



Roj: **STSJ PV 2256/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:2256**

Id Cendoj: **48020340012015101114**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **09/06/2015**

Nº de Recurso: **958/2015**

Nº de Resolución: **1109/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ELENA LUMBRERAS LACARRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación 958/2015

**N.I.G. P.V. 48.04.4-14/003428**

**N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2014/0003428**

**SENTENCIA Nº: 1109/2015**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 9 de junio de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE y D<sup>a</sup>. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Isidoro contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 5 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 21 de enero de 2015, dictada en proceso sobre IAC, y entablado por el hoy recurrente frente a INSS y TGSS.

Es Ponente la Il<sup>ma</sup>. Sra. Magistrada D<sup>ña</sup>. ELENA LUMBRERAS LACARRA, 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:

"**PRIMERO**.- D. Isidoro, nacido el NUM000 /1949 y con DNI NUM001, figura afiliado a la Seguridad Social con el nº NUM002 y ha venido prestando servicios laborales como carpintero.

**SEGUNDO**.- Por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santander de 1 de abril de 1.999 se declaró que el actor se encontraba afecto de incapacidad permanente TOTAL, derivada de enfermedad común, para su profesión habitual de carpintero, con derecho al percibo de una prestación del 55% de la base reguladora de 162.347 pesetas y con efectos al 23/09/1.998. Iniciado a instancia del trabajador expediente de revisión de incapacidad, por resolución del INSS de 12/02/2014 se declaró no haber lugar a revisar el grado de incapacidad declarado, por cuanto las secuelas que presenta siguen constituyendo en la actualidad el mismo grado de incapacidad reconocido en su día. Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por Resolución de 28/02/2014.



**TERCERO.-** El Sr. Isidoro , con fecha 06/02/2014 presenta:

Antecedentes- Afectación Actual

Varón de 65 años. Antecedentes personales: Reconocida IPT por Resolución del INSS para la profesión de carpintero el 23/09/1998 con el siguiente cuadro clínico residual: Trastorno mixto ansioso depresivo, crisis epilépticas de pequeño mal. Cervicoartrosis. STC bilateral leve. Espondiloartrosis. Protrusión discal L4- L5. Tras la IPT estuvo trabajando de comercial en la empresa donde había trabajado para vender material de carpintería (4 años, aproximadamente). Otras patologías: Diabetes en tratamiento con Diamben. Alergia a la Penicilina. Colecistectomai hace 10 años. Revisión de Grado de Parte 06/01/2014. Ha cumplido 65 años el NUM000 /2014. Tumor del estroma gastrointestinal de 4,5 cm de diámetro de baja intensidad mitótica (5 mitosis en 10 GGA, intervenido quirúrgicamente el 09/09/2012: resección gástrica parcial. Tras IQ eventración que se resuelve con hernioplastia con matal de polipropileno el 24/04/2012.

Exploración por Aparatos

Exploración: Marcha es autónoma no claudicante. Realiza puntas, talones y cuclillas. Apoyo monopodal correcto. Movilidad activa global de columna cervical, hombros y EESS sin limitaciones. Limitada la flexión de columna dorsolumbar en los últimos grados (abdomen muy globuloso peso 85 Kg/talla 166 cm). Laségu y Bragard negativos. Distancia talones-nalgas en decúbito supino 10 cm. Caderas libres. EEII sin limitaciones. BM 5/5. Fuerza y sensibilidad conservadas, ROT normales y simétricos. Abdomen muy globuloso con alforjas, blando y depresible. Red venosa subcutánea normal. No hiperestesia cutánea. Palpación normal. No hepatomegalia. Cicatrices de IQ abdomen con buen aspecto. Con respecto al pequeño mal, refiere no tomar ninguna medicación. Refiere una crisis cada 6 meses. No aporta informas de control. No refiere patología psiquiátrica, ni aporta informes de seguimiento.

CONCLUSIONES

Juicio Diagnóstico y Valoración

IPT por Resolución del INSS para la profesión de carpintero el 23/09/1998 con el siguiente cuadro clínico residual: Trastorno mixto ansioso depresivo, crisis epilépticas de pequeño mal. Cervicoartrosis. STC bilateral leve. Espondiloartrosis. Protrusión discal L4-L5.

Revisión de Grado de Parte 06/01/2014:

Tumor del estroma gastrointestinal de 4,5 cm de diámetro de baja intensidad mitótica (5 mitosis en 10 GGA)

Tratamiento efectuado y servicios donde ha recibido asistencia el enfermo:

IQ 09/09/2012: resección gástrica parcial. Hernioplastia con malla de polipropileno el 24/04/2012. Diamben y Flatoril.

Evolución circunstancias Socio-Laborales. IPT 1998.

Limitaciones Orgánicas y Funcionales

Sobrepeso. IMC 31,2 Abdomen globuloso. Limitación de la flexión de columna dorsolumbar en últimos grados.

Conclusiones

A valorar EVI.

**CUARTO.-** La base reguladora de la prestación en cómputo mensual es de 870,52 euros, con efectos al 13/02/2014.

**QUINTO.** - El Instituto Nacional de la Seguridad Social asume el riesgo de la protección derivada de enfermedad común, al estar al corriente en el pago de las cotizaciones."

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que **desestimando la demanda** formulada por D. Isidoro frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, **debo absolver y absuelvo a los demandados** de cuanto se reclama en la demanda, confirmando la resolución administrativa."

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

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**



**PRIMERO** .-El trabajador D. Isidoro recurre en suplicación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao que desestima su demanda en la que solicita ser declarado afecto de incapacidad permanente absoluta.

Basa su recurso en los motivos previstos en las letras b ) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

El INSS ha impugnado el recurso interpuesto solicitando su desestimación.

