

Id Cendoj: 28079340032006100015
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 4732/2005
Nº de Resolución: 44/2006
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER
Tipo de Resolución: Sentencia

RSU 0004732/2005

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.3

MADRID

SENTENCIA: 00044/2006

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 003(C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2005 0011264, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0004732 /2005

Recurrente/s: Maite

Recurrido/s: ROBERT BOSCH ESPAÑA SA, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL TGSS , ASEPEYO MUTUA A. DE T. Y ENF. PROFESIONAL Nº 151ES ASEPEYO ,

INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL INSS

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de MADRID de DEMANDA 0000148

/2005

Sentencia número: 44/06 MB

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

PRESIDENTE

JOSEFINA TRIGUERO AGUDO

IGNACIO MORENO GONZALEZ ALLER

En MADRID a seis de Febrero de dos mil seis, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 003 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

SENTENCIA

en el RECURSO SUPPLICACION 0004732 /2005, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/D^a. LUIS FERNANDO LUJAN DE FRIAS, en nombre y representación de Maite , contra la sentencia de fecha 18-05-05, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº: 005 de MADRID en sus autos número DEMANDA 0000148 /2005 , seguidos a instancia de Maite frente a ROBERT BOSCH ESPAÑA SA, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL TGSS, ASEPEYO MUTUA A. DE T. Y ENF. PROFESIONAL Nº 151, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL INSS, en reclamación por invalidez total o parcial por enfermedad profesional o enfermedad comun, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. IGNACIO MORENO GONZALEZ ALLER, 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.- D^a Maite , ha prestado sus servicios para ROBERT BOSCH ESPAÑA GASOLINE SYSTEMS SA UNIPERSONAL desde el 1 de agosto de 2003 hasta el 31 de julio de 2004 como Operaria de Fábrica. Su salario ascendía a 1.356,47 euros por todos los conceptos más 360,53 euros en concepto de pagas extras prorrateadas mensualmente.

SEGUNDO.- Desde 1995 hasta el 31 de agosto de 2000 la demandante prestó sus servicios para la citada empresa con diversos contratos sin que conste ni la actividad ni el puesto de trabajo. Del 26 de abril de 2002 al 31 de agosto de 2002 vuelve a trabajar para la codemandada como operaria de fábrica. A la fecha de 9 de septiembre de 2003 y tras ser sometida a reconocimiento médico, se la declara apta para el trabajo.

TERCERO.- La actora tiene una base reguladora de 1.028,55 euros.

CUARTO.- La demandante ha tenido como actividad el control de calidad de piezas. Este control se realizaba visualmente tomando la pieza de mero de diez centímetros de largo y un diámetro máximo de 2,5 centímetros con las dos manos, girándola.

QUINTO.- La Mutua ASEPEYO cubre el riesgo de accidente de trabajo para la empresa y la IT por enfermedad profesional. La actora permaneció de baja por IT derivada de enfermedad profesional desde el 29 de enero de 2004 al 10 de septiembre de 2004.

SEXTO.- Tras dictamen del EVI de 23 de noviembre de 2004 elevado a definitivo por resolución de 30 de noviembre de 2004 en expediente seguido por enfermedad común, se deniega a la actora la pensión solicitada. Contra dicha resolución se interpone reclamación previa que es desestimada.

SEPTIMO.- La actora presenta: enfermedad de **Quervain** bilateral intervenida la derecha. Cicatriz post quirúrgica en borde radial de muñeca derecha. Dolor en tendones de 1ª correa bilateral con balance articular completo. Limitada para la carga de pesos medios -grandes, trabajo que requieran la tracción o empuje continuo así como la torsión.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que desestimando la demanda interpuesta por D^a Maite contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA ASEPEYO Y

ROBERT BOSCH ESPAÑA GASOLINE SUSTEMS SA UNIPERSONAL debo absolver y absuelvo a los codemandados de los pedimentos de la parte actora.

