



Roj: **STSJ LR 248/2023 - ECLI:ES:TSJLR:2023:248**

Id Cendoj: **26089340012023100075**

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

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2023**

Nº de Recurso: **74/2023**

Nº de Resolución: **83/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO ESPINOSA CASARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00083/2023

-

C/ MARQUES DE MURRIETA 45-47

Tfno: 941 296 421

Fax: 941 296 597

Correo electrónico: saladelosocial.tsj@larioja.org

NIG: 26089 44 4 2022 0000641

Equipo/usuario: MPF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000074 /2023

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000211 /2022

Sobre: INCAPACIDAD PERMANENTE

RECURRENTE/S D/ña Flora

ABOGADO/A: OSCAR SAENZ RODRIGUEZ

PROCURADOR: ANA ROSA RAMIREZ MARIN

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

Sent. Nº 83/23

Rec. 74/23

Ilma. Sra. D^a M^a José Muñoz Hurtado. :

Presidenta. :



Ilmo. Sr. D. Ignacio Espinosa Casares. :

Ilma. Sra. Dña. Mercedes Oliver Albuerne. :

En Logroño, a veinte de julio de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 74/23 interpuesto por DÑA. Flora , representada por la Procuradora Dña. Ana Rosa Ramírez Marín y asistida del Abogado D. Óscar Sáenz Rodríguez, contra la sentencia nº 7/23 de fecha diecinueve de enero de dos mil veintitrés, recaída en autos nº 211/22 del Juzgado de lo Social nº 2 de Logroño y siendo recurridos INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, asistidos del Letrado de la Administración de la Seguridad Social, **ha actuado como PONENTE EL ILMO. SR. D. IGNACIO ESPINOSA CASARES.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, por DÑA. Flora se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Logroño, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de INCAPACIDAD PERMANENTE.

SEGUNDO.- Celebrado el correspondiente juicio, recayó sentencia cuyos hechos declarados probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS PROBADOS:

PRIMERO.- La demandante nacida el NUM000 /1990 se encuentra afiliada al régimen general de la Seguridad Social siendo su profesión habitual la de camarera.

SEGUNDO.- A instancias de la demandante se inició expediente de incapacidad permanente emitiéndose informe de valoración médica en fecha 11 de febrero de 2022 con el siguiente contenido:

1. *DIAGNÓSTICO PRINCIPAL: M65.-Sinovitis y tenosinovitis*

2. *DIAGNÓSTICO*

PULGAR MANO DCHA EN RESORTE, INTERVENIDO EN AGOSTO 2020

3. *DATOS DEL RECONOCIMIENTO MÉDICO (Anamnesis, exploración, documentos aportados)*

PACIENTE DE 31 AÑOS , CAMARERA EN BAR

AP: VPB. CONTRACTURA MUSCULAR. DEDO EN GATILLO ADQUIRIDO

IQ EN AGOSTO 2019 POR DEDO EN RESORTE (1º DEDO MANO DCHA). DIESTRA . REINTERVENIDO POR RECIDIVA EL 03/08/2020

-ALTA INSS TRAS PIT DE MAS DE UN AÑO DE DURACIÓN EN FEBRERO 2021 : DOLOR EN PULGAR DCHO .EF: FLEXIÓN MTC-FALÁNGICA :100º (CONTRA 160º), IF 30º. PINZA Y PUÑO COMPLETOS CON BM 4/5

-VALORACIÓN IP A INSTANCIAS DE LA PACIENTE

RM DE MUÑECA Y 1 DEDO MANO DCHA DE JULIO 2021: SIN ALTERACIONES SIGNIFICATIVAS LA PACIENTE REFIERE EN REVISIÓN DE JULIO 21 CONTINUAR CON DOLOR Y LIMITACIÓN DE LA MOVILIDAD DE 1 DEDO MANO DCHA. SE LE INFILTRÓ EN SEPT REFIERE LA INFILTRACIÓN LE MEJORÓ SÓLO UNA SEMANA (INFILTRACIÓN EN AGOSTO 2021)

