



Roj: **STSJ CANT 382/2018 - ECLI: ES:TSJCANT:2018:382**

Id Cendoj: **39075340012018100273**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2018**

Nº de Recurso: **475/2018**

Nº de Resolución: **656/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000656/2018

En Santander, a 3 de octubre del 2018.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. MERCEDES SANCHA SAIZ

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS (ponente)

Ilmo. Sr. D^a. MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Alonso contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por D. Alonso siendo demandado MUTUA FRATENIDAD MUPRESPA, INSS Y TGSS y PUENTE GARAY FORESTAL SL PUENTE GRAY FORESTAL SL sobre incapacidad y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 20 de abril de 2018, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- D. Alonso (D.N.I. nº NUM000), nacido el día NUM001 -77, está afiliado a la Seguridad Social -R.G.S.S.-, siendo su profesión habitual la de Peón forestal.

2º.- La parte actora prestaba servicios para la empresa Puente-Garay Forestal S.L., que tiene cubiertos los riesgos profesionales con la mutua Fraternidad- Muprespa encontrándose al corriente de pago de sus cotizaciones, cuando sufrió un accidente de trabajo el día 20-7-16, sufriendo "desgarro de cartílago o menisco interno".

3º.- Instada la vía administrativa ante el Instituto de la Nacional de la Seguridad Social en solicitud de incapacidad permanente derivada de

accidente de trabajo, se dictó resolución de fecha 27- 4-17, donde reconociendo las secuelas "condropatía femoropatelar de rodilla derecha grado IV", declaraba al actor afecto a Lesiones permanentes no invalidantes derivadas de accidente de trabajo indemnizadas con el Baremo 099 -610 €- . (F. 20)



4º.- Presentada la correspondiente reclamación previa, se dictó resolución en fecha 25/05/2017 por la que se denegaba el reconocimiento de incapacidad permanente solicitada.

5º.- Las secuelas que padece la parte actora son:

- CONDROPATÍA FEMOROPATELAR DE RODILLA DERECHA GRADO IV CON BUENA EVOLUCIÓN

6º.- La base reguladora para la Incapacidad Permanente Parcial es de 2.401,75 €/mes, y la de la Total de 26.336,09 €/año siendo la fecha a partir de la cual desplegaría efectos económicos el día 26-10-16.

(No controvertido)

TERCERO.- En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Desestimar la demanda presentada por Alonso contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA FRATERNIDAD MUPRESA y PUENTE GARAY FORESTAL, S.L., y no habiendo lugar a declarar a la parte demandante en situación de Incapacidad Permanente Parcial ni Total para su profesión habitual de Peón forestal, derivada de accidente de trabajo, absolver a las demandadas de los pedimentos deducidos en su contra."

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria MUTUA FRATERNIDAD MUPRESA, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Siguiendo el orden lógico del artículo 193 de la LRJS, que el recurso altera, se aborda en primer lugar la eventual nulidad que el cuarto de los motivos postula.

La doctrina del Tribunal Constitucional es constante, al determinar como la nulidad de actuaciones procesales constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal, que constituye una de las metas de necesaria cobertura como servicio público que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones que en petición de amparo jurisdiccional se hacen a los órganos judiciales, por lo que su estimación queda condicionada al cumplimiento de unos estrictos condicionamientos que han de ser analizados en el caso concreto y no de forma general.

Respecto a la indefensión, es un concepto fundamentalmente procesal que se concreta en la posibilidad de acceder a un juicio contradictorio en el que las partes, alegando y probando cuanto estiman pertinente, pueden hacer valer en condiciones de igualdad sus derechos e intereses legítimos" (SS. TC 156/85; 64/86; 89/86; 12/87; 171/91 y ATC 190/83.

Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiendo expresamente los de reproducción de la imagen y el sonido, salvo que en su obtención se hubiesen vulnerado derechos fundamentales. Es cierto que existe una ligazón muy directa entre la aceptación de estos medios mecánicos de reproducción de la imagen y del sonido, y la posibilidad de que mediante su uso se vulneren derechos fundamentales, señaladamente la dignidad y la intimidad del trabajador. Así, se ha llegado a afirmar, por autorizada doctrina, que importa más evitar el escarnio de los derechos esenciales que la constatación de los hechos en un proceso. Sin embargo, en el presente caso, no puede sostenerse que se haya producido una vulneración del derecho a la intimidad de la trabajador pues no queda afectada la esfera de privacidad de éste, ya que, al margen de la gestiones en el domicilio, donde se atribuye por el recurrente al investigador una conducta torticera, que no se acredita, el seguimiento se hace desde la calle, localizado el actor en las inmediaciones de una casa en el campo, de forma visible desde la vía pública y resulta proporcionado a la finalidad, controlando el proceso y alcance de la incapacidad, ya que se justifica que camina con muletas y por terreno irregular y en modo alguno indiscriminado en su utilización tal seguimiento.

En este supuesto, ninguna indefensión entonces se ha producido, ni formal ni material porque la utilización de la prueba de detective privado es conforme a las exigencias constitucionales y proporcionada.

SEGUNDO . Postulada en el primer motivo del recurso la adición referida al contenido del dictamen propuesta, la cual se admite, sin perjuicio, claro está, de que no resulte vinculante tal parecer en vía judicial. Se expresa lo siguiente en el ordinal tercero: "Previamente a la resolución de fecha 27-4-2017, el Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS emitió Dictamen propuesta en el que, analizadas la secuelas descritas en el informe de valoración médica y las tareas realizables por el trabajador, propone. "la calificación del trabajador como incapacitado permanente, en grado de TOTAL". Siendo aceptado íntegramente el contenido de este dictamen propuesta por la Dirección Provincial del INSS, que lo eleva a definitivo el 27 de marzo de 2017".



Se da por reproducido en su integridad el dictamen propuesta.

TERCERO. - La segunda de las revisiones de los hechos probados no puede ser acogida, ya que pretende hacer constar el contenido del informe de valoración médica y de su anexo. Sin embargo, el Magistrado de instancia funda la conclusión respecto al cuadro médico a partir de la valoración de la prueba en su conjunto y más específicamente, en virtud del DVD aportado. Se trate o no de informe oficial el propuesto, no puede su contenido suplantar la valoración de instancia que, siquiera obviando la mayor exhaustividad del informe, otorga, sin embargo, valor a la prueba videográfica en el ejercicio de la valoración del artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. La explicación es escueta pero no por ello menos expresiva de la convicción que en el Magistrado ha producido ver la grabación. En concreto, respecto a la posibilidad de andar perfectamente por el campo salvo cuando ha sido valorado o grabado para concluir que el cartílago fue intervenido y que no existe afectación artrósica.

CUARTO. - Las mismas razones expuestas en el motivo anterior llevan a la desestimación de la tercera de las revisiones propuestas. Oficial o no oficial el informe alegado no puede contradecir la conclusión obtenida de la valoración de la prueba videográfica concluyente respecto de una buena evolución de la condropatía.

La certidumbre del error excluye toda situación dubitativa de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el error valorativo del juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte.

Además, no es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada 8 SSTs. 16 de diciembre de 1967, 18 y 17 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995", entre tantas otras

En definitiva, lo controvertido, partiendo de la existencia de una condropatía de rodilla derecha, y de grado IV, es el alcance incapacitante de tal dolencia pero el Magistrado, en virtud de prueba no revisable, practicada con la inmediación que le caracteriza al juicio, ha llegado a la conclusión de que existe una buena evolución. Tal conclusión, fruto de la práctica de la prueba, y de la valoración judicial, condiciona la respuesta respecto al alcance no incapacitante de la dolencia.

QUINTO. - Tal como indicábamos, el proceso ya viene definido por la respuesta judicial de instancia, sin que puedan revisarse los hechos probados. En este sentido es conveniente recordar que en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28-3-2012 (Rec. 119/2010) se ha establecido la doctrina jurisprudencial de que si resulta "inalterado el relato fáctico impugnado, procede desestimar los recursos cuyo éxito venga ligado al triunfo de la revisión de los hechos que se ha desestimado, cual evidencian la alegaciones y argumentaciones contenidas en el motivo de los recursos dirigido al examen del derecho aplicado".

Obviando lo que se considera una crítica general a la sentencia, ya que nos encontramos en el ámbito de un recurso extraordinario, donde tal censura global, más propia de una apelación, no es posible, es lo cierto que se justifica un condropatía femoropatelar con buena evolución, ya que el actor deambula perfectamente por el campo salvo cuando se ve en la necesidad de simular, tal como se expresa en la fundamentación jurídica con valor de hecho probado.

