

TSJ de Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 13-10-2008, nº 7600/2008, rec. 3925/2007
Pte: Sánchez Burriel, Miguel Angel

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG: 08019 - 44 - 4 - 2006 - 0023877

RM

Ilmo. Sr. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

Ilmo. Sr. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

Ilmo. Sr. EMILIO DE COSSIO BLANCO

En Barcelona a 13 de octubre de 2008

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 7600/2008

En el recurso de suplicación interpuesto por Mutual Midat Cyclops frente a la Sentencia del Juzgado Social 29 Barcelona de fecha 27 de noviembre de 2006 dictada en el procedimiento Demandas núm. 563/2006 y siendo recurridos -I.N.S.S.- (Instituto Nacional de la Seguridad Social), -T.G.S.S.- (Tesorería Gral. Seguridad Social), ... y Printer Industria Gráfica, S.L. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de julio de 2006 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 27 de noviembre de 2006 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por MUTUAL MIDAT CYCLOPS contra INSS, TGSS, ..., PRINTER INDUSTRIA GRAFICA SL, Rebeca en reclamación de invalidez debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- El trabajador demandado, con fecha de nacimiento 6.8.1952, tiene el número de afiliación a la Seguridad Social 08/02455197, en alta.

SEGUNDO.- La profesión habitual es Oficial 1ª Maquinista, trabajando últimamente como maquinista de plegadora en el departamento de encuadernación. Se tiene por reproducido y probado el profesiograma y la descripción del puesto de trabajo de la plegadora, que aportan ambas partes. En su trabajo precisa de la flexión y extensión de las manos; flexión de cadera, extensión y

flexión de rodilla y agacharse; flexión de brazo, pronación y supinación; rotación de la columna en flexión e hiperextensión; en cuanto al hombro, neutro, abducción, elevación y rotación en posición neutra, hiperextensión y flexión, rotación en abducción, destacándose que la funcionalidad de las extremidades superiores es importante, siendo el ritmo de trabajo y la fuerza altos. Debe manipular cargas y realizar movimientos repetitivos al coger picos de papel, cargar y descargar.

TERCERO.- Tramitado expediente resolvió el INSS en fecha 29.3.2006 dando lugar a la declaración de invalidez permanente total por accidente de trabajo con cargo a la mutua, desde el cese en la profesión, 22.3.2006, con base reguladora de 32.158,56 euros anuales. La UVAMI emitió dictamen en fecha 12.1.2006 con el siguiente cuadro asumido por la CEI: ruptura del manguito rotador hombro izquierdo intervenido con limitación funcional de la movilidad en menos del 50%.

CUARTO.- La mutua actora expidió al trabajador baja médica el 6.9.2004 por contingencia profesional, haciendo constar el día 31.8.2004 como el del Accidente o Enfermedad profesional. En informe de fecha 29.3.2006 la mutua refiere que el actor padeció accidente de trabajo el 31.8.2004, por caída sobre el hombro izquierdo (es diestro). Se le infiltró. En el parte de alta de 10.9.2004 se consignó AT. Causó nueva baja el 5.10.2004. En el parte de alta se consignó Enfermedad profesional y recaída. Por RMN de 15.11.2004 se detecta sd. Subacromial con avanzados fenómenos degenerativo-crónicos en la articulación acromioclavicular más ruptura parcial en el 1/3 medio y distal del tendón supraespinoso. Se practicó acromioplastia el 27.1.2005. Realizó RHB. Se practicó distensión hidráulica el 31.3.2005. Realizó RHB. Fue alta el 16.5.2005.

QUINTO.- El baremo 71 I, a reconocer en caso de estimación, comporta el pago de 690 euros.

SEXTO.- Se ha agotado la vía previa, desestimada expresamente.

