

**Secció IV. Procediments judicials****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CANARIAS. SALA DE LO SOCIAL****9680*****Demanda 983/2008*****SENTENCIA**

Ilmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./D^a. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ

Magistrados

D./D^a. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZD./D^a. RAMÓN TOUBES TORRES (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de Noviembre de 2013.

En el recurso de suplicación interpuesto por FRATERNIDAD MUPRESA contra sentencia de fecha 10 de noviembre de 2010 dictada en los autos de juicio nº 983/2008 en proceso sobre Prestaciones, y entablado por Dña. MARIA TERESA BAEZ MOLINA contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FRATERNIDAD MUPRESA, GREEN SERVICE S.A., ADMINISTRACIÓN CONCURSAL GREEN SERVICE, HOSTMANEX SL, MUTUA BALEAR MATEPSS Nº 183 y ADMINISTRACIÓN CONCURSAL HOSTMANEX S.L..

El Ponente, el Ilmo. Sr. D. RAMÓN TOUBES TORRES, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1.- La parte actora está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social siendo su profesión habitual la de camarera de pisos.

Sufrió accidente de trabajo en fecha de 09/12/2007 mientras prestaba sus servicios para la empresa GREEN SERVICE SA. La empresa, al corriente de pago, tiene concertado el riesgo derivado de accidente de trabajo con la MUTUA FRATERNIDAD (no negado).

La actora fue dado de alta el 06-05-2008, dicha alta ha sido impugnada (d.8 y d.12 de la actora) .

2.- La Mutua inició la vía administrativa , dictando resolución la Dirección Provincial del INSS en fecha 29-05-2008 en la que se consideraba al actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes con derecho a percibir la indemnización correspondiente a cargo de la MUTUA.

3.- La parte actora interpuso reclamación previa, petición que fue desestimada .

4.- La base reguladora de la prestación por incapacidad permanente parcial es de 1236'17 euros y de la del total 41'21 euros diarios . La hipotética fecha de efectos el 06-05-2008 (no negado y d.2 de la MUTUA FRATERNIDAD).

5.- La parte actora padece las siguientes patologías derivadas del citado accidente: LIMITACION DE LA MOVILIDAD EN EL CODO DERECHO TRAS FRACTURA DE LA CABEZA DEL RADIO DERECHO POSTRAUMATICA . DISMINUCION DEL 40% DE LA FLEXION Y 20 PARA LA EXTENSION EN PERSONA DIESTRA .(d.13 de la actora)

6.- HOSTMATEX se subrogó en los derechos y obligaciones de GREEN SERVICE que tenía concertadas las contingencias profesionales con MUTUA BALEAR (no negado)

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: *“Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por MARIA*



TERESA BAEZ MOLINA contra INSS, TGSS, MUTUA FRATERNIDAD, MUTUA BALEAR, GREEN SERVICE SA, ADMINISTRACION CONCURSAL GREEN SERVICE SA, HOSTAMEX SL, ADMINISTRACION CONCURSAL DE HOSTAMEX SL en reclamación por invalidez debo de declarar y declaro al actor en situación de incapacidad permanente parcial con derecho al percibo de 24 mensualidades de su base reguladora de 1236'17 euros mensuales condenando a la MUTUA FRATERNIDAD al abono de la citada cantidad debiendo pasar el resto de los codemandados por tal declaración, absolviendo a MTUA BALEAR."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante, vigilante jurado, solicitaba la declaración de incapacidad permanente parcial. La sentencia de instancia estimó su pretensión, alzándose frente a la misma mediante el presente recurso de suplicación la Mutua Fraternidad, articulado a través de motivos de censura jurídica. El recurso ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral alega la parte recurrente la infracción del artículo 137 de la LGSS.

Dispone la LGSS/94 art.136.1 que en su modalidad contributiva, 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 previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. No obstante lo establecido en el párrafo anterior, no será necesario el alta médica para la valoración de la invalidez permanente en los casos en que concurren secuelas definitivas. También tendrá la consideración de invalidez permanente en el grado que se califique, la situación de incapacidad que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración señalado para la misma en el apartado a) del número 1 del artículo 128, salvo en el supuesto previsto en el segundo párrafo del número 2 del artículo 131 bis, en el cual no se accederá a la situación de invalidez permanente hasta tanto no se proceda a la correspondiente calificación.

En interpretación de este precepto la doctrina judicial ha venido a determinar las notas características de esta situación según los siguientes elementos: 1. Que las reducciones anatómicas o funcionales sean objetivables (susceptibles de determinación objetiva), es decir, que se puedan constatar médicamente de forma indudable, no basándose en la mera manifestación subjetiva del interesado; 2. Que sean previsiblemente definitivas, esto es, incurables, irreversibles; siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez permanente, ya que, al no ser la medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad; 3. Que las reducciones sean graves, desde la perspectiva de su incidencia laboral, hasta el punto de que disminuyan o anulen su capacidad laboral en una escala gradual que va desde el mínimo de un 33% de disminución en su rendimiento normal para la profesión habitual –incapacidad permanente parcial–, o la que impide la realización de todas o las fundamentales tareas de la misma –incapacidad permanente total–, hasta la abolición de la capacidad del rendimiento normal para cualquier profesión u oficio que el mercado laboral pudiera ofrecer –incapacidad permanente absoluta–.

