



Roj: **STSJ M 13142/2011 - ECLI:ES:TSJM:2011:13142**

Id Cendoj: **28079340042011100713**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **29/11/2011**

Nº de Recurso: **4270/2011**

Nº de Resolución: **777/2011**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PRIETO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 004 (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 4 0048769 /2011, **MODELO:** 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION **4270/2011**

Materia: INCAPACIDAD DE GRADO

Recurrente/s: Sagrario

Recurrido/s: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 11 de MADRID de DEMANDA nº: 913/2010

M.R.

Sentencia número: 777/2011

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

MIGUEL ÁNGEL LUELMO MILLÁN

MARIA LUZ GARCIA PAREDES

MARIA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

En MADRID a 29 de Noviembre de 2011, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

en el **RECURSO SUPPLICACION 4270/2011**, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/Dª. JAIME SERRANO DE LOS SANTOS, en nombre y representación de Dª **Sagrario**, contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2011, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 11 de MADRID en sus autos número DEMANDA 913/2010, seguidos a instancia de la recurrente frente a **TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, en reclamación por incapacidad, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/ Dª. **MARIA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ**, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

Primero: La actora nacida el 22.2.1966 figura afiliada a la Seguridad Social con el nº NUM000 .

Segundo: La profesión habitual de la actora es la de oficial/auxiliar administrativa. Causando baja por IT el 25.9.2008 que se prorrogó hasta la resolución del INSS.

Desde el 31.5.2010 viene prestando servicios como telefonista.

Tercero: Por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Madrid de 14.4.2010 se declaró a la actora no afecta de incapacidad permanente.

Habiéndose objetivado por el EVI el siguiente cuadro clínico residual: Carcinoma de mama T2.N2.M=0. Receptores H + Herb-2 Negativo.

Cuarto: La actora padece las lesiones que han sido objetivadas por el EVI.

Quinto: La base reguladora de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común asciende a 1279,42 euros/mes.

Sexto: Obra en autos informe del médico forense en cuyo apartado de conclusiones dice:

"D^a Sagrario fue intervenida en el año 2008 de un carcinoma lobulillar infiltrante de mama derecha mediante mastectomía y vaciamiento axilar de ganglios linfáticos.

Esta intervención produce una interrupción de la circulación linfática siendo imprescindible la prevención de aparición de linfedema.

A nivel laboral no puede realizar tareas que supongan la utilización continuada de brazo izquierdo (tareas que requieran el uso obligado de ambos miembros superiores ya que es diestra); la realización de esfuerzos con el mismo (manipulación de pesos, movimientos continuados.... etc); que conlleven riesgos de sufrir quemaduras o lesión (utilización de hornos, estufas, disolventes, utensilios cortantes, etc), cualquier otra que conlleve riesgo de infección.

La paciente también presenta síntomas debidos a la menopausia iatrogénica debida al Tamoxifeno en forma de sofocos y cansancio por sueño de mala calidad debido a los mismos.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se desestimó la demanda.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 22 de agosto de 2011, dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El Juzgado de lo Social nº 11 de MADRID , en sentencia dictada el 28 de marzo de dos mil once desestimó la demanda de la actora contra la resolución del INSS y la TGSS, que le deniega la incapacidad, y donde, solicita el reconocimiento de una incapacidad permanente Absoluta para su profesión habitual de empleada auxiliar administrativa, con último puesto de trabajo de telefonista.

Frente a la resolución mencionada, se alza en suplicación la representación letrada de la demandante, articulando su recurso sobre la base de dos motivos, el primero, al amparo del art. 191 b) y el segundo, con dos apartados, de denuncia jurídica al amparo del art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral.



SEGUNDO: El primer motivo del recurso se instrumenta bajo lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 de la LPL, y mediante el mismo la recurrente pretende la adición de un nuevo hecho probado, y la modificación del segundo y donde se haga constar que nuevas precisiones sobre la profesión habitual de la actora.

La modificación se sustenta, en prueba negativa, es decir en la afirmación de que no existe documento que certifique que lo que señala el magistrado de Instancia es correcto.

En el hecho segundo se hace constar que la profesión habitual de la actora es la de oficial/ auxiliar administrativo. Y ese es el dato relevante para la resolución de su pretensión y la actividad que se ha de tener en cuenta para establecer la repercusión funcional de sus secuelas.

Por esta razón, en relación con las que luego se expondrán, el motivo de revisión del hecho segundo no puede prosperar.

También se solicita la adición de un nuevo hecho probado con el texto siguiente:

"La profesión habitual de la actora es la de oficial/auxiliar administrativa. Causando baja por IT el 25.9.2008 que se prorrogó hasta la resolución del INSS. Sin que desde entonces haya prestado servicios".

Se apoya el nuevo texto en la prueba documental que se cita y que está unida a las actuaciones. Se trata, en definitiva de ampliar las consideraciones diagnosticas y el tratamiento de la enfermedad de la actora.