SE LE APUNTÓ NUEVAMENTE PARA IQ (REVISIÓN Y APERTURA POLEA). PRIORIDAD MEDIA (DESDE SEP/2021)

REFIERE PERSISTE DOLOR Y LIMITACIÓN FUNCIONAL 1 DEDO MANO DCHA, DOLOR NOCTURNO Q LIMITA SU DESCANSO, ENTUMECIMIENTO DE EMINENCIA TENAR . DICE NO INCORPORADA AL TRABAJO DESDE FEBR 2021 (EN ERTE). RELATA AGRAVACIÓN DOLOR Y MENOS MOVILIDAD DESDE EL ALTA MEDICA. REFIERE DOLOR PALPACIÓN ART MTC-F Y ART INTERFALANGICA 1 DEDO MANO DCHA. PINZA CON TODOS LOS DEDOS, CON FUERZA DISMINUIDA COMPARADA CON CONTRALATERAL. LEVE LIMITACIÓN MOVILIDAD ART



MTCF , MÁS LIMITADA FLEXIÓN ART IF . MOVILIDAD 1 DEDO Q REFIERE DOLOROSA

4. TRATAMIENTO EFECTUADO, EVOLUCIÓN Y POSIBILIDADES TERAPÉUTICAS

IQ EL 21/08/2019 POR PULGAR DCHO EN GATILLO

IQ EL 03/08/2020 POR RECIDIVA DEDO EN GATILLO

INFILTRACIÓN EN AGOSTO 2021

EN LEQ PARA NUEVA IQ POR RECIDIVA PULGAR EN RESORTE DCHO DESDE 27/09/2021 (PRIORIDAD MEDIA)

5. CONCLUSIONES (Limitaciones orgánicas y/o funcionales)

DOLOR PALPACIÓN ART MTC-F Y ART IF1 DEDO MANO DCHA. PINZA CON TODOS LOS DEDOS, CON FUERZA DISMINUIDA COMPARADA CON CONTRALATERAL. LEVE LIMITACIÓN MOVILIDAD ART MTCF , MÁS LIMITADA FLEXIÓN ART IF . MOVILIDAD 1 DEDO Q REFIERE DOLOROSA.

LIMITADA EN EL MOMENTO ACTUAL TAREAS FUERZA O MOVIMIENTOS REPETITIVOS PULGAR DCHO .PTE DE NUEVA IQ

TERCERO.- Por resolución de 16 de febrero de 2021 se comunicó la denegación de la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar sus lesiones grado suficiente de disminución de la capacidad laboral.

Presentada reclamación previa frente a la anterior resolución la misma fue desestimada en resolución de 18 de marzo de 2022.

CUARTO.- Previo al expediente de incapacidad permanente se había emitido informe por el EVI en relación al proceso de incapacidad temporal en fecha 2 de febrero de 2021 en el que se señala:

Limitaciones orgánicas y funcionales: dolor en pulgar derecho. EF. Flexión del pulgar MTC falángica: 100º (contra 160º), IF: 30º, pinza y puño completos con BM 4/5. Puede estar limitada para tareas con requerimientos de fuerza muy específica sobre el pulgar derecho.

QUINTO.- La demandante presenta las siguientes patologías y limitaciones:

- dedo derecho en resorte con intervención quirúrgica fallida y en lista de espera para nueva intervención.
- dolor a la palpación en al articulación MTC-F y articulación IF primer dedo mano derecha.
- pinza con todos los dedos pero con fuerza disminuida comparada con la contralateral.
- hipertrofia muscular con balance 4/5
- leve limitación en la movilidad.

Presenta limitación para tareas de fuerza o movimientos repetitivos con el pulgar derecho.

SEXTO.- La demandante mantiene el desarrollo de su actividad como camarera en la empresa Áreas S.A.U.

SÉPTIMO.- La base reguladora de la incapacidad permanente es de 1.322,56 euros, siendo la indemnización a tanto alzado de la incapacidad permanente parcial de 34.928,24 euros.

FALLO.- DESESTIMO la demanda presentada por doña Flora contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y en consecuencia, confirmando la resolución impugnada, ABSUELVO a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra."