Respecto a los grados de incapacidad permanente regulados en la LGSS/94 art.137, han de valorarse las limitaciones funcionales más que la índole y naturaleza de los padecimientos que las originan, pues son las limitaciones y no las lesiones en sí mismas las que van a impedir a una persona desarrollar un concreto trabajo o todos ellos, pues unas limitaciones pueden resultar determinantes de la imposibilidad de realizar una tarea, e implicar una incapacidad, y ser intrascendentes para otra profesión, a pesar de derivar de las mismas lesiones. Junto a ello, debe tenerse en cuenta no la posibilidad teórica y abstracta de realizar un trabajo, sino la realidad concreta del enfermo y su capacidad residual, pues la realización de una actividad laboral, por liviana que sea, incluso las sedentarias, sólo puede consumarse mediante la asistencia diaria al lugar de trabajo y la permanencia en el mismo durante toda la jornada laboral, y debe poder realizarse con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, actuando de acuerdo con las exigencias, de todo orden, que comporta la integración en una empresa, en régimen de dependencia de un empresario, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros, por cuanto no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles esos mínimos de dedicación, diligencia y atención que son indispensables en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, salvo que se den un singular afán de superación y espíritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario pues, de no coincidir ambos, no cabe mantener como relaciones laborales normales aquellas en las que se ofrezcan tales carencias.

En cuanto a los grados de incapacidad, limitándonos a la parcial que se ventila en este pleito, es definido por la LGSS/94 art.137 diciendo que es la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. El techo por arriba es que las consecuencias de las secuelas no impidan el desempeño de todas o las fundamentales tareas de su profesión y por abajo que la disminución de rendimiento sea inferior o superior al porcentaje expresado. Respecto de la delimitación con la incapacidad permanente total suele ser, en general, clara desde un punto de vista objetivo. Mayores dificultades presenta el segundo elemento definidor, porque no sólo entran en juego factores cuantitativos (con relación al propio trabajador antes del accidente, con relación a otros trabajadores de su misma categoría profesional etc.), como cualitativos (mayor dificultad, penosidad, peligrosidad, etc.) y aun con los que constituyan lesiones permanentes no invalidantes, cuando éstas tengan





sustantividad propia (LGSS/94 art.152). Así pues 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 de rendimiento y ello requiere prueba específica al respecto poniendo en relación secuelas y actividad laboral.

Pues bien, en este caso se ha podido constatar la existencia de una serie de limitaciones de la actora consistentes en: LIMITACION DE LA MOVILIDAD EN EL CODO DERECHO TRAS FRACTURA DE LA CABEZA DEL RADIO DERECHO POSTRAUMATICA . DISMINUCION DEL 40% DE LA FLEXION Y 20 PARA LA EXTENSION EN PERSONA DIESTRA. A la vista de tales deficiencias, en el informe pericial que el Magistrado tuvo en cuanto para determinar su existencia, las limitaciones son las afectantes a aquellos trabajos que requieren realizar movimientos forzados del codo derecho, brazo dominante, como coger, levantar, transportar cargas y trabajos bimanuales. A la vista de tales limitaciones es evidente que dicha limitación es superior en mas de una tercera parte para el desarrollo de las funciones propias de limpiadora, que implican barre o limpia con aspiradora, lavar suelos, hacer camas, limpiar cocinas, fregar cacharros, etc. El informe pericial tenido en cuenta por el Magistrado es claro acerca de dicha afectación, de manera que siendo correcto el criterio seguido por el Magistrado de instancia, ha de desestimarse el recurso.

TERCERO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral procede hacer los pronunciamientos pertinentes respecto de las costas causadas en el recurso

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por MUTUA FRATERNIDAD frente a la sentencia de fecha 25-10-10, del Juzgado de lo Social nº 8 en procedimiento nº 983/2008 en proceso sobre PRESTACIONES, que confirmamos.

Se condena en costas a la recurrente, incluyéndose los honorarios de la letrada del actor impugnante, los cuales se estiman en 300 euros.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de esta Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **Recurso de Casación unificación de doctrina**, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el **importe de la condena**, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en la entidad de crédito de BANESTO c/c nº 3537/0000/37/1990/11, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

0030-1846-42-0005001274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Remítase testimonio a la Fiscalía de este Tribunal y librese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN DEL/DE LA SECRETARIO/A JUDICIAL

D. /Dña. MARIA BELÉN ZAPATA MONGE

En Las Palmas de Gran Canaria, a 22 de mayo de 2014.

Habiéndose utilizado los medios oportunos para la investigación del domicilio, incluida la averiguación a través del Punto Neutro Judicial y



resultando estos infructuosos sin que conste el domicilio de HOSTMANEX, S.L. e ignorandose su paradero, procédase a notificar la resolución por medio de edictos, **insertando un extracto suficiente de la sentencia, así como de la presente resolución**, en el Boletín Oficial de la Provincia, con la advertencia de que las siguientes comunicaciones se harán fijando copia de la resolución o de la cédula en la oficina judicial, por el medio establecido al efecto, salvo el supuesto de la comunicación de las resoluciones que deban revestir forma de auto o sentencia, o de decreto cuando ponga fin al proceso o resuelva un incidente, o cuando se trate de emplazamiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días ante este/a Secretario/a Judicial.

Lo acuerdo y firmo. Doy fe.

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL

