.L.

4.- La empresa tiene cubierto el riesgo de accidente de trabajo con la Mutua Asepeyo, hallándose al corriente en el pago de las cuotas.

5.- Iniciada la vía administrativa ante la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, esta entidad dictó resolución en fecha 12-3-2.008, en la que se acordaba declarar la existencia de lesiones permanentes no invalidantes, con el derecho del actor a percibir una indemnización de por una sola vez de 830 euros, a cargo de la Mutua Asepeyo.

6.- Contra dicha resolución el actor formuló reclamación previa, al considerar que está afecto de una incapacidad permanente total, derivada de accidente de trabajo, que fue desestimada por resolución de 9-6-2.008.

7.- El actor fue dado de alta médica el 4-8-2.007.

8.- La base reguladora de la incapacidad permanente total es de 22.902,36 euros anuales; la base reguladora de la incapacidad permanente parcial es de 1.908,53 euros mensuales; hechos no discutidos por las partes.

9.- La Mutua Asepeyo fija como fecha de efectos de la incapacidad permanente total la de 27-9-2.007, fecha del dictamen del Institut Català d'Avaluacions Mèdiques; la parte actora fija como fecha de efectos la de 4-8-2.007, fecha del alta médica.

10.- El Institut Català d'Avaluacions Mèdiques emitió dictamen el 27-9-2.007; en dicho dictamen se hace constar: "No puede realizar tareas de su trabajo que supongan cargar-descargar pesos por encima del nivel del hombro".

11.- El actor presenta las siguientes lesiones:

-Síndrome subacromial del hombro derecho derecho, intervenido. Limitación de la movilidad conjunta de la articulación del hombro inferior al 50% y pérdida de fuerza."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada MUTUA ASEPEYO, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda de la parte actora en la que se pretendía se dejase sin efecto la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 13 de marzo de 2008, que había declarado la existencia de lesiones permanentes no invalidantes al trabajador por accidente de trabajo, confirmando dicha resolución, declarando al actor en situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual del chófer-repartidor.

Contra la citada sentencia se alza en suplicación la Mutua Asepeyo en recurso que es impugnado de contrario.

SEGUNDO.- El recurso se articula en primer lugar con amparo en el art. 191. b) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (TRLPL), que tiene por objeto la modificación de hechos probados, interesando las siguientes modificaciones:

a) Hecho probado segundo a fin de que su contenido actual se sustituya por otro como sigue: La profesión habitual del actor es la de chófer 1º repartidor, y presta servicios por cuenta y dependencia de la empresa Comercio y Distribución Bebidas, S.L.; realizando funciones de conducción y de carga y descarga de la mercancía; las labores de carga y descarga se realizan entre el mozo y el chófer repartidor, éste último en régimen de colaboración; y así resulta del interrogatorio de la empresa, la testifical practicada y el convenio colectivo aplicable. Fundamenta la pretensión revisoria en el contenido de los documentos obrantes a los folios 81, 82, 133 a 139, 140

a 146, y 170 a 184.

b) Hecho probado Décimo, para que se transcriban los párrafos que cita del informe del Institut Català d'Avaluacions Mèdiques. La modificación deriva para la recurrente del informe referido en relación con los documentos obrantes a los folios 90, y 151 a 154.

El motivo no puede prosperar. El Tribunal Supremo (3-5-2001, 19-02-2002 y 10-06-2008, entre otras), ha declarado de forma reiterada que para que pueda apreciarse error de hecho en la apreciación de la prueba, han de concurrir los requisitos siguientes: 1) que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido que la parte recurrente estime equivocado, contrario a lo que acredite o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración histórica tildada de errónea, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándolos; 3) que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que estime se desprenda la equivocación del Juzgador, sin que sea dable una cita genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) que los documentos y pericias no sean los mismos de los que haya extraído su convicción el Juzgador y ponga de manifiesto el error de una manera clara, evidente y directa, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables y, 5) que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar al relato histórico hecho cuya inclusión a nada práctico conduciría.

La aplicación de lo anterior debe llevar a la desestimación del motivo. Respecto a la primera modificación por cuanto la misma se sustenta en la prueba de interrogatorio de parte y testifical practicadas en el acto del juicio en base a los principios de oralidad, celeridad, inmediación y concentración que rigen el procedimiento laboral, pruebas que de acuerdo con dichos principios sólo puede ser valorada por el Magistrado de instancia no siendo susceptible de revisión en suplicación.

La segunda porque no tiene trascendencia para el fallo, el contenido del informe del ICAM es el que es y consta en las actuaciones, como también constan las lesiones que se consideran acreditadas por la Magistrada de instancia en base a la totalidad de las pruebas médicas practicadas, secuelas éstas que son las determinantes para el reconocimiento del grado de incapacidad.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso se interpone con amparo en el apartado c) del artículo 191 del TRLPL, formulando censura jurídica de la sentencia de instancia, a la que atribuye infracción de normas sustantivas, en concreto por inaplicación del artículo 150 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), relativo a las lesiones permanentes no invalidantes, por aplicación indebida del artículo 137.1 del TRLGSS en relación con la incapacidad permanente parcial.

