



Roj: STSJ CL 937/2013 - ECLI: ES:TSJCL:2013:937

Id Cendoj: 09059340012013100155

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Burgos

Sección: 1

Fecha: 03/04/2013

Nº de Recurso: 122/2013

Nº de Resolución: 142/2013

Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION

Ponente: ANA SANCHO ARANZASTI

Tipo de Resolución: Sentencia

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

BURGOS

SENTENCIA: 00142/2013

RECURSO DE SUPPLICACIÓN Num.: 122/2013

Ponente Ilma. Sra. D^a. Ana Sancho Aranzasti

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA N^o: 142/2013

Señores:

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

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilma. Sra. D^a. Ana Sancho Aranzasti

Magistrada

En la ciudad de Burgos, a tres de Abril de dos mil trece.

En el recurso de Suplicación número **122/2013** interpuesto por DON Sebastián , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, en autos número 533/2012, seguidos a instancia del recurrente, contra , el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación sobre Invalidez. Ha actuado como Ponente la **Ilma. Sra. D^a Ana Sancho Aranzasti**, 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 26 de diciembre de 2012 cuya parte dispositiva dice: Que desestimando la demanda presentada por DON Sebastián , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA



SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo declarar y declaro no haber lugar a lo solicitado absolviendo a dichos Organismos demandados de los pedimentos contenidos en la demanda.

SEGUNDO .- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: **PRIMERO**.- DON Sebastián nacido el día NUM000 de 1.974, se halla afiliado a la Seguridad Social Régimen General, con el número NUM001 , siendo su profesión habitual la de Jefe de Equipo de Industria. **SEGUNDO**.- Por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 9 de marzo de 2.012 se declaró al actor afecto de Incapacidad Permanente en grado de Total para su profesión habitual. **TERCERO**.- Formulada Reclamación Previa fue desestimada por Resolución de fecha 18 de mayo de 2.012. **CUARTO**.- La base reguladora asciende a la cantidad de 2.006,28 mensuales. **QUINTO**.- El actor, diagnosticado de Síndrome de Menière Bilateral y Cuadro Vertiginoso constante, presenta las siguientes dolencias: -Informe Doctor Arturo (27/04/11): Audiometría: OD Hipoacusia Mixta de predominio perceptivo con caída de frecuencias agudas a partir de 20 HZ; En OI moderada caída en 4 y 8 KHZ. VOG (02/02/11): Sin alteraciones. TAC OI (14/12/10): Masa de partes blandas en pared posterior de la caja. El 19 de enero de 2.011 continúa inestable como antes de la intervención; unos días antes, episodio de sensación de caída con vómitos sin sintomatología coclear. En fecha 2 de febrero de 2.011 se colocó tubo ventilatorio en OI y se administró Gentamicina Intratimpánica y otra el 14 de febrero de 2.011, habiendo sufrido el día 28 de febrero de 2.011 crisis de vértigo con náuseas, repitiendo otra crisis a los 4 días con componente vegetativo que se atenúa con Torecan. En fecha 13 de abril de 2.011 sufrió una crisis en horas previas, realizando Nistagmus Videografía, sin apreciarse signos estáticos de disfunción laberíntica, tratándose de posible cuadro de Hidrops Izquierdo aunque sin datos objetivos de afectación laberíntica. Interconsulta Doctora Rosa (30/05/11): Exploración Otoscopia normal; Audiometría OD 20 DB con caída en 4 y 8 KHZ hasta 80 DB; OI audición normal en todas las frecuencias, habiéndose decidido por el Equipo de ORL del Hospital del Río Ortega la no intervención (Laberintectomía Vestibular Izquierda ni Laberintectomía Química) hasta tener datos objetivos que permitan tomar una decisión definitiva, ya que existe una audición satisfactoria y la duda de persistir sintomatología, ya que pudiera coexistir igual patología de Oído Derecho (Meniere Bilateral), aconsejándose observación clínica. Informe ORL Dr. Arturo (24/11/11): Cuadros vertiginosos esporádicamente, con caídas bruscas, sin previo aviso.