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de Suplicación por DÑA. Flora , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Contra la sentencia nº 7/23 del Juzgado de lo Social nº 2 de Logroño de fecha 19-1-2023, se interpone recurso de suplicación por parte de la representación letrada de Dña. Flora , en cuyo motivo tercero -que se estudiará con carácter prioritario, por evidentes razones metodológicas-, solicita determinada modificación parcial del hecho probado quinto; todo ello en base al dictamen pericial del Dr. Hipolito , de fecha 18-4-2022, ratificado en el acto del juicio oral.

SEGUNDO .- Como con reiteración ha venido declarando esta Sala -entre otras en Sentencias de 24 de febrero -dos-, 10 y 14 de marzo y 20 de octubre de 2016 y 10 y 11 de octubre de 2017, siguiendo la sentencia del



Tribunal Supremo de 6.4.2006, 20-2-2. 007 y 15-10-2.007- para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por el Magistrado de instancia, han de cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder.
- b) Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio.
- c) Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que se deduzca de forma patente, evidente, directa e incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba-.
- d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez "a quo" en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.
- e) La alegación de inexistencia de pruebas, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", carece de eficacia revisora en suplicación, dadas las amplias facultades que el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, actual Art. 97 de la LRJS, otorga al Juzgador "a quo" para la apreciación de los elementos de convicción.
- f) En el caso de dictámenes periciales contradictorios, debe aceptarse, en principio, el que haya servido de base a la resolución recurrida, es decir, el admitido como prevalente por el Juez "a quo", a no ser que se demostrase palmariamente el error en que éste hubiere podido incurrir en su elección, por tener el postergado o rechazado una mayor credibilidad, dada la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar de mayor fuerza de convicción.
- g) El error debe ser concreto, evidente y cierto, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, ni puede basarse en documentos o pericias a las que se hayan opuesto documentos o pericias por la otra parte, precisándose, por ello, de una actividad de ponderación por parte del juzgador.

Así las cosas, aplicando la jurisprudencia transcrita al supuesto examinado, el motivo no puede prosperar, pues como expresa la Magistrada de instancia -en su fundamento de derecho primero -"Los hechos declarados probados han resultado acreditados por la prueba documental obrante en autos, habiéndose valorado tanto los informes médicos de síntesis aportados como la pericial médica emitida por el Dr. Hipolito ratificada en el acto de juicio oral (art. 97.2 LJS)."

TERCERO .- En los motivos primero y segundo -que serán estudiados conjuntamente, por evidentes razones metodológicas- el Letrado recurrente denuncia la infracción de los artículos 193-1, párrafo primero y 194-1 a) y b) de la Ley General de la Seguridad Social; así como de la jurisprudencia que lo interpreta.

En definitiva, en opinión del Letrado recurrente las lesiones y secuelas que padece la actora revisten la gravedad suficiente como para que la sentencia recurrida declarara a la misma en situación de incapacidad permanente total, o, subsidiariamente, parcial para su profesión habitual de camarera.

CUARTO .- EL ARTÍCULO 194.4 B) El Art. 194.4 del mismo texto legal define a la incapacidad permanente total, al igual que lo hiciera el Art. 137.4 LGSS 1994, como la situación que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual siempre que pueda dedicarse a otra distinta, y el apartado 2 dispone que "Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, y en caso de enfermedad, común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el periodo de tiempo anterior a la iniciación de la incapacidad temporal que reglamentariamente se determine". Periodo de tiempo que, a tenor del Art. 11.2 OM 15/04/69, son los doce meses previos al comienzo de la IT de la que derive la incapacidad permanente.

Jurisprudencialmente continúan siendo de aplicación los siguientes criterios sentados por el TS en cuanto al concepto de profesión habitual a que debe venir referida la incapacidad permanente:

1) El vigente sistema de calificación de la incapacidad permanente es de carácter profesional, lo que comporta que no haya de realizarse una valoración del estado psicofísico del trabajador conforme a criterios tasados, sino mediante la evaluación conforme a criterios estimativos de la incidencia del cuadro patológico que le aqueja en su aptitud para el desempeño de su profesión habitual, concepto este último que no resulta equiparable a las labores que se realicen en un determinado puesto de trabajo, sino que se identifica con aquella actividad profesional que esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en virtud de la movilidad funcional.



