

TSJ de Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 11-1-2011, nº 63/2011, rec. 2623/2010
Pte: Escudero Alonso, Luis José

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 17079 - 44 - 4 - 2009 - 0006080

MDT

Ilmo. Sr. FELIPE SOLER FERRER

Ilmo. Sr. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

Ilmo. Sr. MIGUEL ANGEL PURCALLA BONILLA

En Barcelona a 11 de enero 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. 63/2011

En el recurso de suplicación interpuesto por ... frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Girona de fecha 28.12.09 dictada en el procedimiento num. 274/2009 y siendo recurridos el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Fremap, Mutua Accidentes de Trabajo y E.P. de la S.S. núm.61 y Marpató, S.L. (Pronovias). Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25.02.09 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 28 de diciembre de 2009 que contenía el siguiente Fallo:

"Que, desestimando la demanda interpuesta por Doña ... contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA FREMAP y la empresa MARPATO, SL., debo absolver a los demandados de las pretensiones en su contra ejercitadas."

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

PRIMERO.- La beneficiaria demandante, nacida el 3 de mayo de 1960, está encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, como consecuencia de los trabajos prestados como modista dependiente para la empresa codemandada, que tiene cubiertos los riesgos de contingencias profesionales con la Mutua codemandada, que se subroga en las responsabilidades empresariales (hecho primero de la demanda y contestación a la misma, no controvertido).

SEGUNDO.- El día 17 de noviembre de 2006 la actora sufrió un accidente de trabajo "in itinere", consistente en un accidente de

tráfico cuando se dirigía al trabajo, causando baja médica en dicha fecha, 17 de noviembre de 2006, iniciando proceso de incapacidad temporal, derivada de accidente de trabajo, por fractura cerrada del extremo proximal de tibia y siendo dada de alta médica en fecha 10 de abril de 2007, causando nuevas bajas y altas, todas ellas relacionadas con el referido accidente de trabajo, siendo la última derivada de enfermedad común "ad cautelam" de fecha 9 de diciembre de 2008, sin que conste que haya sido dada de alta médica (hechos segundo y tercero de la demanda y partes de baja y alta médica, folios 9 a 27).

TERCERO.- Iniciado expediente de determinación de secuelas por parte de la Mutua codemandada, la actora fue reconocida por el ICAM en fecha 14 de octubre de 2008, que emitió dictamen con el diagnóstico de: "Antecedentes de poliomielitis con afectación en EID. Fractura de meseta tibial derecha bien consolidada. Secuelas álgicas" (expediente administrativo, folios 84 a 87 y dictamen del ICAM, folios 88 y 89).

CUARTO.- La Dirección Provincial del INSS, en resolución de fecha 27 de noviembre de 2008, declaró a la actora afecta de lesiones permanentes no invalidantes, derivadas de accidente de trabajo, en base a mismo diagnóstico del ICAM, con derecho a percibir una cantidad a tanto alzado de 450 euros, de cuyo pago es responsable la Mutua codemandada (hecho quinto de la demanda y resolución, obrante a folios 58 y 59).

QUINTO.- Interpuesta reclamación previa en fecha 7 de enero de 2009, fue desestimada por resolución de la entidad gestora, fechada el día 4 de febrero de 2009, por la que se ratificaba la resolución anterior (hecho sexto de la demanda, reclamación previa, folios 60 a 65 y resolución denegatoria, folio 66).

SEXTO.- La base reguladora de la prestación reclamada asciende a 14.939,43 euros anuales (contestación a la demanda por parte de la Mutua, no discutida por la actora).

SÉPTIMO.- La actora sufrió un accidente de trabajo "in itinere" en noviembre de 2006 que le provocó una fractura de meseta tibial derecha, extremidad afectada por una poliomielitis en la infancia, con pie equino residual. Intervenida quirúrgicamente, presentó una evolución tórpida, precisando de otras intervenciones quirúrgicas, hasta tres. En la actualidad la fractura está bien consolidada y el balance articular es normal, sin embargo la actora presenta dolor de carácter neuropático de características invalidantes, con mala respuesta al tratamiento. Es portadora de muletas por el dolor. Desde diciembre de 2008 sigue control en la Xarxa de Salut Mental con el diagnóstico de trastorno adaptativo con características emocionales mixtas (informes médicos de la parte actora, folios 28 a 56, 117 y 118, informes médicos de la Mutua demandada, folios 122 a 136 y periciales médicas practicadas e informe del médico forense, folio 107).

OCTAVO.- Las funciones de la actora, en tanto que modista dependiente, consisten en tomar medidas en las pruebas y realizar arreglos de los vestidos de novia y de fiesta, cortar y modificar los arreglos con la máquina y plancharlos, debiendo subir y bajar escaleras a los probadores y soportar el peso de los vestidos (certificado obrante a folio 57).

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que habiéndose dado traslado a las contrapartes este fue impugnado por la demandada Mutua Fremap, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la trabajadora demandante en los presentes autos se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que desestimó su pretensión consistente en ser declarado afecta de una incapacidad permanente total o subsidiariamente parcial para su profesión habitual de modista dependiente, derivada de las secuelas del accidente de trabajo "in itinere" que sufrió el día 17 de noviembre de 2.006, cuando prestaba servicios para la empresa codemandada, que dieron lugar a que el codemandado Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) dictase resolución declarando que no existía ningún tipo de incapacidad permanente, limitándose a lesiones permanentes no invalidantes reguladas en el artículo 150 de la Ley General de la Seguridad Social, indemnizables con la cantidad a tanto alzado de 450 euros, en concepto de cicatrices no incluidas en apartados anteriores. El presente recurso de suplicación ha sido impugnado por la codemandada Mutua Fremap, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social num. 61, responsable del pago de la prestación pedida por la actora en solicitud de que se confirme la sentencia recurrida.