TERCERO .- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación Don Sebastián , sin que se haya impugnado de contrario. 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 .- Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Burgos el 26 de diciembre de 2012 , autos 533/2012 sobre Seguridad Social por la que se desestimaba la demanda interpuesta por D. Sebastián frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, se alza el demandante en suplicación, sin que se haya impugnado el recurso interpuesto.

SEGUNDO .- Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS se formula el primero de los motivos de recurso, y por el que se pretende la revisión del relato fáctico de la sentencia examinada.

Con carácter previo, en relación a los presupuestos exigidos para que el concreto motivo remisorio deba prosperar, ya hemos apuntado en múltiples ocasiones:

1) Que se debe señalar en el motivo, con una absoluta claridad, cual sea el concreto hecho o hechos probados de los que se pretende obtener su modificación, con detalle en su caso del particular párrafo que se quiere hacer objeto de la misma. Y si lo postulado es su eliminación o su sustitución por otro texto alternativo, debe entonces ser ofrecido en su redacción literal, lo mismo que si lo pretendido es adicionar al relato de hechos probados un determinado texto nuevo y particular, o añadir un completo hecho probado.

2) Debe igualmente indicarse con detalle, el concreto documento obrante en los autos, o bien la pericia practicada contradictoriamente en el acto de juicio oral, que, en opinión de la parte recurrente, sirvan de soporte a la revisión fáctica pretendida en el motivo, al ser estos los únicos medios de prueba que permite el artículo 191, b) de la LPL que pueden ser empleados para apoyar, en este particular trámite, una pretensión de revisión fáctica. De tal modo que no es dable una invocación genérica o inespecífica de la documental obrante en los autos (STS de 11-7-96). Y no siendo tampoco válida, a efectos de este recurso, la prueba de interrogatorio de parte, ni tampoco la prueba testifical; con independencia ello del eventual valor probatorio que, en ejercicio razonado de la función que le atribuye el artículo 97,2 de la norma procesal citada, le pueda conferir el juzgador de instancia.



3) Se tiene que tener en cuenta, en concreto respecto a la cita de documentos, lo siguiente: a) Que deben ostentar realmente tal cualidad los que sean señalados, de tal modo que no cabe basarse en el contenido de la prueba testifical o en el interrogatorio de partes (artículo 299,1, 1º Ley de Enjuiciamiento Civil), pues pese a que se encuentre resumen suficiente de las mismas en el acta de juicio -como obliga el artículo 89, 1, c), 1º de la Ley Procesal Laboral no pierden por ello su concreta cualidad probatoria (STS de 16-5-90), no transformándose por lo tanto en prueba documental; b) Además, el soporte documental que sirva de base al motivo, debe contener, inexcusablemente, una suficiencia probatoria, de tal modo que se desprenda claramente la modificación pretendida del mismo, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones (SSTS de 19-7-85 o de 14-7-95).

4) Dado el carácter de recurso extraordinario de la Suplicación, distinto de la Apelación (STC 18-10-93), no se puede pretender que se realice una nueva lectura, por parte de la Sala, de todo el material probatorio obrante, al no ser esa su función, que le viene normativamente atribuida al órgano judicial de instancia por el artículo 97,2 de la Ley de Procedimiento Laboral citada; ni por tanto, tampoco es admisible que sea este órgano judicial el que construya el recurso a la parte recurrente, pues ello iría en contra de su obligación esencial de imparcialidad, y vulneraría tanto el derecho a la defensa como a la contradicción de las demás partes personadas, con infracción del artículo 24,1 del Texto Constitucional (STS de 28-9-93).

5) Debe derivar claramente la modificación pretendida, sea de sustitución, de adición, o de eliminación, del apoyo útil alegado, sin necesidad de tener que acudir para ello a deducciones, elucubraciones o argumentaciones añadidas. De tal modo que se desprenda de ese apoyo probatorio señalado, de modo contundente y sin sombra de duda, tanto la nueva situación fáctica propuesta, como la pertinente y paralela equivocación del órgano judicial de instancia al alcanzar su propia convicción, que se pretende revisar.

