

23 DE ENERO DE 2020

**T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1
BURGOS**

SENTENCIA: 00036/2020

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 782/2019

Ponente Ilma. Sra. D^a. Raquel Vicente Andrés

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

***SALA DE LO SOCIAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS***

SENTENCIA N^o: 36/2020

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilma. Sra. D^a. Raquel Vicente Andrés

Magistrada

Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez Illade

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a veintidós de Enero de dos mil veinte.

En el recurso de Suplicación número **782/2019** interpuesto por
, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo
Social nº 3 de Burgos en autos número 271/19 seguidos a instancia de la
recurrente, contra **MUTUA MUTUAL MIDAT CYCLOPS, INSTITUTO
NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA
SEGURIDAD SOCIAL y ACCIONA SERVICIOS FERROVIARIOS**, en
reclamación sobre Contingencia. Ha actuado como Ponente la **Ilma. Sra. D^a
Raquel Vicente Andrés** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada
demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en

los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 2 de septiembre de 2019 cuya parte dispositiva dice: "DESESTIMO la demanda formulada por DOÑA contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA MUTUAL MIDAT CYCLOPS y a quienes absuelvo de las pretensiones deducidas en su contra en este proceso".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: "PRIMERO.- La demandante,, con D.N.I. nº nació el, está afiliada en el Régimen General de la Seguridad Social con el nº, de profesión Limpiadora.

SEGUNDO.- En fecha 16-11-2015, cuando prestaba servicios para, sufrió un accidente laboral, iniciando situación de IT, siendo dada de alta con posteriores recaídas, dictándose sentencia por este Juzgado en fecha 24-1-2018, confirmada por la sentencia del TSJ de Castilla y León de 9-5-2018, en la que se declaró que el proceso de iniciado por la actora el 27-10-2016 derivaba de accidente de trabajo, cuyo contenido obrante en los documentos 5 y 6 del expediente administrativo, se da por reproducido.

TERCERO.- Por Resolución del INSS de 13-8-2018, se reconoció a la actora afecta de Lesiones Permanentes No Invalidantes, con un importe de 990 euros, siendo responsable del pago MC MUTUAL MIDAT CYCLOPS.

CUARTO.- Iniciado expediente en solicitud de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, se emitió dictamen propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades en fecha 23-8-2018.

Por resolución de 24-8-2018, la Entidad Gestora deniega la prestación solicitada, habiendo sido valoradas las secuelas como lesiones permanentes no invalidantes, conforme a baremo. Contra la citada resolución se interpuso reclamación previa el día 11-10-2018 por la MUTUA MUTUAL MIDAT CYCLOPS, y en la fase de alegaciones, la actora presenta escrito en fecha 8-11-2018, en el que interesa se la declare afecta de incapacidad permanente total o subsidiariamente parcial, la cual fue desestimada por resolución de 19-11-2018.

QUINTO. La actora estuvo en Incapacidad Temporal desde el 21- 9-2016 y actualmente se encuentra en desempleo.

SEXTO.- La demandante presenta el siguiente cuadro clínico residual: "Rotura parcial del TSE hombro derecho. Afectación del nervio torácico largo derecho" Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: "Omalgia derecha persistente con balance articular disminuido globalmente aunque conservada más del 50% de movilidad (extremidad rectora). Balance muscular disminuido. Mononeuropatía periférica de carácter axonal e intensidad moderada en seguimiento por Unidad del Dolor. Limitación para actividades que requieran elevación y mantenimiento del brazo por encima de la horizontal y movimientos repetitivos".

SEPTIMO.- A la exploración presenta balance articular del hombro derecho flexión y aducción por encima de 100° pero no aguanta la postura por el dolor. Rotaciones más limitadas.

OCTAVO.- Las tareas que realiza la demandante como Limpiadora son las propias de su profesión, consistentes en barrer, fregar, limpiar el polvo, limpieza de muebles, cristales, vaciado de papeleras, para lo cual utiliza bayetas, escobas, fregonas, escaleras...

NOVENO.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 1.363,20 euros mensuales para la Incapacidad permanente Total y a 1375,75 euros para la Incapacidad Permanente Parcial.

DECIMO.- Por Resolución de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla León se reconoció al actor a un grado de discapacidad del 47% desde el 16-4-2015, Por limitación funcional bimanual por osteoartrosis localizada de etiología degenerativa 6%, limitación funcional en MSD artropatía de etiología traumática 12%, limitación funcional bipodal por osteoartrosis localizada de etiología degenerativa 7%, trastorno de ansiedad generalizada no filiada 25%.

UNDECIMO.- Según informe de biomecánica aportado por la demandante, presenta amplitud de los movimientos activos del hombro derecho deficitaria, a expensas de la flexión 140° siendo lo normal 180° y la abducción 135° siendo lo normal 180° (folios 58 a 60 del expediente administrativo)".

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la parte actora, habiendo sido impugnado por Mutua Mutual Midat Cyclops. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 b de la LRJS se interesa revisión del hecho probado séptimo

A la exploración presenta balance articular del hombro derecho flexión y abducción por encima del 100° pero no aguanta la postura por el dolor, rotaciones más limitadas. In embargo en la biomecánica efectuada por la empresa umana en fecha 4 4 2018 con posterioridad a la exploración física y que objetiva de forma más precisa las limitaciones de balance articular de la trabajadora, se indica que la flexión está limitada a 77° (lo que supone una limitación del 57%) la abducción está limitada a los 71,6 ° lo que supone una limitación del 20,4 % y que la rotación externa se haya limitada a 28° lo que supone una limitación del 69%.