De modo que la profesión habitual se define en atención al ámbito de las funciones que engloba el tipo de trabajo que se realiza o pueda realizarse dentro de la movilidad funcional, no estando encorsetada a la delimitación formal del grupo profesional.

Y, a efectos de calificación de la incapacidad permanente, han de tenerse en cuenta todas las funciones que objetivamente integran esa profesión. (SSTS 7/06/12, Rec. 1939/10; 22/05/12, Rec. 2.111/11; 10/10/2011 Rec. 5611/10), por otro lado, el artículo 194-1 a) de la Ley General de la Seguridad Social dispone que "se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% de su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma."

2) La profesión habitual a tomar en consideración a la hora de valorar la incapacidad permanente es aquella a la que de manera prolongada y continuada se haya dedicado el beneficiario, y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante (SSTS 26/03/12, Rec. 2322/11; 15/03/11, Rec. 1.048/10). Por su parte el artículo 194-3 de la Ley General de la Seguridad Social establece que se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento de su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

QUINTO .- Sentado lo anterior, y aplicando la doctrina anteriormente expuesta al supuesto sometido a la consideración de esta Sala, los dos motivos no merecen favorable acogida.

En efecto, según el inamovido hecho probado quinto: "la demandante presenta las siguientes patologías y limitaciones:

- dedo derecho en resorte con intervención quirúrgica fallida y en lista de espera para nueva intervención.
- dolor a la palpación en al articulación MTC-F y articulación IF primer dedo mano derecha.
- pinza con todos los dedos pero con fuerza disminuida comparada con la contralateral.
- hipertrofia muscular con balance 4/5
- leve limitación en la movilidad.

Presenta limitación para tareas de fuerza o movimientos repetitivos con el pulgar derecho.

Por otra parte, tal y como se refleja en el hecho probado primero, la profesión habitual de la actora es la de camarera.

Pues bien, tal y como razona la Magistrada de instancia -en su fundamento de derecho tercero - En el presente caso del conjunto de la prueba practicada constata que la demandante presenta una patología en el primer dedo de la mano derecha, dedo en resorte, que ya fue intervenida quirúrgicamente en 2019, si bien pese a la intervención se mantiene la patología con dolor y limitación de la movilidad de dicho dedo si bien de carácter leve en tanto que puede hacer pinza válida con todos los dedos de la mano derecha, aunque con ligera pérdida de fuerza respecto de la contralateral, manteniendo un balance muscular 4/5. La patología que presenta la demandante no le impide realizar las principales funciones de su trabajo como camarera en el que si bien se precisa el uso de la mano rectora no tiene que desarrollar tareas de fuerza muy intensa con dicho dedo ni labores repetitivas sin posibilidad de descanso. De hecho no consta que a la actora se le haya determinado algún tipo de limitación en su puesto de trabajo, no se acredita una disminución en su rendimiento, no se acreditan procesos de IT posteriores, manteniendo su actividad laboral con la misma empresa, entendiéndose por todo ello que no se encuentra afectada a grado alguno de incapacidad permanente en este momento.

SEXTO .- Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de suplicación interpuesto y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

VISTOS los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Dña. Flora contra la sentencia nº 7/23, del Juzgado de lo Social nº 2 de Logroño, de fecha 19-enero-2023, recaída en autos promovidos por la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en reclamación sobre incapacidad permanente total, o, subsidiariamente, parcial para su profesión habitual; debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.



Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse del siguiente modo:

a) 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 2268-0000-66-0074-23, Código de Entidad 0030 y Código de Oficina 8029.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta núm.0049 3569 92 0005001274, código IBAN. ES55, y en el campo concepto: 2268-0000-66-0074-23.

Pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

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

E./

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrado-Ponente, **Ilmo. Sr. D. IGNACIO ESPINOSA CASARES**, celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.