6) Por último, se requiere que la modificación que se pide sea relevante a los efectos de la resolución de la causa, acreditando error, omisión o arbitraria interpretación de las pruebas por parte del Juzgador, de manera que lo pretendido no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el Juzgador de instancia, de las que quepa deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte; a su vez, no basta con aportar con la modificación una puntualización o matización, al ser preciso, como ya decíamos, que la revisión sea trascendente y de entidad suficiente para variar los hechos de la sentencia recurrida.

Insta el recurrente se adicione al hecho probado primero el conjunto de funciones que aquél desempeñaba en su profesión habitual y que constan relacionadas en los documentos obrantes en autos a los folios 47 y 67. La revisión instada no puede prosperar pues la misma se sustenta en documentos consistentes en fotocopias, inhábiles a los efectos de suplicación, por no resultar cotejadas con su original. A mayor abundamiento, y siendo objeto del procedimiento la pretensión de declaración de incapacidad permanente absoluta, la resolución de la Juzgadora de Instancia se centró en interrelacionar las dolencias padecidas por el demandante con el desempeño de cualquier profesión u oficio del mercado laboral, sin que se puedan circunscribir las limitaciones advertidas en las actividades más sedentarias que conformaban el quehacer diario del demandante en su profesión habitual, extrapolando la imposibilidad de desempeñar estas últimas a cualquier otra sedentaria, como así deduce el recurrente. Se desestima así el primero de los motivos de recurso.

TERCERO .- Al amparo igualmente del apartado b) del art. 193 LRJS , se formula el segundo de los motivos de recurso, interesando se adicione al texto del ordinal fáctico quinto la redacción siguiente destacada en cursiva: "(...) Informe ORL Dr. Arturo (24/11/11): Cuadros vertiginosos esporádicamente, con caídas bruscas, sin previo aviso, que le hacen llevar una vida incapacitante. La médica de cabecera del actor, Doña Filomena , le prescribe un Guedel porque sufre pérdidas de conocimiento y se muerde la lengua". Sustenta su petición en los documentos obrantes en autos a los folios 43, 71 y 72.

Tampoco en el presente supuesto podemos acceder a las adiciones pretendidas, pues respecto al primer párrafo propuesto, vuelve de nuevo el recurrente a sustentar su petición en fotocopia no cotejada con su original, inhábil a efectos revisorios, pretendiendo introducir una valoración que no constituye sino el objeto del presente procedimiento. Respecto a la segunda de las modificaciones propuestas, la misma resulta intrascendente a los efectos de modificación del fallo, como después se verá. Se desestima por ende el segundo de los motivos de recurso.

CUARTO .- Al tercero de los motivos de recurso, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del art. 193 LRJS , se interesa la adición de un nuevo hecho probado, del siguiente tenor literal: "Sexto.- El actor sufre cuadros vertiginosos constantemente que le hacen llevar a efectos laborales una vida incapacitante. El tiempo medio de una Incapacidad Temporal (IT) por Síndrome de Meniere es de 14 días". Sustenta su petición en informe



médico obrante en autos al folio 70 de las actuaciones así como en documental obrante al folio 88 de autos. Tampoco podemos aceptar la revisión propuesta pues respecto a la primera de las adiciones, se deben reiterar los argumentos expuestos por esta Sala al fundamento de derecho anterior, constituyendo la apreciación que se pretende introducir una mera valoración del facultativo que examinó al aquí actor y que se intenta elevar a verdad procesal, constituyendo el objeto de la litis. Respecto a la segunda de las adiciones, tampoco puede prosperar pues la misma pues se sustenta en un simple manual elaborado por el INSS a efectos orientativos del que no puede desprenderse la conclusión que se pretende introducir, constituyendo igualmente documental aportada por medio de fotocopia que resulta inhábil a efectos revisorios.