**SEGUNDO**.- Recurre el trabajador, en primer lugar, con base en el motivo previsto en el artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en la sentencia de instancia.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, pese a la expresión contenida en la Base 31-1 de la Ley de Bases 7/1989 , y construyendo el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional ( Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero ).

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b.-) Que el error sea evidente;

c.-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente, pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, se pretende la adición al hecho probado tercero de la frase "el actor padece además inestabilidad de la columna lumbar". La Sala no asume la reforma interesada puesto que es al Magistrado de instancia a quien corresponde valorar la prueba practicada, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 97 de la LPL , valoración que ha de prevalecer sobre la propuesta por cualquiera de las partes, salvo que se evidencie error o arbitrariedad en su elección, y cuando se trata de informes y dictámenes médicos puede optar por el que estime conveniente y le ofrezca mayor credibilidad, sin que contra la apreciación conjunta de la prueba sea posible la consideración aislada de alguno de sus elementos, rectificándose su criterio sólo por vía de recurso si el dictamen que se opone tiene mayor fuerza de convicción o rigor científico que el que ha servido de base a la resolución recurrida. Y en este caso además la Magistrado de instancia ha tenido en cuenta los informes invocados por el trabajador pues en la fundamentación jurídica de la sentencia ya se menciona la inestabilidad lumbar según el informe de Quirón que a juicio de la Magistrado no impedirían el desarrollo de un oficio liviano y sedentario.



**TERCERO.** - El artículo 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las normas sustantivas o de la Jurisprudencia, debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen de autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 de la ley procesal laboral, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación Jurídica, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo conculcado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, salvo error evidente, ya que su objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

**CUARTO.** - Con amparo en el precitado artículo 193-c) de la Ley procesal, impugna el recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción del artículo 137.5 de la LGSS.

La Incapacidad Permanente (antes Invalidez) se define en el artículo 136 de la LGSS como 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, sin perjuicio de que con posterioridad pueda producirse una mejora o un agravamiento, incluso una curación, siempre que la recuperación pueda considerarse desde el punto de vista médico como incierta.

Es por ello que existen varias notas características que definen el concepto de Incapacidad Permanente, a) que las reducciones anatómicas o funcionales sean objetivas u objetivables, es decir, que puedan constatarse médicamente y de forma verosímil e indudable b) que sean previsiblemente definitivas, es decir, irreversibles o constatablemente incurables siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para entender tal situación incapacitante ( STS 6-4-90 y 30-6-90 ) y c) que las disfunciones sean graves desde la perspectiva de su incidencia orgánico-laboral hasta el punto de que provoquen una disminución o anulación de su capacidad laboral en una escala gradual que prevé el mismo artículo 137 LGSS. Y todo ello con independencia de las circunstancias personales, familiares y socio-laborales que son objeto de valoración en las prestaciones de minusvalías ( S.T.S. 15-7-85, 10-2-86 y 29-9-87, entre otras).

La situación de Incapacidad Permanente Absoluta es aquella que "inhabilita por completo a un trabajador para toda profesión u oficio", lo que supone la previa concurrencia de la situación genérica de Invalidez Permanente del artículo 134 del mismo Texto Legal, esto es, aquella en que se halla el trabajador que, bien por contingencias comunes, bien por contingencias profesionales, sufre secuelas que le dejen reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, con una determinada merma en su capacidad de trabajo.

Para valorar el estado del trabajador y su incardinación en este concreto grado de invalidez, ha de estarse a una real y razonable capacidad de trabajo, de manera que se encontraría en esta situación aquel que sufre lesiones y reducciones funcionales que sólo consienten trabajo en quehaceres livianos y sedentarios, y ello en un afán de superación que va más allá de lo razonable, con riesgo para su salud; aquel que no puede realizar un quehacer asalariado con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, en condiciones de rentabilidad empresarial, y todo aquel que sólo pueda desempeñar actividad por cuenta ajena con un esfuerzo y heroísmo excepcionales, no exigibles en modo alguno a ningún trabajador ( Sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 1.986 - A. 7.587-; de 23 de Febrero de 1.990 -A. 1.219 -, entre otras).

El Sr. Isidoro tiene reconocida la incapacidad permanente total para su oficio de carpintero con efectos del 23 de septiembre de 1998. En la actualidad padece trastorno mixto ansioso depresivo sin que se objetive afectación de facultades mentales superiores y sin que aporte al equipo evaluador informes de seguimiento. Asimismo padece crisis epilépticas de pequeño mal, cervicoartrosis, STC bilateral leve, espondiloartrosis, y protusión discal L4-L5. Se describen como limitaciones sobrepeso, abdomen globuloso y limitación de la flexión de la columna dorsolumbar en últimos grados. Tras la intervención del tumor gastrointestinal a que fue sometido en el año 2011 el informe señala que está asintomático al alta y que la eco es sin alteraciones.



Debemos así llegar a igual conclusión que la Juzgadora de instancia, pues no existe limitación para cualquier profesión u oficio, estando contraindicadas aquellas actividades que impliquen sobrecarga lumbar, sin que exista limitación para cualquier otro tipo de trabajo de carácter liviano, sedentario, que no suponga tales requerimientos.

Por todo ello debemos desestimar el recurso de suplicación y confirmar la sentencia recurrida.

**QUINTO** .- No procede hacer declaración sobre costas, por gozar el recurrente vencido en esta instancia del beneficio de justicia gratuita ( artículos 235-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y 2-2-d) de la Ley 1/1.996, de 10 de Enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita ).

## FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Isidoro frente a la Sentencia de 21 de enero de 2015 del Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao , en autos nº 352/2014 seguidos contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, confirmando la misma en su integridad y sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

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

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

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

## 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 a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en 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 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 deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría 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, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0958/15.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0958/15.

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 regimen 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.