

Roj: STSJ MU 260/2011
Id Cendoj: 30030340012011100087
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Murcia
Sección: 1
Nº de Recurso: 823/2010
Nº de Resolución: 110/2011
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: RUBEN ANTONIO JIMENEZ FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

INCAPACIDAD PERMANENTE

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00110/2011

UNIDAD PROCESAL AYUDA DIRECTA

PASEO GARAY, 7. PLANTA 2

Tfno: 968229215-18

Fax:968229213

NIG: 30030 34 4 2010 0100824

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000823 /2010

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEM : 0000795 /2009 del JDO. DE LO SOCIAL nº: 005

Recurrente/s: Demetrio

Abogado/a: MARÍA DOLORES SÁNCHEZ GUILLÉN

Procurador:

Graduado Social:

Recurrido/s: TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A., MUTUA LA FRATERNIDAD-MUPRESPA , I.N.S.S. , T.G.S.S.

Abogado/a: ANTONIO PEDRO MOLINA GARCIA, MARIA DOLORES BARCELO SEMPERE

Procurador:

Graduado Social:

En MURCIA, a veintiuno de Febrero de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos Sres D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el *art. 117.1* de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Demetrio , contra la sentencia número 0443/2010 del Juzgado de lo Social número 5 de Murcia, de fecha 15 de Junio , dictada en proceso número 0795/2009, sobre **ACCIDENTE DE TRABAJO** , y entablado por Demetrio frente a **TELFÓNICA DE ESPAÑA SA; MUTUA LA FRATERNIDAD-MUPRESA; INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figuran declarados los siguientes hechos probados: "PRIMERO.- El demandante D. Demetrio , con DNI NUM000 , nacido el 22/04/1960, se encuentra afiliado en el Régimen General de .la Seguridad Social como consecuencia de los servicios prestados como operador de equipos en centrales de Telefónica. SEGUNDO.- Sufrió un accidente de trabajo el 10/05/1999 cuando prestaba sus servicios laborales para la empresa, iniciando un proceso de incapacidad temporal con el diagnóstico de Esguince de tobillo derecho, siendo dado de alta el 09/07/1999. Con fecha 15/05/2000 volvió a sufrir el Sr. Demetrio lesión en el tobillo referido, iniciando una nueva baja con el mismo diagnóstico el 16/05/2000, necesitando ser intervenido el 27/07/2000 de roturas longitudinales de tendones peronéos derechos, siendo dado de alta el 06/02/2001, y nuevamente de baja por intervención de tendones peronéos el 11/05/2001, volviendo a ser reintervenido nuevamente de estabilidad crónica de peronéos. TERCERO.- Por el Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia fue dictada sentencia con fecha 18/03/2004 en la que era declarado el Sr. Demetrio incapaz permanente parcial para su profesión habitual, condenando al pago de la indemnización a la Mutua la Fraternidad, fundamentándose la declaración en que las lesiones derivadas del accidente limitan en un porcentaje igual o superior al 33 por 100 en la realización de una actividad laboral que requieren deambulación prolongada, subir y bajar escaleras, conducción de vehículo, manejo de equipos pesados, o posturas forzadas con los tobillos. CUARTO.- Fue iniciado expediente administrativo a instancias del actor. Dictándose resolución por el INSS de fecha 20/01/2009 en la que se desestimaba la declaración de incapacidad permanente por no observarse limitaciones susceptibles de incapacidad permanente en ninguno de sus grados. QUINTO.- Fue interpuesta reclamación administrativa previa por el Sr. Demetrio , la que fue desestimada por resolución de 23/03/2009. SEXTO.- La base reguladora asciende a 30.272,98 Euros anuales. SÉPTIMO.- El Sr. Demetrio padece: tenosinovitis crónica de tendones peronéos poliintervenida, inestabilidad crónica lateral del tobillo derecho, y espondilosis lumbar. Presentando esguinces de repetición, episodios de trocanteritis aguda con dolor en cadera izquierda, y episodios de lumbalgia. Se encuentra limitado para tareas que requieran bipedestación mantenida, deambulación prolongada, apoyo monopodal persistente, subir y bajar escaleras, andar por terrenos irregulares,' posturas forzadas de tobillo derecho, cuclillas, manejos de pesos y conducción de vehículos"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Desestimar la demanda promovida por D. Demetrio , y en consecuencia, procede absolver de la misma a la Mutua La Fraternidad, al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a la Tesorería General de la Seguridad Social, así como a la empresa Telefónica de España S.A.U."