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 5-10-05, 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, señalándose el día 26-01-06 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. Disconforme la actora con la sentencia de instancia que desestimó su demanda tendente a ser declarada afecta de invalidez permanente total o subsidiariamente de parcial por la contingencia de enfermedad profesional o común, interpone recurso de suplicación instrumentando tres censuras jurídicas, con idónea cobertura en el *apartado c) del art. 191 LPL* , denunciando infracción de los *artículos 137.4, 137.3 y 116 LGSS* con relación al *RD 1995/78 en su apartado E.6.b*).

Por razones de sistemática y lógica en el análisis de los motivos del recurso comenzaremos a examinar la contingencia, para a continuación, decidir si las lesiones son o no subsumibles en alguno de los grados peticionados.

La tendinitis médicamente supone inflamación de un tendón, siendo los tendones gruesas cuerdas fibrosas de tejido conjuntivo por las que los músculos se insertan en los huesos. Su función es transmitir la fuerza generada por la contracción muscular para el movimiento de los huesos. Los tendones se sitúan junto a las articulaciones, siendo la causa de la tendinitis el sobreuso de las articulaciones, habitualmente durante el trabajo o el deporte.

La lesión por sobreuso de los tendones se da en acciones repetitivas de levantar el brazo por encima de los 90º, y su inclusión viene establecida en el apartado E 6b) del listado de enfermedades profesionales: Enfermedades por fatiga de las vainas tendinosas de los tejidos peritendinos, de las inserciones musculares y tendinosas.

La actividad de la trabajadora como operaria de fábrica implica coger piezas con las dos manos, girándolas, en un movimiento que hay que suponer repetitivo, y aunque la enfermedad de **quervain** bilateral que padece, y su profesión habitual, no están contempladas en el listado de enfermedades profesionales hay que tener en cuenta el propio informe médico de síntesis, en orden a valorar la posibilidad de enfermedad profesional por fatiga de vainas tendinosas, y que, además, la obrera padece dolor de tendones de 1ª corredera bilateral.

El Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, como las de 12 de marzo y 19 de mayo de 1986 , la de 19 de julio de 1991 y la de 28 de enero de 1992 , entre otras, viene a consolidar la doctrina de que la diferencia entre la enfermedad profesional del *artículo 84.2 apartado e) , hoy 115. 2 e) , de la LGSS* y la listada del *artículo 85 de dicho Cuerpo Legal (hoy artículo 116)* , no afecta a aspectos esenciales del régimen jurídico, sino a determinados aspectos accesorios, como el de la prueba del nexo causal lesión - trabajo, que es necesaria en el supuesto del *artículo 115.2 e) de la LGSS* , y no lo es, por el juego de una presunción legal, en las enfermedades profesionales del artículo 116. Esto es, el Tribunal Supremo lo que mantiene es que cuando nos encontremos con una enfermedad no incluida en el listado a que alude el *artículo 116 de la LGSS* , deberá probarse la existencia de una relación de causalidad directa entre el trabajo desempeñado y la enfermedad contraída a efectos de poder caracterizar a ésta como profesional; prueba que, contrariamente, no es preciso llevar a cabo cuando nos encontremos con una enfermedad concreta y específicamente recogida en el listado contenido en el *RD 1995/1978, de 12 de mayo* , ya que para ellas se establece una presunción legal «iuris et de iure», que no admite en su consecuencia prueba en contrario. (STSJ Castilla - La Mancha de 29-11-99).

Es cierto, como razona la Magistrado de instancia, que la fatiga de las vainas tendinosas que sufre la

trabajadora , cuya profesión es la de operaria de fábrica, se circunscribe en el marco de aplicación legal a la actividad de mozos de restaurantes, cajeras, costureras, dactilógrafos, mecanógrafas, lavanderas, etc., mas como recuerda la STSJ de Castilla - León (Burgos), de 25-1- 1999, y esta Sala de lo Social del TSJ de Madrid viene reiterando, el apartado E punto 6 b) del Real *Decreto 1995/1978, de 12 de mayo* , no constituye un «*numerus clausus*», sino que se citan varias actividades a título meramente enunciativo, como lo demuestra el hecho de que finalice la enumeración con la palabra etc., por lo que estamos ante un número *apertus* cuando se trate de profesiones coincidentes en la exigencia de movimientos de las extremidades superiores afectando a los tendones del supraespinoso.