SEPTIMO.- El trabajador está afecto de ruptura del manguito rotador hombro izquierdo intervenido con limitación funcional de la movilidad en menos del 50% para los movimientos de abducción (90°), anteversión (100°), retroversión, RI y RE (ambas a 60°)."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó, ..., elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia desestima la demanda formulada por MUTUAL MIDAT CYCLOPS, Mutua Patronal de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en solicitud de revocación de la resolución administrativa dictada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social que declaró al trabajador en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, a fin de que, previa declaración de nulidad de la resolución administrativa, dejando sin efecto la resolución impugnada, se declarara a aquél en ningún grado de incapacidad y sí, en su caso, como tributario de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional con derecho a percibir de la entidad demandante la cantidad de 690 euros, si bien en este trámite de recurso expresamente interesa, asimismo, con carácter subsidiario, la declaración de incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad profesional; han sido partes en dicho procedimiento el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la empresa PRINTER INDUSTRIA GRÁFICA, S. L. y el trabajador

Frente a dicha resolución judicial se alza la Entidad colaboradora mediante Recurso de Suplicación que articula en base a dos motivos y que ha sido impugnado por la representación del trabajador.

SEGUNDO.- Concretamente, al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, propugna la recurrente la modificación de los hechos probados segundo (si bien, por error alude al primero), tercero y cuarto de la sentencia, en base a los documentos que señala, para los que postula la siguiente redacción alternativa:

"SEGUNDO.- La profesión habitual es Oficial 1ª Maquinista, trabajando últimamente como maquinista de plegadora en el Departamento de encuadernación", suprimiendo el resto del contenido del mencionado hecho probado por, según argumenta la recurrente hacer constar el mencionado hecho única y exclusivamente información que aparece en el profesiograma aportado por el trabajador, información por otra parte contradictoria con otras afirmaciones existentes dentro de ese profesiograma.

"TERCERO.- Tras el alta médica de fecha, 16.05.2005, el trabajador se reincorporó a su puesto de trabajo, prestando sus servicios hasta el 22.03.2006, fecha en la que se produce baja en la empresa. A instancias del trabajador fue tramitado expediente que resolvió el INSS en fecha 29.03.2006 dando lugar a la declaración de invalidez permanente total por accidente de trabajo con cargo a la Mutua, desde el cese en la profesión, 22.03.2006, con base reguladora de 32.158,56 euros anuales. La UVAMI emitió dictamen en fecha 12.01.2006 con el siguiente cuadro asumido por la CEI: ruptura del manguito rotador hombro izquierdo intervenido con limitación

funcional de la movilidad en menos del 50%".

"CUARTO.- La mutua actora trató procesos de baja de 0.09.2004 a 10.09.2004 y de 5.10.2004 a 16.05.05 por enfermedad profesional. Por RMN de 15.11.2004 se detecta Sd. Subacromial con avanzados fenómenos degenerativos-crónicos en la articulación acromioclavicular más ruptura parcial en el 1/3 medio distal del tendón supraespinoso. Se practicó acromioplastia el 27.01.2005. Realizó RHB. Se practicó distensión hidráulica el 31.03.2005. Realizó RHB. Fue alta el 16.05.2005".

La doctrina del Tribunal Supremo ha venido declarando que es preciso para que prospere la revisión fáctica (aún razonando en clave de recurso de casación, mas aplicable al recurso de suplicación): «1º.-Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso. 2º.-En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado. 3º.-Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida. 4º.-que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados». Y también, en lo que respecta a la forma de efectuar la revisión fáctica, de la doctrina de suplicación, al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de «reglas básicas», cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas «reglas» las podemos compendiar del siguiente modo:

1º) La revisión de hechos no faculta al Tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) 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 (SSTS 16 de diciembre de 1967, 18) y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995).

3º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero, con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980, 30 de octubre de 1991, 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994)).

4º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto, y la pericial (artículo 191.b) y 194 de la Ley de Procedimiento Laboral , tal y como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990), en relación a la prueba testifical y la de confesión judicial, en la que se incluye el supuesto del artículo 94.2 de la Ley de Procedimiento Laboral .