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la Letrada doña María Dolores Sánchez Guillen, en representación de la parte demandante, con impugnación del Letrado don Antonio Pedro Molina García en representación de la empresa y, de la Letrada doña María Dolores Barceló Sempere, en representación de la Mutua demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO .- La sentencia de fecha 15 de junio del 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Murcia en el proceso 795/09, desestimó la demanda deducida por d. Demetrio contra el INSS, la TGSS, la empresa Telefónica de España y la Mutua Fraternidad Muprespa, en solicitud revisión de la incapacidad permanente parcial reconocida por sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia, de fecha 18/3/2004 y reclamación de prestaciones por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo.

Disconforme con la sentencia, el actor interpone recurso de suplicación, solicitando, tanto la revisión de los hechos declarados probados (*artículo 191.b*) de la LPL), como la revocación de la sentencia, para que se dicte otra estimatoria de la demanda, por la vulneración del *artículo 143.3*, en relación con la determinación de la base reguladora y del *artículo 137.4*, en relación con el *143*, en cuanto no le declara afecto de incapacidad total.

Tanto la empresa Telefónica de España SAU, como la Mutua demandada se muestran contrarias al recurso, habiéndolo impugnado.

FUNDAMENTO SEGUNDO .- Al amparo del *apartado b del artículo 191 de la LPL*, se solicita la revisión de los hechos declarados probados que afecta a los ordinales sexto y séptimo.

El apartado sexto refleja el importe de la base reguladora, en cuantía de 30.272,98 euros. Se propone su revisión para reflejar como cuantía la de 36.889,2 euros, con apoyo documental adecuado en la certificación de la empresa acerca de las bases de cotización del periodo enero 2003 a febrero 2009, pero la modificación que se solicita no puede prosperar por carecer de relevancia para alterar el sentido de la sentencia, sin perjuicio de que esta sala deba de retener como datos de hecho que la base de cotización por la contingencia de accidente de trabajo, correspondiente al mes de Enero del 2007 (mes anterior al inicio de la situación de IT de la que el actor proviene) fue de 2.969,86 euros, que la base de cotización por la misma contingencia correspondiente al mes de Diciembre del 2008 ascendió a 3.074,10 euros, el mismo importe que la de enero del 2009, así como de la del mes de febrero del 2008, en el que se extinguió la situación de IT, por agotamiento de su plazo máximo de duración).

El apartado sexto de los hechos declarados probados refleja las lesiones y limitaciones funcionales que el actor presenta en los siguientes términos: "tenosinovitis crónica de tendones peroneos poliintervenida, inestabilidad crónica lateral del tobillo derecho, y espondilosis lumbar. Presentando esguinces de repetición, episodios de trocanteritis aguda con dolor en cadera izquierda, y episodios de lumbalgia. Se encuentra limitado para tareas que requieran bipedestación mantenida, deambulacion prolongada, apoyo monopodal persistente, subir y bajar escaleras, andar por terrenos irregulares, posturas forzadas de tobillo derecho, cuclillas, manejos de pesos y conducción de vehículos".

Se propone redacción alternativa que difiere de la judicial, en hacer constar que la coxalgia y la lumbalgia son permanentes, en lugar del carácter episódico que refiere la versión judicial y que las lesiones condicionan un apoyo incorrecto del pie afectado por la deambulacion y una disfunción en la extensión del pie, con tendencia a la supinación que ha condicionado sobrecarga en MII y marcha de talones claudicante. La ampliación pretendida no puede prosperar, en cuanto al carácter episódico de la lumbalgia y coxalgia, porque la convicción judicial se fundamenta en el propio historial clínico y pruebas objetivas de diagnóstico (RNM, EMG), informe medico de síntesis e informe pericial solicitado por el Juzgador de instancia que dejan constancia de la ausencia de lesiones en cadera y columna y que los dolores no son permanentes; en cuanto al resto de la ampliación solicitada, por ser compatible con la versión judicial y carecer de relevancia para alterar el sentido de la sentencia, como mas adelante se razonará.

Se pretende, asimismo, ampliar el relato judicial para reflejar las actividades que son propias de la profesión habitual del trabajador demandante, ampliación que no puede prosperar, por carecer de trascendencia para alterar el sentido de la sentencia y porque se encuentra implícita en el contenido de la profesión habitual del trabajador.

