

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

RU

IL·LMA. SRA. Mª LOURDES ARASTEY SAHÚN

IL·LMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG

IL·LM. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

Barcelona, 13 de desembre de 2006

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats

més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA núm. 8857/2006

En el recurs de suplicació interposat per ...a la sentència del Jutjat Social 2 Tarragona de data 28 DE JUNY DE 2005 dictada en el procediment núm. 625/2004 en el qual

s'ha recorregut contra la part INSS (Tarragona), TGSS TARRAGONA, MUTUA UNIVERSAL i Española de Montajes Metálicos S. A., ha actuat com a ponent Il·lma. Sra. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG.

## ANTECEDENTES DE HECHO

Primer. En data 20 de juliol de 2004 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre Invalidesa general, en la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 28 de juny de 2005, que contenia la decisió següent:

"Que desestimando íntegramente la demanda presentada por ...contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL y LA EMPRESA ESPAÑOLA DE MONTAJES METÁLICOS S.A., debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones contra ellos formuladas en la demanda."

Segon. En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

PRIMERO.- El trabajador, ..., afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, presta sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la mercantil EMMSA-Española de Montajes Metálicos, SA, como tubero montador.

La empleadora tiene concertada la cobertura de las contingencias derivadas de los riesgos profesionales con Mutua Universal

estando al corriente en el pago de las cotizaciones.

(no controvertido)

SEGUNDO.- El tubero industrial dedicado al montaje de tuberías realiza tanto técnicas de corte, conformado, ensamblado como de montaje, actividades que desarrolla tanto dentro del taller como en la obra, muchas veces en zonas de trabajo reducidas y con estructuras suplementarias que impiden un fácil acceso y una postura de trabajo adecuada.

(documento nº 13 y pericial técnica del actor).

TERCERO.- El 2.2.04 el trabajador realiza un sobreesfuerzo mientras levanta

un bidón prestando servicios para su empresa, que le causa dolor en la espalda.

.La Mutua Universal emite parte de baja por IT derivada de accidente laboral con

el diagnóstico de "dolor de espalda no especificado" el mismo día.

La mutua le da de alta por mejoría que permite realizar su trabajo habitual el

8.2.04.

El día 9.2.04, día siguiente del alta por la mutua, se expide por el médico de cabecera del ICS parte de baja médica al trabajador, que inicia proceso de IT derivado de enfermedad común con el diagnóstico de "lumbalgia". Es alta el 29.3.04.

Por resolución del INSS de 16.7.04 se declara que la contingencia de la que

deriva el periodo de IT antedicho es profesional-accidente de trabajo.

(documentos del 6 al 24 Mutua)

CUARTO.- El trabajador solicita ser declarado en situación de incapacidad

permanente el 20.2.04.

Es reconocido por CRAM que emite dictamen médico el 29.3.04, que da lugar a propuesta de la CEI de 7.4.04, en base a la que el INSS dicta resolución de 20.4.04 denegando prestación por incapacidad permanente derivada de enfermedad común al entender que las lesiones que sufre no suponen suficiente grado de disminución de su capacidad de trabajo.

Contra la anterior resolución presenta reclamación previa por el trabajador el 2.6.04, que es estimada parcialmente el 29.10.04, estimando que la contingencia sea derivada de accidente de trabajo. Mantiene la denegación de incapacidad permanente.

(Expediente administrativo)

QUINTO.- El trabajador padece: "Hernia discal C5-C6 y C6-C7. Espondilosis C4-C5, mas marcada en C6. Incipiente discopatía degenerativa en L4-L5-S1, discreta espondilosis difusa de predominio L4-L5, signos de discreta sobrecarga en articulaciones interapofisarias".

SEXTO.- El trabajador realizó 202 días de trabajo efectivo de los 365 anteriores a la fecha del accidente de 2.2.04, Y tiene percibido y reconocido:

-Un salario base diario de 26,3 euros.

-Dos pagas extraordinarias, cada una de 1489,2 euros: 2.978,40 euros Asimismo, en dicho período de tiempo percibió por los siguientes conceptos y retribuciones salariales:

-Primas: 2.296,89 euros.

-Plus compensación: 2.840,39 euros

-Plus tóxico: 937,54 euros.

-Horas extras: 825,46 euros.

-Incentivos: 879,34 euros

-Plus complemento locomoción: 806 euros.

-Ayuda Comida: 1980,61 euros.

El salario del mes anterior al 2.2.04 fue de 1645,66 euros.

(documento nº 18 del actor y 73 de la mutua)

SÉPTIMO.- La relación laboral queda sujeta al Convenio Colectivo del sector de las Industrias siderometalúrgicas de la provincia de Tarragona (DOGC de 19.8.03).