QUINTO .- Ya en términos de censura jurídica, al amparo de lo dispuesto en el art. 193.c) LRJS , denuncia el recurrente la vulneración de lo dispuesto en el art. 137.5 LGSS invocando al efecto Sentencias de la Sala Cuarta de 3-2-1986 , 21-1-1988 y 3-10-1988 . Entiende que el cuadro padecido determina un grado incapacitante que debe extenderse a toda profesión u oficio.

Sienta la Sentencia TSJ Madrid de 21 de noviembre de 2012 (Rec. 1831/2012) debe recordarse que "la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ha venido estableciendo, en el ejercicio de la función interpretativa del bloque normativo regulador de la materia, que tiene legalmente asignada, cuáles son los contornos de la protección invalidante de nuestro Sistema de la Seguridad Social, y en su consecuencia, ha venido interpretando cómo debe realizarse la valoración de las dolencias del trabajador que, siendo objetivables, sean tenidas previsiblemente como definitivas. Doctrina ésta, que se puede resumir en los siguientes términos:

a) Debe acomodarse la decisión que en cada supuesto se deba adoptar, a un necesario proceso de individualización, en atención a cuáles sean las concretas «particularidades del caso a enjuiciar» (SSTS de 2-4-1992 o de 29-1-1993), que lo diferencian de las situaciones de otros distintos afectados, tanto por la incidencia de otras lesiones, como por la concreta actividad desempeñada por el mismo, que es la determinante a efectos de esa valoración.

b) Derivado de lo anterior, debe realizarse dicho proceso valorativo y de subsunción normativa, en atención a cuáles sean los «hechos singulares» del caso (SSTS de 17-3-1989 , 27-11-1991 o de 9-4-1992), pues, lesiones que aparentemente son idénticas, pueden diferenciarse en su concreta graduación, o bien afectar de modo distinto a los diversos trabajadores, o tener un distinto alcance en cuanto a su particular repercusión funcional (STS de 25-1-2000).

c) Ello conduce, en la práctica, a la casi imposibilidad de poder llegar a una generalización de soluciones homogéneas en esta materia (STS de 9-3-1995), que son muy casuísticas cuando se refieren a la concreta determinación del grado invalidante, dificultando así la necesaria evidencia de la existencia de contradicción, entre diversas soluciones judiciales de distintas Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, que permita, conforme al artículo 217 LPL , el acceso de las soluciones judicialmente adoptadas a la Unificación de Doctrina (STS 27-1-1997 , entre otras).

d) Dado el carácter marcadamente profesional de nuestro Sistema de protección social en relación con la invalidez, lo que interesa valorar es, cuál sea la capacidad laboral residual que, atendidas las secuelas que han sido tenidas como definitivas, mantiene el afectado. Y ello, bien sea para la que haya venido siendo su profesión habitual hasta el momento de acaecer la incidencia presuntamente invalidante (STS de 23-11-2000 ya citada), o bien, en general, para cualquier otra actividad u oficio. De donde derivará una u otra calificación de las mismas de acuerdo con los distintos tipos invalidantes que vienen legalmente previstos, actualmente en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social de 20-6-1994 (Parcial para el trabajo habitual, Total para el trabajo habitual, o Absoluta para toda clase de trabajo).

e) Esa valoración de teórica capacidad laboral, tiene que verificarse teniendo en cuenta que, la prestación de un trabajo o actividad, debe ser realizado en condiciones normales de habitualidad, a los efectos de que, con un esfuerzo normal, se pueda obtener el rendimiento que sea razonablemente exigible (STS de 22-9-1989); sin que por lo tanto, sea preciso para ello la adición, por parte del sujeto afectado, de un sobre esfuerzo que deba ser tenido como especial (como señalan las SSTS de 11- 10-79, 21-2-1981 o 22-9-1989), y además, prestando ese trabajo concreto, o desarrollada la actividad, tanto con la necesaria profesionalidad (STS 14-2-1989), como conforme a las exigencias normales de continuidad, dedicación y eficacia, que son legalmente exigibles (STS de 7-3-1990), y consecuentemente, con desempeño de un modo continuo y de acuerdo con la jornada laboral que sea la ordinaria en el sector de actividad o en la empresa concreta (SSTS 16-2-1989 o de 23-2-1990). En consecuencia, más que de incapacidades en general, de lo que tiene que hablarse es de incapacitados (STS 24-1- 1991), al tenerse que decidir, en cada distinto caso que sea objeto de litigio, conforme al mencionado artículo 137 LGSS , en atención a cuáles sean sus concretas y particulares circunstancias (SSTS de 20-4-1992 o de 11-4-1995), en cuanto que en materia de invalidez, como ya se ha indicado, difícilmente pueden darse