El primer motivo del recurso, por lo expuesto, debe de ser rechazado.

FUNDAMENTO TERCERO .- Al amparo del *apartado c) del artículo 191 de la LPL*, el actor denuncia la vulneración del *artículo 137.4 en relación con el 143* de la LPL, en cuanto la sentencia recurrida no accede a la revisión del grado de incapacidad reconocido en el año 2004 y no le declara afecto de incapacidad permanente total.

El Juzgador de instancia fundamenta el rechazo a la revisión pretendida en que las lesiones que el trabajador presenta en la actualidad son las mismas que dieron lugar, en el año 2004, a la declaración de incapacidad parcial y que las mismas y la situación funcional del trabajador no ha experimentado agravación suficiente. Esta sala debe de confirmar el criterio del Juzgador de instancia, pues, de conformidad con los términos del *artículo 143.2 de la LGSS*, la revisión del grado de incapacidad reconocido con anterioridad, exige, como requisito previo, agravación o mejoría, pues de lo contrario no cabe una nueva calificación del grado de incapacidad, en el presente caso, por el efecto de cosa juzgada de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3, que declaró al actor afecto de incapacidad permanente parcial. Puestas en comparación las

lesiones que en el año 2004 dieron lugar a la declaración de incapacidad parcial (inestabilidad de tendones perineos, reintervenido, flexión plantar e 10º, flexión dorsal de 10º, subastragalina libre, dolor a palpación perimaleolar) y las que presenta en la actualidad (tenosinovitis crónica de tendones perineos poliintervenida, inestabilidad crónica lateral del tobillo derecho, esguinces de repetición, espondilosis lumbar, con episodios de trocanteritis aguda con dolor de cadera izquierda y episodios de lumbalgia) y a la vista del informe pericial solicitado por el Juzgador de instancia, hay que concluir que las limitaciones funcionales que el actor presenta, en la actualidad, en el tobillo derecho son las mismas que presentaba en el año 2004, derivadas de la inestabilidad y limitación de movimientos de dicha articulación que da lugar a frecuentes esguinces; los episodios de lumbalgia y dolor de cadera, motivados por el apoyo irregular, no tienen carácter permanente y no evidencia la aparición de lesiones en la columna o en la cadera, como resulta de las pruebas objetivas de diagnóstico efectuadas (RNM y EMG).

La lesión que el actor presenta en el tobillo derecho, generadora de inestabilidad de tal articulación se puede compensar con el uso de prótesis ortopédicas que fijen la articulación y, en cuanto a afectan a la deambulación prolongada, adopción de postura forzada de flexión del tobillo, apoyo monopodal, subir y bajar escaleras, andar por terrenos irregulares, carga de pesos o la conducción, comportan una dificultad para llevar a cabo las tareas que caracterizan a la profesión habitual del trabajador demandante, pero no una imposibilidad para su realización, siendo ello determinante de la limitación de rendimiento que ha ya sido valorada como constitutiva de incapacidad parcial. La situación funcional del tobillo derecho del actor es mejor que la que tendría lugar en el caso de que, para dar solución a la inestabilidad, se procediera a la fijación de tal articulación mediante la práctica de artrodesis.

El rechazo de la denuncia que se formula por la infracción de los *artículos 137 y 143*, determinante de que esta sala confirme la decisión de instancia en relación con la improcedencia de la revisión del grado de incapacidad que ha sido solicitada, hace innecesario analizar la denuncia que se formula en relación con el cálculo de la base reguladora, para el cual habrá que estar al salario real del actor en la fecha que deba de entenderse como de producción del accidente, con aplicación de las reglas contenidas en el D 22/6/1956, declaradas en vigor por la *disposición transitoria 1 del D 1646/1972*.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por Demetrio , contra la sentencia número 0443/2010 del Juzgado de lo Social número 5 de Murcia, de fecha 15 de Junio , dictada en proceso número 0795/2009, sobre **ACCIDENTE DE TRABAJO** , y entablado por Demetrio frente a **TELEFÓNICA DE ESPAÑA SA; MUTUA LA FRATERNIDAD-MUPRESA; INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

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

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el **B** anesto, cuenta número: 3104000066082310, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese 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 y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de

la personación, la consignación de un depósito de trescientos euros (300 euros), en la entidad de crédito **Banesto**, cuenta corriente número 3104000066082310, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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