Así planteado el motivo, no puede prosperar, porque si se discrepa de la convicción del Juzgador, y, por lo tanto de los hechos probados, se ha de pedir la modificación en base a prueba documental o pericial fehaciente, justificando y razonando la equivocación del Juzgador en su valoración, tal y como exige el cauce procesal del art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral .

No debe olvidar el recurrente que el recurso de Suplicación no es una apelación, que es un recurso que impone el cumplimiento de las exigencias de forma que anteriormente se señalaron de forma insalvable, y , además, tiene naturaleza excepcional, porque la tutela judicial efectiva se satisface, en este Orden Jurisdiccional, en una sola instancia.

Pero, además, y en cualquier caso, lo importante para resolver la petición de incapacidad es establecer la profesión habitual de la actora, y poner en relación las limitaciones funcionales que tenga acreditadas con la misma, es decir, secuelas definitivas, no diagnósticos, ni tratamientos, y además la fijación de las secuelas se ha de poner en relación con la profesión habitual que según constante y reiterada jurisprudencia, no viene identificada con las concretas tareas que el trabajador pueda desempeñar. Así se dice que *"....."....la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional"*.

También se ha afirmado que *" la profesión habitual "permite su ejercicio en empleos o puestos distintos, pero propios del mismo grupo profesional, en el sentido que lo define el art. 22.2. del Estatuto de los Trabajadores "* (STS 27 de abril de 2005, R. 998/04). En igual sentido se pronunció la sentencia de 23 de Febrero del 2006 (ROJ: STS 1758/2006) Recurso: 5135/2004.

Lo que significa que - como ha reiterado esta Sala en SSTS 12-2-2003 (Rec.- 861/02) o 27-4-2005 (Rec.- 998/04) contemplando supuestos semejantes al que ahora nos ocupa - no solo hay que tener en cuenta a la hora de resolver sobre una demanda de invalidez cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar realizando después del accidente sino todas las que integran objetivamente su "profesión", **las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el "ius variandi" empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable.**

No hay que olvidar que la sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 2005 también se pronunció en este punto y aunque, en principio, pudiera parece que recoge una doctrina contraria a la que, con anterioridad y posterioridad a ella, se ha venido manteniendo por la citada Sala, ello no es así por cuanto que, en todo caso, el contenido funcional de la profesión habitual que la jurisprudencia viene fijando no se obtiene exclusivamente de la concreta actividad que el trabajador esté desplegando sino que, en atención a cada caso, aquél podrá obtenerse también de la categoría profesional o del grupo profesional.

TERCERO: En el Tercer motivo al amparo del art. 191 c) de la Ley de Procedimiento se denuncia la infracción del art. 137 de la LGSS.

Se ha declarado probado y no contradicho que la actora está limitada " tareas que requieran la utilización continua del brazo izquierdo, manipulación de pesos, actividades que conlleven riesgo de sufrir quemaduras , en puntos de calor y actividad que suponga riesgo de infección".



La discrepancia se encuentra en las limitaciones que provocan dichas secuelas, alegando la recurrente a la posibilidad de valoración por otros informes médicos forenses.

Pero el motivo, no puede ser atendido por la Sala en base a los argumentos que se exponen a continuación:

1.- Ante informes que puedan resultar contradictorios, si el que ha tomado el órgano judicial de instancia no solo no revela error alguno sino que no es de menor relevancia que los otros que se proponen por la parte recurrente, su criterio subjetivo no debe primar sobre el imparcial y objetivo del juzgador que ha obtenido tal dato de una valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

2.-La valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en la norma, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte, voluntaria y subjetiva, confundiendo éste recurso excepcional y con motivos tasados, en una nueva instancia.

CUARTO: Al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 136.1 párrafo primero; 137.5 de la LGSS, en relación con el art. 128 del mismo texto legal.

Según se establece en el motivo, en el parecer de quien recurre, "las lesiones definitivas e irreversibles" de la demandante le impiden realizar con un mínimo de profesionalidad y eficacia cualquier que hacer laboral por liviano o sedente que este sea, o en su defecto le impiden desarrollar las tareas esenciales de su profesión habitual de administrativa.

Para resolver la cuestión planteada, 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-I-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.

En el supuesto objeto de enjuiciamiento, debe partirse del inalterado relato de hechos probados que se contienen en la sentencia que ahora se combate, y de ellos se desprende que la actora sólo está limitada para actividades con requerimientos físico elevado.

Ese criterio de limitación moderada, no se ha desvirtuado en este recurso.

Partiendo de estas premisas ninguna censura jurídica, amparada en los mencionados artículos, se puede imputar al fallo de instancia, que por lo tanto ha de ser confirmado por la Sala.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por D^a Sagrario, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Madrid, de fecha 28 de marzo de 2011, en virtud de demanda formulada por la recurrente frente al **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, en reclamación sobre incapacidad, y en consecuencia, confirmando la sentencia de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia, haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 300 euros** conforme al art. 227.2 LPL y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos separadamente en el c/c 2829-0000-00-4270-2011 que esta Sección Cuarta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1026 Calle Miguel Ángel nº 17, 28010 Madrid.

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 y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1.995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

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 Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.