Es más, abunda a favor de la tesis que aquí se mantiene, el contenido de la Resolución de 30 diciembre 1993, de la Secretaría General de la Seguridad Social, al entender que con respecto a la vigente lista de enfermedades profesionales, el *Real Decreto 1995/1978, de 12 mayo* , que la aprobó, supuso la supresión de la rigidez característica de la normativa a la que vino a suceder, pues eliminó el requisito de que para catalogar una enfermedad como profesional, ésta, además de tener su causa en uno de los agentes enfermantos listados, hubiera de derivarse también del ejercicio de actividades previamente determinadas. En este sentido se dice en la citada resolución, el *Real Decreto 1995/1978, de 12 mayo* , permite considerar como enfermedades profesionales las contraídas en el ejercicio de otras actividades distintas a las contempladas en la expresada lista.

Suprimido el antiguo Fondo compensador por el *R. D. Ley 36/1978, de 16 de noviembre* , sobre gestión institucional de la seguridad social, la salud y el empleo (disp. Final 1ª, 3.5, en vigor conforme a LSS,disp. Derogatoria única b).2 a contrario) las prestaciones económicas por enfermedad profesional están a cargo del INSS, excepto la las de incapacidad temporal y período de observación, cubiertas por la Mutua que asegure el accidente.

En efecto, como afirma la sentencia de Unificación de Doctrina de 12 de marzo de 1994 (R. 1659/1993) , que alude a la de 11 noviembre 1991, «las contingencias de muerte e incapacidad permanente derivadas de enfermedad profesional no tienen por que ser asumidas por la Mutua Patronal aseguradora del riesgo de accidentes de trabajo y del de la expresada enfermedad, pues, respecto a esta última su responsabilidad queda limitada al ámbito de la ILT y de los períodos de observación [*art. 202.2.b) del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social*]».

Y añade dicha sentencia que «de las restantes contingencias provenientes de igual causa han de ser los Servicios Comunes de la Seguridad Social... los que han de subvenir a las mismas», y que «los organismos a los que, hoy día, incumbe el hacerse cargo de las expresadas contingencias son el INSS y la TGSS en los que aparece residenciado el antiguo Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en virtud de la reforma orgánica producida en el servicio público de la Seguridad Social, por el *RD Ley 36/1978*».

Apunta la Sentencia de 12 marzo 1994 , que los razonamientos de los que se sirvió la Sentencia de 11 octubre 1991 , y que hace suyos, para llegar a las conclusiones que se han recogido anteriormente son:

1) «la creación por *Decreto núm. 792/1961, de 13 abril* , del Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales... supuso la asunción por el mismo de las contingencias de incapacidad permanente»;

2) «el vigente Texto Refundido de la LGSS en sus *arts. 202.2.b) y 215* , en adecuada concordancia con lo establecido por el *art. 25.c) de la Orden Ministerial 15 abril 1969* , mantiene la atribución de aquel Fondo Compensador de las contingencias de muerte o incapacidad permanente que deriven de enfermedad profesional»;

3) «la transformación experimentada en el servicio público de la Seguridad Social como consecuencia del *RD Ley 36/1978, de 16 noviembre*, si bien conllevó la desaparición del Fondo Compensador de referencia..., también supuso la asunción por el correspondiente Ente Gestor - INSS- y por el Servicio Común de la Seguridad Social -TGSS- de los derechos y obligaciones del organismo extinguido, como así se establece en la *Disposición Adicional 1.1 de aquel RD Ley* y queda corroborado por la ulterior normativa de la TGSS que se recoge en el *RD 1245/1979, de 25 mayo* , y, más recientemente, en el *RD 716/1986, de 7 mayo* , y en la *OM 23 octubre 1986* que lo desarrolla ».