La doctrina expuesta ha llevado a esta Sala a decir que «sólo de excepcional manera han de hacer uso los Tribunales Superiores de la facultad de modificar, fiscalizándola, la valoración de la prueba hecha por el Juzgador de instancia, facultad que les está atribuida para el supuesto de que los elementos señalados como revisorios, ofrezcan tan alta fuerza de convicción que, a juicio de la Sala, delaten claro error de hecho sufrido por el Juzgador en la apreciación de la prueba» (sentencia de fecha 25 de enero de 2005 (, 81854)), declaración que toma su asiento genérico en la declarada reiteradamente naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación (por todas sentencia del Tribunal Constitucional número 71/2002, citada por la del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2005)). Consecuencia de ello, la citada sentencia de este Tribunal Superior de Justicia concluye que «el error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999, pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia - que aprecia «los elementos de convicción» (artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral), concepto más extenso que el de medios de prueba, pues no sólo abarca a los que enumera el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sino también el comportamiento de las partes en el transcurso del proceso e incluso sus omisiones-, por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, lo que es inaceptable al suponer un desplazamiento en la función de enjuiciar que tanto el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 117.3 de nuestra Constitución otorgan en exclusiva a los Jueces y Tribunales».

La doctrina que hemos desglosado conlleva, en consecuencia, que la pretendida revisión no pueda prosperar; en efecto, por lo que hace a la supresión parcial del contenido del hecho probado segundo en la parte que hace referencia al profesiograma aportado por el trabajador, en tanto en cuanto no es cauce adecuado para demostrar el error de hecho el negar virtualidad a dicho documento en base a

que única y exclusivamente consta recogida información que aparece en dicho documento, máxime cuando el propio hecho probado, al margen de recoger algunas de las exigencias del puesto de trabajo a título enunciativo, tiene por "reproducido y probado el profesiograma y la descripción del puesto de trabajo que aportan ambas partes". Por lo que hace al hecho probado tercero, la adición que se formula resulta intrascendente pues la situación activa del trabajador con posterioridad al alta médica de fecha 16.05.05 hasta la fecha de efectos de la resolución administrativa que le declaró en incapacidad permanente total para su profesión habitual se deriva incontestadamente de los documentos obrantes en autos por lo que resulta un hecho conforme entre las partes que no necesita acceder al relato fáctico. Finalmente, por lo que hace al hecho probado cuarto los documentos señalados por la recurrente están en contradicción con aquéllos en los que se basa la apreciación judicial debiendo prevalecer ésta por corresponder al Juzgador la función de valorar las pruebas aportadas al proceso.

TERCERO.- En trámite de censura jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191. c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia en un único motivo, dividido en dos apartados: a) la infracción de los artículos 68, 87, 115 y 116 de la Ley General de Seguridad Social, artículo 25. 1 letra c) de la Orden Ministerial de 15.04.69, artículos 61 y 63 del Reglamento de Colaboración de Mutuas, así como el artículo 6 de la Orden de 19 de junio de 1997 y, b) la infracción de los artículos 136 y 137 de la Ley General de Seguridad Social y del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Alega, en síntesis, la Mutua recurrente, como primera cuestión, que las lesiones que presenta el trabajador -ruptura del manguito rotador hombro izquierdo intervenido con limitación funcional de la movilidad en menos del 50%- no son derivadas de accidente de trabajo sino de enfermedad profesional, que la patología médica padecida por el trabajador se haya incluida en el listado de enfermedades profesionales sin que se haya acreditado la existencia de un hecho traumático y, en consecuencia, el nexo de causalidad para estimar dicha lesión como derivada de accidente de trabajo, siendo así, además, que los procedimientos de baja laboral del actor fueron tramitados como derivados de enfermedad profesional, habiendo extendido la Mutua, de conformidad a su competencia, los partes de alta y baja por dicha causa. En segundo lugar, alega la recurrente que el trabajador no se haya incapacitado de forma total para los trabajos de su profesión habitual por cuanto únicamente se haya limitado en menos del 50% en el movimiento del hombro izquierdo sin que la descripción del puesto de trabajo exija que la movilidad del hombro deba ser completa, debiéndose tener presente que el trabajador ha realizado las tareas propias de su profesión habitual tras el alta médica y hasta su declaración de incapacidad permanente. Finalmente, alega que si bien en la demanda no se solicitó expresamente el grado de incapacidad permanente parcial por lo que el Juzgado de instancia entiende que no puede pronunciarse, no es menos que por aplicación del principio de la doctrina de "quien pide lo más pide lo menos", siendo así que para la Mutua lo más es que se le conceda al trabajador un baremo y lo menos una incapacidad permanente parcial, el Juzgador "a quo" debió de haber entrado a conocer de dicho grado de incapacidad que ahora expresamente solicita, por lo que interesa, con carácter principal, la revocación de la sentencia de instancia y la declaración por la Sala de que el trabajador se haya afecto de lesiones permanentes no invalidantes y, subsidiariamente, una declaración de incapacidad permanente parcial, derivadas ambas de la contingencia de enfermedad profesional.