supuestos con una identidad sustancial. Por consiguiente, cada situación se decide en función de todas y sus particulares circunstancias (STS de 3-3-1998), es decir, atendiendo a la «especificidad litigiosa» del caso".

Respecto a la Incapacidad Permanente Absoluta debemos de recordar que el artículo 137.5 de la LGSS (en la redacción conservada que da la Disposición Transitoria Quinta Bis de dicha ley) dispone que: "Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio". Según declara la jurisprudencia, para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones, hay que atender a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral, de forma que la invalidez merecerá la calificación de absoluta cuando al trabajador no le resta capacidad alguna(STS de 29-09-1987), debiéndose de realizar la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos (STS de 6-11-1987), sin que puedan tomarse en consideración las circunstancias subjetivas de edad, preparación profesional y restantes de tipo económico y social que concurren, que no pueden configurar grado de incapacidad superior al que corresponda por razones objetivas de carácter médico exclusivamente(STS de 23-3-1987 , 14-4-1988 , entre otras). En consecuencia, habrá invalidez permanente absoluta siempre que las condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabiliten para cualquier trabajo que tenga una retribución ordinaria dentro del ámbito laboral (STS de 23-3-1988 y de 12-4-1988). De conformidad con el art. 143.2 LGSS , la incapacidad puede revisarse, además de por error de diagnóstico, que no es el caso que nos ocupa, por el cambio del estado invalidante profesional, bien por agravación, bien por mejoría de las lesiones sufridas por el inválido.

Atendidas las circunstancias del presente caso, entiende la Sala que debe modificarse la conclusión alcanzada por la Juez a quo, pues de conformidad con los datos fácticos consignados en el relato histórico de la sentencia examinada existe un dato revelador que permite la alteración de la respuesta dada en la instancia como es el aspecto relativo a la frecuencia y reiteración de las crisis sufridas por el demandante. Señala el informe de valoración emitido por el EVI que los vértigos padecidos por el actor son constantes, circunstancia que es recogida posteriormente por la Juez a quo en su relato de hechos probados. Tal reiteración persistente, impide al demandante, a juicio de esta Sala, desarrollar cualquier profesión habitual, por muy liviana que sea, con la debida dedicación, atención, profesionalidad y nivel de exigencia que todo trabajador debe llevar a efectivo cumplimiento, por lo que no entendiéndolo así la Magistrada a quo procede revocar la sentencia y con estimación de la demanda, declarar al actor afecto a un grado de incapacidad permanente en grado de absoluta, con derecho a la percepción de una pensión por importe del 100% de su base reguladora, que asciende a la cantidad de 2006,28 euros, con fecha de efectos 9 de marzo de 2012. Sin imposición de costas.

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

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Sebastián frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Burgos el 26 de diciembre de 2012 , autos 533/2012 sobre Seguridad Social, seguidos a instancia del precitado recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, y con revocación de la misma debemos declarar al demandante afecto de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, con derecho a percibir una pensión del 100% de una Base Reguladora de 2.006,28 euros más revalorizaciones y efectos de 9 de marzo de 2012, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por dicha declaración, y al abono de dicha prestación. Sin imposición de 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 Banesto, sita en la c/ Almirante Bonifaz nº 15 de Burgos, - en cualquiera de sus sucursales, con el nº 1062/0000/65/000122/2013.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