Cuando la gonartrosis es severa, tiene, sin embargo, que existir dificultad dolorosa de movilización de las zonas afectadas (STS de 26-9-1985 [RJ 1985, 4379]).

El simple dolor en la rodilla y la consiguiente limitación a la bipedestación que limita sólo parcialmente no la justifica

Algunas Salas de lo Social como la sentencia de la Sala de Cantabria de fecha 5-10-2005 (JUR 2005, 262121), de 15-4- y las de 20-12-1.994, 7-6-2000 y 12-9- 2000, citadas, entre otras, por la primera de ellas, así lo hemos manifestado

La gonalgia debe producir claudicación y cojera marcada, en el caso, por ejemplo, de profesiones también exigentes de deambulación o si existía dificultad dolorosa de movilización de las zonas afectadas (STS de 26-9-1985 [RJ 1985, 4379]).

No se reconoce, sin embargo a quien solo sufre dolor (sin graduar) (STSJ Canarias, Tenerife, de 7-4-2006 [JUR 2006, 189200]) ni cuando la limitación de la movilidad de la rodilla es en los últimos grados de flexión (STSJ Murcia de 11-4-2005 [JUR 2005, 99397]) o incluso se niega en algún caso de mayor relevancia. Si el rango de movilidad y estabilidad de la rodilla afectada sigue siendo completo, se trata de secuelas de escasa entidad que no justifican siquiera una merma de capacidad superior al 33%, por más que el trabajo requiera



esfuerzos pesados y solicitudes importantes de rodillas para caminar agachado y por terrenos irregulares (STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11-12-2006 [JUR 2007, 60545]).

En definitiva, solo cuando existe una limitación mayor y la profesión requiere de buena capacidad de deambulación y bipedestación, se reconoce la incapacidad total. Se ha manifestado en tal sentido el Tribunal Supremo. Procede, por ejemplo, la incapacidad total cuando las reducciones o secuelas que se sufren (gonartrosis bilateral marcada, postpatelectomía bilateral, deambulación insegura y dolorosa) incapacitan para el ejercicio de las tareas que la profesión exige, que no se pueden realizar o se efectúan con gran penosidad (STS de 23-7-1987 [RJ 1987, 5736]).

Tal como se justifica, el actor, en cambio, deambula perfectamente por el campo salvo cuando se ve en la necesidad de simular, tal como se expresa en la fundamentación jurídica con valor de hecho probado.

SEXTO. - Respecto a la incapacidad parcial, resulta criterio doctrinal común el que la limitación de la movilidad ha de superar el 50% de lo normal en profesiones de esfuerzo para que se admita la calificación de invalidez permanente parcial, lo que no sucede. Así, la deniegan la STCT de 16-3-1981 (RTCT 1981, 1867) con referencia a la profesión de ayudante especialista con pérdida de la flexo-extensión de la rodilla izquierda que solo alcanza los 90°, la STCT de 25-3-1981 (RTCT 1981,2100), respecto a la profesión de especialista de segunda de industrias químicas con cicatriz interna de rodilla izquierda, movilidad dolorosa en los últimos grados y deambulación con cojera ostensible, la STCT de 12-2-1982 (STCT 1982, 815) en relación con la profesión de albañil con rigidez de rodilla con limitación de la flexión en sus últimos grados sobrepasando los 90°, pero no pasando de los 120° y ligera hipotrofia del cuádriceps, y, entre otras, la STCT de 18-5-1982 (RTCT, 2950) en relación con la profesión de oficial de primera de turno con extirpación de menisco y pérdida de los últimos grados de flexión en la rodilla afectada. También, en este mismo sentido, algunas Salas de lo Social como la sentencia de la Sala de Cantabria de fecha 5-10-2005 (JUR 2005, 262121), de 15- 4- y las de 20-12-1.994, 7-6-2000 y 12-9-2000, citadas, entre otras, por la primera de ellas.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso interpuesto por D. Alonso contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº Cinco, de fecha 20 de abril de 2018, autos 370/2017, dictada en virtud de demanda seguida por D. Alonso contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Puente Garay Forestal, S.L confirmando íntegramente dicha resolución.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaria de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:



Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 0475 18.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0475 18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen 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 adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.