En su art. 25 el convenio establece que la jornada anual de trabajo para 2003 es

de 1.768 horas (221 días).

Tercer. Contra aquesta sentència la part ACTORA va interposar recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària, qui el va impugnar en forma MUTUA UNIVERSAL. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primer.- El demandant planteja recurs de suplicació contra la Sentència que desestima declarar-lo en situació d'incapacitat permanent total o parcial derivada d'accident de treball per les funcions habituals de muntador de tubs. L'objecte del recurs és revisar els fets declarats provats i examinar la infracció de normes substantives o de la jurisprudència en empara en l' article 191 b) i c) de la Llei de Procediment laboral, el Text refós del qual va ser aprovat pel Reial Decret legislatiu 2/1995 de 7 d'abril.

Segon.- En el primer objecte del recurs postula la modificació del primer paràgraf del cinquè fet provat de la sentència que recull les lesions que pateix d'hèrnia discal C5-C6 i C6-C7. Espondilosi C4-C5, més marcada a la C6. Discopatia degenerativa incipient en L4-L5-S1, espondilosi difusa discreta de predomini L4-L5. Signes de sobrecàrrega discreta en articulacions interapofisàries". Proposa que respecte a la hèrnia discal C5-C6 s'afegeixi que imprompta el cordó medular i que la C6-C7 es troba en contacte amb el sac dural i l'arrel C7. Que te cervicoartrosi juntament amb l'espondilosi cervical. A nivell lumbar també proposa que s'afegeixi que pateix lumboartrosi, i a la fi del text, que te limitació a l'abducció en els últims graus dels braços. Basa la modificació en les afirmacions judicials amb valor fàctic que es contenen en el Tercer Fonament de la Sentència, en els documents que cita i en la pericial mèdica practicada, mitjans de prova sobre els quals s'estén en consideracions.

Postula també l'addició d'un nou paràgraf a afegir a la fi del fet provat cinquè de la sentència, que es refereix a les lesions objectivades, tal com s'ha dit abans, amb el redactat que proposa de què:"El treballador també es troba afectat de síndrome del tunel carpí bilateral, síndrome vertebro-vascular, acroparestèsies en extremitats superiors". Basa l'addició en el propis informes de la Mútua que l'ha tractat.

També postula un altre paràgraf a continuació del fet provat cinquè, en què consti que" Les anteriors lesions produeixen a nivell

cervical disminució de la mobilitat cervical en la flexió, -23,72%, en la rotació,- 32,41%; a nivell lumbar la disminució de la mobilitat de la columna lumbar, -50,07%". Proposa un redactat subsidiari en què consti que" Les anteriors lesions produeixen una important limitació de la mobilitat cervical y lumbar". També aquesta addició la basa en l'informe de la Mútua, i s'estén en què les proves mèdiques del Centre de Reconeixement i Avaluació Mèdica es van fer en repòs, sense activitat d'esforç, que és quan les limitacions són incapacitants.

També en aquest fet provat cinquè es postula una última addició per a fer constar que" La compressió medular produeix parestèsies en les quatre extremitats amb pèrdua de força." Es basa en la prova pericial.

El fet provat sisè també és objecte de modificació postulada respecte al salari, en l'apartat en què consta que l'últim percebut el mes anterior al día 2 de febrer de 2004 va ser de 1645,66 euros. Postula un redactat alternatiu en què consti que" El salari del mes anterior al día 2 de febrer de 2004, data de l'accident, va ser de 1.912,19 euros bruts amb prorrata de les pagues extres". Basa la modificació en la nòmina del mes anterior aportada com a document, referint-se a la base de cotització sobre la qual s'ha de basar la base reguladora de la incapacitat permanent parcial reclamada.

També postula una addició al fet, en què consti que "En conseqüència, li correspon una base reguladora de 2.278,05 euros per a la incapacitat permanent total, i de 1912,19 euros mensuals per a la prestació de la incapacitat permanent parcial" Basa l'addició en els documents citats.

També postula que es tregui un paràgraf del tercer fonament de dret, paràgraf setè, perquè manté que les manifestacions judicials d'aquest paràgraf es contradiuen amb les modificacions postulades sobre les lesions que acusa.

La doctrina jurisprudencial pacífica dels Tribunals laborals i d'aquesta Sala, manté de forma constant i pacífica que únicament de manera excepcional els Tribunals superiors poden fer ús de la facultat de modificar i fiscalitzar la valoració de les proves feta pel jutge de la instància, ja què aquesta facultat els hi està atribuïda únicament per a supòsits en què els elements esmentats com a revisors, ofereixin una força de convicció molt gran que a judici de la Sala manifestin un error de fet clar del jutge en l'apreciació de la prova. També la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem i d'aquesta Sala dictada en aplicació de constant doctrina jurisprudencial de la Sala Social del Tribunal Suprem de 12 de març, 3, 17 i 31 de maig, 21 i 25 de juny i 10 i 17 de desembre de 1.990, i 24 de gener de 1.991, entre moltes d'altres, ha vingut assenyalant que, davant dictàmens mèdics contradictoris, si no concorren especials circumstàncies, s'ha d'estar a la valoració realitzada pel Magistrat o la Magistrada d'instància, ateses les facultats que li atorga l' article 97.2 de la Llei processal laboral y l' article 348 de la Llei d'Enjudiciament civil, LEC. 1/2000.

En el cas present la modificació dels fets provats que postula la part, es basa en prova documental i pericial que la titular judicial va valorar de forma conjunta amb la resta d'elements de convicció aportats per les parts del procés. Informes mèdics que per altra banda no són totalment contradictoris amb la resta que obren en la prova practicada, un cop es fa abstracció de la valoració jurídica que alguns d'ells fan sobre les limitacions funcionals que les lesions assenyalades comporten per a la demandant. La valoració jurídica d'aquestes limitacions és facultat exclusiva de l'òrgan judicial al examinar la prova practicada i entendre que la mèdica de la demandant no ofereix més credibilitat que les altres proves mèdiques practicades, d'acord amb el previst en l' article núm. 97.2 de la Llei de Procediment laboral.

Quant a la modificació sobre el salari percebut el mes anterior, efectivament s'ha d'estimar la modificació del salari anterior al 2 de febrer de 2004, o sigui el salari de gener de 2004, atès que la sentència fa constar un salari net, que no correspon a la base de cotització per a accidents de treball. Quant a la base reguladora postulada per a la incapacitat permanent total derivada d'accident de treball, és la que efectivament resulta dels conceptes salarials desglossats en el fet provat sisè de la relació fàctica, de manera que s'estima afegir l'import de les bases reguladores per a les incapacitats total i parcial derivades d'accident de treball postulades.

No s'accepta extraure del tercer fonament de dret el paràgraf que postula la part recurrent, tota vegada que es considera que forma part dels raonaments de l'òrgan judicial de la instància, sense que sigui una afirmació amb valor fàctic.

En conseqüència es desestima en part aquest objecte del recurs, perquè no s'accepta treure el paràgraf del fonament de dret que postula, ni es modifica el fet provat cinquè, si be aquest darrer s'ha de completar amb les afirmacions judicials fàctiques que consten en el tercer fonament de dret respecte a què la imprompta en cordó medular de l'hèrnia discal C5-C6 i el contacte amb el sac dural i l'arrel de C7 limiten la mobilitat cervical i l'abducció en els últims graus dels braços amb parestèsies de la mà esquerra i marejos. Quant al salari del mes anterior al día 2 de febrer de 2004, efectivament s'ha d'estimar el que conforma la base de cotització per a accidents de treball del mes anterior postulat de 1912,19 euros mensuals, i l'addició de què "En conseqüència correspon la base reguladora de 2.278,05 euros per a la incapacitat permanent total i la de 1912,19 euros per a la prestació d'incapacitat permanent parcial derivada d'accident de treball."

Tercer.- El segon objecte del recurs que postula qui recorre és la denúncia de la infracció de la doctrina jurisprudencial que cita en

relació amb l' article 137. 1 de la Llei General de la Seguretat Social, el Text Refós de la qual va ser aprovat pel Reial Decret legislatiu 1/1994 de 20 de juny, abans articles núm. 37,4 i 3, i la infracció de l'article núm. 1 del Conveni núm. 159 de la OIT .. Argumenta que en el cas present es constata una patologia derivada de lesions de caracter permanent amb transcendència laboral, perquè la seva professió habitual requereix esforç físic i postural incompatible amb les lesions tal com es recull en la relació fàctica. **Les hèrnies discals són incompatibles amb les tasques fonamentals de la professió i en tot cas eleven la dificultat, la penositat i el perill propi o de terceres persones, amb cita dels peritatges tècnic i mèdic.**