En relación con el primer apartado del motivo de censura jurídica esgrimido por la Mutua recurrente debe señalarse que el artículo 115 de la Ley General de Seguridad Social define al accidente de trabajo como toda lesión corporal que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, disponiéndose en el párrafo 2. e) del mencionado precepto legal que "tendrán la consideración de accidentes de trabajo las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo", al tiempo que en el número 3 del mencionado precepto legal se establece que "se presumirá salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo".

A su vez, el artículo 116 de la Ley General de seguridad Social define la enfermedad profesional como "la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional".

Pues bien, en relación con dichos preceptos debemos de poner de manifiesto, en contra de lo reseñado en la resolución administrativa, que tanto la sentencia de instancia como la Mutua recurrente se encuentran acordes en reconocer y admitir, que la lesión que padece el trabajador "ruptura del manguito rotador del hombro izquierdo" se halla incluida en el punto E) 6b) del Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo que cataloga como enfermedad profesional las "enfermedades por fatiga de las vainas tendinosas, de los tejidos peritendinosos, de las inserciones musculares y tendinosas".

Como argumenta la STSJ de Aragón de 3 de diciembre de 2001 la diferencia entre accidente y enfermedad estriba en que esta última "presupone un deterioro lento y progresivo del que la sufre aunque sea debida a causas externas", mientras que el accidente "implica una lesión corporal,... un daño sufrido por el cuerpo del accidentado por la acción o irrupción súbita y violenta de un agente exterior..."; para concluir (ex Sentencia de 15 de mayo de 2000) que el concepto legal de enfermedad profesional "no desvincula a ésta del accidente de trabajo, simplemente da una presunción a favor de su existencia cuando la enfermedad está catalogada y se contrae en una de las actividades previstas como causantes del riesgo". Así lo entiende la de esta Sala, de 24 de marzo de 2000, al considerar como enfermedad profesional un supuesto en el que "las dolencias de la actora derivan incuestionablemente del desarrollo de su actividad laboral, siendo de aparición paulatina por consecuencia de la continuada sobrecarga articular derivada de sus

específicas tareas... en el listado aprobado por el Real Decreto 1995/1978 , en su punto 6 b) (Enfermedades por fatiga de las vainas tendinosas, de los tejidos peritendinosos, de las inserciones musculares y tendinosas. Tenosinovitis de los mozos de restaurante, cajeras, costureras, dactilógrafos, mecanógrafas, lavanderas, etc. Periostitis de los chapistas, herreros, caldereros, albañiles, canteros, etc.). Por ello, y en la medida que el Decreto de referencia permite entender(a través de la expresión que utiliza, etc-) una conclusión favorable a un *numerus apertus* de la actividades profesionales que describe debe atribuirse a aquella catalogada enfermedad la condición de profesional a los efectos pretendidos, según ha puesto de manifiesto esta Sala en Sentencias, entre otras de 16.10.04 y 20.06.00.

No obstante lo anterior y en relación a los preceptos legales más arriba expuestos, sobre las conexiones existentes entre los conceptos y el régimen jurídico del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo ha establecido que el proceso de diferenciación entre uno y otra "no ha alcanzado en el derecho español entidad suficiente para entender que constituyen realidades enteramente segregadas". Y en este sentido, la sentencia de instancia recurrida cita la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14.02.06 (rec. núm.2990/2004) en la que se concluye que del artículo 116 de la Ley General de Seguridad Social "no se desprende necesariamente la consecuencia de excluir para la enfermedad listada la calificación de accidente de trabajo en sentido estricto", siendo la presunción legal del citado precepto una presunción *iuris tantum* que admite en principio prueba en contrario, concluyendo en la aplicación prevalente, en dicha sentencia, del artículo 115.2.f) de la Ley General de Seguridad Social, es decir, de la consideración de la contingencia como derivada de accidente de trabajo por dos razones. La primera, es la ya apuntada de que la presunción *iuris tantum* se limita, en principio, a la acreditación de hechos; la segunda porque el nexo de causalidad entre lesión y trabajo es mas intenso, en el caso de enfermedades o defectos agravados por un hecho traumático, con el trabajo prestado en el momento de ocurrir tal evento.

Sentado lo anterior, en el presente caso, la sentencia de instancia establece una presunción judicial del carácter laboral de la lesión manifestada desvirtuando la presunción legal del artículo 116 de la Ley General de Seguridad Social, partiendo del hecho probado, no desvirtuado en la revisión de hechos probados, del carácter traumático de la lesión sufrida por el trabajador en el hombro izquierdo. Tal hecho admitido por el Juzgador "a quo" y que la Sala ratifica, resulta de la documental aportada por ambas partes y, fundamentalmente, del Informe médico de la propia Mutua al que alude con motivación suficiente la sentencia de instancia en el razonamiento jurídico segundo y unido a las actuaciones al folio 63, pues aun cuando por la Mutua recurrente se argumenta que el mismo fue librado a petición del interesado un año más tarde de la lesión sufrida por facultativo médico que no consta atendiera al trabajador en los procesos de incapacidad temporal, no es menos que dicho informe se libra por facultativo de la Mutua, en impreso de la propia Mutua y en el que consta unido etiqueta identificativa del expediente médico de aquél en la que se incluyen entre otros datos los de "fecha accidente 31/08/2004 H. 11:30". Como tiene manifestado la doctrina jurisprudencial, para combatir la presunción judicial que se extrae por el juzgador de instancia hubiera sido necesario, según el artículo 386.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que hubiera prosperado una revisión de error de hecho por el cauce del artículo 191. b) de la Ley de Procedimiento laboral , lo que no ha sucedido en el caso de autos en el que la Mutua recurrente se limita a negar la verosimilitud del Informe Médico aportado a los autos sin otra acreditación.

En consecuencia, el primer apartado del motivo de censura jurídica se desestima.

CUARTO.- La segunda parte del motivo de censura jurídica está destinada a combatir el grado de incapacidad que alcanza la lesión que padece el trabajador en virtud de las exigencias de su clasificación profesional en relación con el puesto de trabajo y, si bien en la demanda inicial únicamente interesó la declaración de lesiones permanentes no invalidantes, no es menos que debió entrarse a conocer del grado de incapacidad permanente parcial que ahora en este trámite procesal interesa.

En relación con esto último la Sala entiende aplicable al supuesto de autos la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 31 de octubre de 1.996, que razona así:"El problema sobre el que se centra el presente recurso ha sido examinado y resuelto por las Sentencias de esta Sala de 24 de marzo de 1995 y 14 de junio de 1996, dictadas ambas en recursos de casación para la unificación de doctrina. Esta sentencia de 24 de marzo de 1995, que se acaba de citar, resolvió un caso que presenta una clara analogía con el de autos, y en ella se llega a la conclusión de que,"si bien la jurisprudencia se ha mostrado oscilante en orden a la cuestión sometida a enjuiciamiento, sin embargo y como así lo pone de relieve el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, últimamente se ha venido decantando por la tesis de que es totalmente acertada y conforme a derecho la sentencia que concede al demandante un grado de incapacidad permanente inferior al que había solicitado en la demanda. Entre los distintos razonamientos que en apoyo de esta solución y con cita de la sentencia de la misma Sala de 10 de diciembre de 1990, maneja la que estamos comentando, cabe destacar los siguientes:"Realmente, no ya solo la aplicación del principio aludido de que "quien pide lo más pide lo menos", principio, éste, que, ciertamente, en algún caso, pudiera no cohonestarse, exactamente, con los intereses de la parte postulante de la invalidez permanente, sino, también, la propia naturaleza revisora de un acto administrativo que entraña todo juicio relativo a invalidez permanente permite admitir, sin quebrantamiento procesal apreciable, que el reconocimiento de un grado de invalidez permanente inferior al postulado en la demanda rectora de autos, en tanto no esté, expresamente, excluido del *petitum* de la demanda no debe dar lugar al denunciado vicio de incongruencia procesal".