La recurrente, junto con su escrito de recurso de suplicación aporta fotocopia de la carta de despido acordado por su empresa en fecha 2 de enero del 2010, por la causa objetiva del apartado a) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que demostraría que la empresa la despidió por no poder efectuar su trabajo habitual. Sin embargo, dicho documento no puede ser admitido al no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral, tanto por tratarse de una carta de un despido que se desconoce si ha sido impugnado o no por la trabajadora, y en caso de impugnación si ha sido declarado procedente, improcedente o

nulo, y por versar sobre una cuestión distinta a la de autos en que se trata del reconocimiento de una incapacidad permanente, tanto en su grado de total como de parcial, cuya revisión puede ser pedida en todo caso por la trabajadora al amparo del artículo 143.2 de la Ley General de la Seguridad Social . Por todo lo anteriormente expuesto, se desestima la inclusión en los autos del presente escrito.

SEGUNDO.- Como único motivo de recurso, formulado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral , por la trabajadora recurrente se denuncia que la sentencia recurrida infringe lo establecido en el artículo 137, apartados 4º y 3º de la Ley General de la Seguridad Social , que dan respectivamente el concepto legal de lo que se ha de entender por incapacidad permanente total para la profesión habitual, que es la que impide desempeñar todas o las fundamentales tareas de la misma y de la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, que es aquel grado de incapacidad que, sin alcanzar el grado de total, repercuten en su ejecución en al menos el 33%, limitando en ese porcentaje su capacidad laboral.

Al objeto de resolver el presente recurso de suplicación esta Sala parte del contenido de los incontrovertidos hechos declarados probados de la sentencia recurrida, que se dan aquí por reproducidos íntegramente a todos los efectos al constar ya en los antecedentes de hecho de esta resolución.

Pues bien, de dichos hecho resultan determinantes, el hecho séptimo en el que se describen las dolencias de la trabajadora y en el que se dice que sufrió un accidente de trabajo "in itinere" en noviembre de 2006 que le provocó una fractura de meseta tibial derecha, extremidad afectada por una poliometitis en la infancia, con pie equino residual. Intervenida quirúrgicamente, presentó una evolución tórpida, precisando de otras intervenciones quirúrgicas, hasta tres. En la actualidad, la fractura está bien consolidada y el balance articular es normal, sin embargo la actora presenta dolor de carácter neuropático de características invalidantes, con mala respuesta al tratamiento. Es portadora de muletas por el dolor. Desde diciembre de 2008 sigue control en la Xarxa de Salut Mental con el diagnóstico de trastorno adaptativo con características emocionales mixtas; a lo que se debería añadir, en cuanto a dolencias, el contenido del fundamento de derecho tercero, con valor de hecho probado, en el que se incluye el contenido del informe emitido por el médico forense, según el cual la trabajadora puede soportar procesos de incapacidad temporal coincidentes con episodios álgicos importantes; y todo ello con el contenido del hecho probado octavo en el que se reseñan las funciones de la actora, en tanto que modista dependienta, consisten en tomar medidas en las pruebas y realizar arreglos de los vestidos de novia y de fiesta, cortar y modificar los arreglos con la máquina y plancharlos, debiendo subir y bajar escaleras a los probadores y soportar el peso de los vestidos.

De lo anteriormente expuesto, esta Sala entiende que la recurrente no está afecta de una incapacidad permanente total para su profesión habitual de modista dependienta, ya que no queda impedida para realizar todas o las fundamentales tareas de la misma que en gran medida se hacen estando sentada razón por la que la sentencia recurrida no ha infringido lo establecido en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social . Sin embargo, sus importantes lesiones en la extremidad inferior derecha, con importantes algias reconocidas por el médico forense, que le obligan a caminar ayudada de bastón, han de tener incidencia suficiente, superior al 33%, en el ejercicio de buena parte de sus funciones, tales como tomar medidas de las prendas, plancharlas, subir y bajar escaleras, soportar el peso de los vestidos, etc., de manera que ha de ser declarada afecta de una incapacidad permanente parcial del artículo 137.3 de la LGSS , con derecho a percibir una indemnización de 24 mensualidades de su base reguladora anual de 14.939,43 euros.

Por todo lo anteriormente expuesto procede que, previa la estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora, se le reconozca afecta de una incapacidad permanente parcial para su profesión habitual en los términos que se dirán en la parte dispositiva de esta resolución.

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

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Doña ... contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social num. 3 de Girona en fecha 28 de diciembre de 2.009, recaída en el procedimiento 274/2009, seguidos en virtud de demanda formulada por la recurrente contra MUTUA FREMAP, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y contra la empresa MARPATO, S.L. (PRONOVIAS), en solicitud de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida declarándola afecta de una incapacidad permanente parcial para su profesión de modista dependienta condenando a MUTUA FREMAP a que le abone la cantidad a tanto alzado de 29.878,86 euros, absolviendo a los demás codemandados, sin perjuicio de sus responsabilidades legales. Sin costas.

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 ésta 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 .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita, intente interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, consignará como depósito la cantidad de 300 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, num. 47, núm. 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), núm. 0965 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 el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.