El pronunciament judicial ha d'observar la definició de la incapacitat permanent de l' article 136.1 en relació amb els graus d'incapacitat de l'article 137, 4 i 3 de la Llei General de la Seguretat Social, conservats per la seva Disposició Transitòria quinta bis de la mateixa LGSS.. Aquestes normes exigeixen l'objectivació d'unes lesions que per la seva pròpia gravetat comportin determinades limitacions a qui les pateix, i que aquestes limitacions, en aquest cas físiques, en posar-se en relació amb les exigències del treball propi de la professió de l'afectat, determinin la seva ineptitud per a continuar duent a terme cap feina o aquelles tasques, principals o fonamentals de la professió, en les condicions de exigència de rendibilitat pròpia del treball per compte d'altre ( SSTS. IV de 23 i 27 de febrer i 14 de juny de 1990 per totes). Pel que fa referència als graus d'Incapacitat Permanent Parcial, segons el número 3 de l' article 137 de la Llei General de la Seguretat Social, també es refereix a la professió habitual, per la qual cosa cal declarar els esmentats graus d'incapacitat quan les lesions o seqüeles impedeixin -en el cas de la Incapacitat Total- o redueixin -en el supòsit de la Parcial- el desenvolupament de les tasques pròpies de l'activitat habitual amb la professionalitat, dedicació i constància que la relació laboral exigeix.

**En el cas present es considera que les limitacions funcionals produïdes a conseqüència de les lesions que consten provades no són determinants a per al reconeixement d'una incapacitat permanent total però sí per a la incapacitat permanent parcial per a la seva professió habitual de muntador de tubs, atesos els requeriments d'esforç i les limitacions en la mobilitat cervical en els últims graus i les parestèsies en les extremitats supèriors. La Sala entén que les lesions objectivades no li impedeixen, ara per ara, la realització de les funcions fonamentals de la seva professió, sense perjudici del tractament mèdic puntual o del períodes d'incapacitat temporal a què s'hagi de sotmetre en cas de brots o exaceració, però sí que ha de desplegar les funcions pròpies de la seva professió de forma més penosa i perillosa, que comporta una disminució en el rendiment habitual en més del 33%, atesa la descripció dels requeriments de la professió en la relació fàctica. En conseqüència aquesta Sala considera que s'ha de desestimar parcialment aquest objecte del recurs i reconèixer la incapacitat permanent parcial.**

Quart.- Per tant s'haurà de declarar el recurrent en situació d'incapacitat permanent parcial per la contingència professional d'accident de treball, atesa la fermesa de la sentència de 20 de maig de 2004 dictada pel Jutjat Social núm. 2 de Tarragona en el procediment núm. 859/04 que declarava que la situació d'incapacitat temporal posterior a l'alta mèdica de la Mútua pel sobre'esforç a l'esquena patit el dia 2 de febrer de 2004 derivava de l'accident de treball. Per tant, hem de concloure que les lesions permanents objectivades en el present procediment d'incapacitat permanent són les seqüeles i limitacions permanents derivats d'aquell sobre'esforç que va provocar la situació d'incapacitat temporal.

S'ha de condemnar doncs la Mútua Universal a abonar el recurrent la corresponent indemnització per la incapacitat permanent parcial reconeguda consistent en vint-i-quatre mensualitats de la base reguladora del mes anterior postulada en el recurs i admesa, de 1912,19 euros mensuals, sense perjudici de la responsabilitat subsidiària de l'Institut Nacional de la Seguretat Social i la Tresoreria General de la Seguretat Social, amb absolució de l'empresa.

Atesos els fonaments de dret precedents i els preceptes d'especial i general aplicació esmentats,

## FALLO

Estimar la pretensió subsidiària del recurs de suplicació plantejat pel D. ...contra la Sentència de 28 de juny de 2005 dictada pel Jutjat Social núm. 2 de Tarragona en el procediment núm. 625/2004, seguit a instància de l' esmentat Sr. recurrent contra MUTUA UNIVERSAL, l' INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL, la TRESORERIA GENERAL DE LA SEGURETAT SOCIAL i ESPAÑOLA DE MONTAJES METÁLICOS S.A., la qual revoquem. Declarar el treballador en situació d'incapacitat permanent parcial derivada d'accident de treball i condemnar la Mútua Universal-Mugenat, Mútua d'AA.TT. iMM.PP. de la Seguretat Social núm. 10 a abonar la indemnització de vint-i-quatre mensualitats a raó de la base reguladora postulada de 1912,19 euros mensuals, sense perjudici de la responsabilitat subsidiària de l'Institut Nacional de la Seguretat Social i de la Tresoreria General de la Seguretat Social, amb absolució de l'empresa.

Contra aquesta sentència es pot interposar recurs de cassació per a la unificació de doctrina, que s'ha de preparar en aquesta Sala en els deu dies següents a la notificació, amb els requisits previstos als números 2 i 3 de l'article 219 de la Llei de procediment laboral.

Notifiquen aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge

que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, el/la Magistrat/ada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.