La Mutua recurrente considera que las lesiones que tiene reconocidas el actor no le hacen tributario de una incapacidad permanente parcial, considerando que si bien éstas le limitan para la realización de parte de sus funciones como chófer-repartidor, no lo hacen en un porcentaje superior al 33%. Así, para la recurrente las funciones principales que debe realizar son las de conductor, mientras que las de carga y descarga son secundarias y las realiza en régimen de colaboración, por lo que puede trabajar en equipo ahorrándose esfuerzos innecesarios y posturas forzadas.

El Tribunal Supremo tiene establecido que en materia de incapacidades no cabe generalizar la decisión y debe atenderse siempre a las particularidades del caso que ha de resolverse (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1989), y que su graduación requiere siempre la decisión sobre supuestos específicos e individualizados, a la que no puede llegarse sino es mediante la ponderación singularizada de padecimientos y limitaciones que éstos generan en cuanto impedimentos reales con proyección sobre la capacidad de trabajo (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero 1989), sin que la invocación de anteriores sentencias pueda resultar decisiva, si no han establecido líneas generales de interpretación del art. 135 de la Ley General de la Seguridad Social (art. 137 del Texto Refundido vigente) (autos del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1991 y 17 de enero de 1997).

En relación con la incapacidad permanente parcial, la define el texto legal (art. 137.3 de la Ley General de la Seguridad Social , vigente por virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional 5ª bis, introducida por el art.8.2 de la Ley 24/1997 de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social , en tanto no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario de éste) como aquella que sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución de su rendimiento normal no inferior al 33% en su profesión habitual. El techo por arriba es que las consecuencias de las secuelas no impidan en desempeño de todas o las fundamentales tareas de su profesión y por abajo que la disminución de de rendimiento sea inferior o superior al porcentaje expresado. Así como la delimitación con la incapacidad permanente total, suele ser en general, clara desde un punto de vista objetivo, está más plagado de dificultades el segundo elemento definidor, porque no sólo entran en juego elementos cuantitativos (en relación con el propio trabajador antes del accidente, con relación a otros trabajadores de su misma categoría profesional, etc.) De esta forma, no cabe establecer en general, una pauta que sirva de guía en todos los supuestos, sino que han de examinarse uno a uno, a fin de determinar, si con certeza o por vía de presunciones, se acredita tal disminución del rendimiento y ello requiere prueba específica al respecto poniendo en relación secuelas y profesiograma laboral.

Por su parte el artículo 150 del TRLGSS define las lesiones permanentes no invalidantes como las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una

invalidez permanente conforme a lo establecido en la sección 3ª del presente capítulo, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo anejo a las disposiciones de desarrollo de esta Ley, serán indemnizadas, por una sola vez, con las cantidades alzadas que en el mismo se determinen, por la entidad que estuviera obligada al pago de las prestaciones de invalidez permanente, todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a continuar al servicio de la empresa.

En el presente supuesto, inalterado el relato fáctico, las lesiones que tiene reconocidas el trabajador son: "síndrome subacromial del hombro derecho intervenido. Limitación de la movilidad conjunta de la articulación del hombro inferior al 50% y pérdida de fuerza". Por otra parte consta que el trabajador realiza funciones de conducción y de carga y descarga de la mercancía, siendo parte de las tareas propias de su profesión habitual las cargas y descargas por encima del hombro.

La aplicación de lo anteriormente expuesto debe llevar a la desestimación del motivo y con ello del recurso, por cuanto las secuelas resultantes del accidente suponen una limitación funcional suficiente que le impida realizar al menos un tercio de las funciones propias de su profesión habitual de conductor repartidor, funciones que tal y como queda acreditado requieren la realización habitual de tareas de carga y descarga por encima del hombro, padeciendo lesiones en el hombro derecho que le producen una limitación de movilidad inferior al 50%, con pérdida de fuerza, lo que conlleva dada la habitualidad con la que realiza las cargas y descargas una disminución de su rendimiento de al menos el 33%.

La desestimación del recurso conlleva para la Mutua Asepeyo la pérdida del depósito y de las cantidades consignadas para recurrir a las que se dará el destino legal oportuno, así como la condena en costas incluyendo los honorarios de la parte impugnante del recurso que se fijan en 400Eur..

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua Asepeyo contra la Sentencia del Juzgado de lo Social num. 18 de los de Barcelona de fecha 27 de abril de 2009 dictada en los autos num. 536/2008 sobre incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, seguidos a instancia de D. ... contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua Asepeyo y la empresa Comercio y Distribución de Bebidas, S.L. que confirmamos en todos sus extremos.

La desestimación del recurso conlleva para la Mutua Asepeyo la pérdida del depósito y de las cantidades consignadas para recurrir a las que se dará el destino legal oportuno, y su condena en costas incluyendo los honorarios de la parte impugnante del recurso que se fijan en 400Eur..

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a esta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en los números 2 y 3 del Art.219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del texto procesal laboral, todo el que (a excepción de los trabajadores o causahabientes suyos, los beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social, quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los organismos dependientes de todos ellos) intente interponer recurso de casación, consignará como depósito la cantidad de 300 euros en la cuenta de consignaciones que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya tiene abierta en el Banco Español de Crédito-BANESTO-, en la Oficina núm.2015, sita en Ronda de Sant Pere, num. 47, num. 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

En caso de recurso de casación, la consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO, en la oficina indicada en el párrafo anterior, num. 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.