Concluimos así que la enfermedad de **quervain** bilateral diagnosticada a la obrera, con dolor en tendones, es subsumible en la enfermedad profesional, y como tal subsumible en el apartado E) punto 6 b) *Real Decreto 1995/ 1978*.

Resta por examinar el grado. Nuestro Sistema de Seguridad Social tiene un carácter esencialmente profesional en el que destaca la valoración no solo de las lesiones y limitaciones en sí sino también su incidencia en el menoscabo funcional u orgánico. Ello, por otra parte, ha de conectarse a los requerimientos físicos exigidos por la profesión habitual (para la incapacidad permanente total) o la de cualquier otra de las ofrecidas en el mercado laboral (incapacidad permanente absoluta). Es reiterada la jurisprudencia (Sentencias del TS de 24-7-86 y 9-4-90) la de que, a los efectos de la declaración de invalidez permanente en el grado de total, debe partirse de los siguientes presupuestos:

A). La valoración de la invalidez permanente ha de hacerse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en cuanto tales restricciones son las que determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia.

B). Han de ponerse en relación las limitaciones funcionales resultantes con los requerimientos de las tareas que constituyen el núcleo de la concreta profesión.

C). La aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia, sin que el desempeño de las mismas genere "riesgos adicionales o superpuestos" a los normales de un oficio o comporte el sometimiento a "una continuación de sufrimiento" en el trabajo cotidiano.

D). No es obstáculo a la declaración de tal grado de incapacidad el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, más livianas y sedentarias, o incluso pueda desempeñar tareas "menos importantes o secundarias" de su propia profesión habitual o cometidos secundarios o complementarios de ésta, siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad y conserve una aptitud residual que "tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concretar relación de trabajo futuro".

E). Debe entenderse por profesión habitual no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificada para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en la movilidad funcional.

Por otra parte, la determinación del índice de disminución del rendimiento, a efectos de la declaración de la incapacidad permanente parcial, es cuestión de hecho a determinar atendiendo a la mayor penosidad o peligrosidad específica por el empleo de mayor esfuerzo físico, y a la disminución sensible, manifiesta y trascendente que ocasiona una merma no inferior al 33%.

En el concreto caso enjuiciado resulta que la actora tiene como profesión habitual la de operaria de fábrica y las lesiones que se destacan en el hecho probado séptimo, que aquí damos por reproducido, con relación a las funciones que describe el ordinal cuarto, si bien no tienen gravedad suficiente para incardinarse como supuesto de incapacidad permanente total, pues en definitiva tiene movilidad de manos y muñecas, en cambio sí que son encuadrables en el grado de parcial, ya que al girar y cargar las piezas ello le produce dolor y una mayor penosidad y sufrimiento en el ejercicio de una parte no despreciable de sus cometidos laborales, todo lo cual hace que el recurso se estime en parte, declarándola afecta de incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad profesional.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por el letrado Don FERNANDO LUJAN DE FRIAS en nombre y representación de DOÑA Maite contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de los de Madrid, de fecha 18-5-2005, en autos nº148/05, en virtud de demanda interpuesta por DOÑA Maite contra ROBERT BOSCH ESPAÑA SA GASOLINE SYSTEMS SA UNIPERSONAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL TGSS, ASEPEYO MUTUA A. DE T. Y ENF. PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL nº 151, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL INSS, y con estimación parcial de su demanda, revocamos la sentencia declarando a la actora afecta de incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad profesional con derecho al percibo de una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de su base reguladora legalmente establecida, condenando al INSS a estar y pasar por ello. Sin costas.

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.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los *artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral*, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los *artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley*.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal de la calle de Barquillo, nº 49, oficina 1006, de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2828/0000/00/4732/05 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en C/ MIGUEL ÁNGEL, 17, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria 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 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 depositos 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 el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.