Son requisitos para que surta efecto la revisión:

a) Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder.

b) Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio.

c) Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que se deduzca de forma patente, evidente, directa e incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medios de prueba.

d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez «a quo» en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.

e) El error debe ser concreto, evidente y cierto, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, ni puede basarse en documentos o pericias a las que se hayan opuesto documentos o pericias por la otra parte, precisándose, por ello, de una actividad de ponderación por parte del juzgador. –Sentencias de 13 de marzo (AS 2003\2815), 2 de octubre, 4 y 6 de noviembre de 2003 (JUR 2004\88558), entre otras muchas.

En el caso de autos la revisión no se admite por cuanto contiene elementos negativos y valorativos , habiendo ya examinado la juzgadora de instancia la documental que se cita sin que se aprecie error valorativo directo o palpario.

Se interesa revisión de hechos probados. “ Las tareas que realiza la demandante como limpiadora son las propias de su profesión, consistentes en barrer, fregar, limpiar el polvo, limpieza de muebles , cristales, vaciado de papeleras, para lo cual utiliza bayetas escobas, fregonas, escaleras... aspirar. Dichas tareas implican movimientos repetitivos que han agravado las lesiones y dolencias que padecía la trabajadora en la zona del hombro

La revisión no se admite por cuanto contiene elementos valorativos que no pueden tener cabida en el relato fáctico.

Con relación al hecho probado undécimo se interesa la siguiente redacción Según informe de biomecánica de fecha 18. 10 2016 aportado por la demandante presentaba en dicha fecha, amplitud de movimientos activos del hombro derecho deficitarios a expensa de la flexión 140º siendo lo normal 180 º y la abducción 135º siendo lo normal 180º (folios 58 a 60 del expediente administrativo. El mismo informe indica también fotogravimetría en relación con la elevación del brazo deficitario de 163 º segundo siendo lo normal una velocidad mayor d 253 así como una pérdida de fuerza del 61 º del h ombro derecho en relación al izquierdo. Dicho informe finaliza indicando que el hoombro derecho de la trabajadora se muestra limitado para realizar tareas que requieran elevar el hombro por encima de la horizontal , realizar movimientos repetitivos a desarrollar fuerza. Según el informe de biomecánica aportado por la demandandante de fecha 4 4 2018 l trabajadora tiene una limitación funcional articular el hombro derecho elevado en los movimientos de flexión y rotación externa y cuantifica la limitación funcional global del hombro derecho del 38, 9 % así como una pérdida de fuerza del 56,8%.

La revisión no se admite por cuanto contiene elementos valorativos que no pueden tener cabida en el relato fáctico.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 193 c se interesa revisión por infracción del art. 194 de l LGSS. ARTS 222 DE LA LEC y 281 . 4 de la cosa juzgada.

No concurre identidad de objeto o pretensión por lo que no cabe hablar de cosa juzgada ni de litispendencia .

Se interesa revisión por infracción del art. 34 de la ley 42 /1994 .

La actora de profesión habitual limpiadora tiene como patología rotura parcial del TSE hombro derecho, afectación del nervio torácico largo derecho. Limitaciones Omalgia derecha con balance articular disminuido globalmente aunque conservada más del 50 por cien de movilidad. Balance muscular disminuido mononeuropatía periférica de carácter axonal e intensidad moderada en seguimiento por unidad del dolor. Limitación para actividades que requieran elevación y mantenimiento del brazo por encima de la horizontal y movimientos repetitivos.

Se entiende por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual 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 las tareas fundamentales de la misma. Dadas las evidentes dificultades en cuanto a la determinación del porcentaje de disminución del rendimiento, la Jurisprudencia tiene señalado que ha de tomarse el mismo como índice aproximado, sin exigir prueba determinante de la severidad de la lesión, como indicación de que no es ésta, sino la merma, quebranto o disminución de la capacidad de trabajo lo que se indemniza, si bien también tiene señalado que, para que nos hallemos dentro de este grado incapacitante, el rendimiento ha de experimentar una reducción sensible, o suficientemente acusada, grave y manifiesta; así como que también resulta incapacitante en este grado la lesión que, sin impedir al trabajador los quehaceres de su oficio, le produce un menor rendimiento incluso cualitativo, o exige una mayor penosidad, o causa una mayor peligrosidad, o cuando el trabajador ha de emplear un esfuerzo físico superior. Similares problemas encierra la determinación de lo que deba entenderse por «profesión habitual», lo que, se refiere, no al concreto puesto de trabajo, ni a la concreta categoría profesional, sino al contenido de la profesión en su conjunto, lo que deberá tenerse en cuenta al valorar el estado del trabajador.

Entendemos que la actora presenta patología que la hace merecedora de situación de incapacidad parcial, debiendo en este punto revocarse la sentencia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso contra la sentencia fecha 2 de septiembre de 2019. En autos número 271/2019 sobre invalidez, reconociendo a la actora el derecho a una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades calculada sobre su base reguladora de 1375.75 euros y, condenando a las partes demandadas a estar y pasar por lo declarado con los efectos inherentes a ello. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Entidad Bancaria Santander, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en cualquiera de sus sucursales, incluyendo en el concepto los dígitos 1062.0000.65.0782.19.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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