La doctrina expuesta permite, en consecuencia, entrar a conocer sobre el grado de incapacidad que expresamente efectúa la recurrente en este trámite procesal sin que quepa entender en este caso que pueda producirse incongruencia "ultra *petitum*" y que

podría existir si fuera el trabajador quien sólo pidiera la declaración de lesiones permanentes no invalidantes y se le concediera la incapacidad permanente parcial, en cuyo caso se le habría concedido más de lo pedido, pero aquí la situación es la contraria, es la Mutua responsable de las prestaciones la que solicita que se deje sin efecto la declaración de incapacidad permanente efectuada por la Entidad Gestora, por lo que no incide en incongruencia la sentencia que hubiera reconocido al trabajador un grado inferior, estimando en parte, al conceder menos de lo pedido, la demanda de la Mutua, que en ningún momento excluyó expresamente la posibilidad del reconocimiento de ese grado inferior declarado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

QUINTO.- Dicho lo anterior y entrando a conocer del grado de incapacidad que afecta al trabajador en función de las lesiones reconocidas, debe recordarse que de acuerdo con el art. 136.1 de la Ley General de Seguridad Social, la invalidez permanente configurada en la acción protectora de la seguridad social es de tipo profesional y por ello, para su debida calificación, hay que partir de las lesiones que presenta el beneficiario y ponerlas en relación con su actividad laboral para comprobar las dificultades que provocan en la ejecución de tareas específicas para su profesión (STCT de 08.11.85) y proceder a declarar la invalidez permanente total cuando inhabilitan para desarrollar todas o las más importantes tarea de su profesión habitual, con un mínimo de capacidad o eficacia (STS de 26.02.79) y con rendimiento económico aprovechable (STCT de 26.01.82), sin que se trate de la mera posibilidad de ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia (STS de 06.02.87).

Pues bien, conforme al artículo 137.4 de la Ley General de Seguridad Social de 20 de junio de 1994 se entenderá por Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o las más importantes tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Por tanto la incapacidad permanente total exige dos requisitos: a) su carácter profesional, esto es, debe valorarse, más que la índole y naturaleza de los padecimientos que sufre la actora, su incidencia sobre las tareas propias de su oficio o profesión con la consiguiente efectiva reducción de la capacidad de ganancia; b) su carácter permanente, esto es, que las secuelas estén objetivamente determinadas como definitivas y sin posibilidad médica de recuperación (STS de 21.02.89).

Finalmente, la incapacidad parcial viene definida en el texto legal como aquélla que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución de su rendimiento normal no inferior al 33% de su profesión habitual. El techo por arriba es que las consecuencias de las secuelas no impidan el desempeño de todas o las fundamentales tareas de la profesión del trabajador y por abajo que la disminución del rendimiento sea igual o superior al porcentaje expresado. Así como la delimitación de la incapacidad permanente total suele ser, en general, clara desde un punto de vista objetivo, está más plagado de dificultades el segundo elemento definidor, porque no sólo entran en juego factores cuantitativos (en relación al propio trabajador, con relación a otros trabajadores de su misma categoría profesional, etc.), como cualitativos (mayor dificultad, penosidad, peligrosidad, etc.). Así pues no cabe establecer, en general, una pauta que sirva de guía en todos los supuestos, sino que han de examinarse uno a uno, a fin de determinar, si con certeza o por vía de presunciones, se acredita tal disminución del rendimiento y ello requiere prueba específica al respecto poniendo en relación secuelas y profesiograma laboral, ya que las tareas a considerar son aquellas propias de la categoría profesional en que se halle el trabajador según se dijo más arriba (STS de 17.01.89).

La Sala entiende que, en el momento actual, el trabajador no está en situación de incapacidad permanente total, puesto que si bien indudablemente tiene una limitación para su profesión que en su caso, puede dar lugar a un inferior grado de incapacidad, la misma, no tiene entidad suficiente como para declarar una incapacidad permanente total para su profesión habitual de oficial maquinista trabajando últimamente como maquinista de plegadora en el departamento de encuadernación, cuyos requerimientos ergonómicos puede seguir desarrollando pues el trabajo desarrollado por el trabajador no le exige una sobrecarga de la articulación ni la movilidad completa del hombro izquierdo, máxime siendo diestro.

Ahora bien, solicitándose subsidiariamente la declaración de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, tomando en consideración la profesión del demandante, Oficial 1ª maquinista en empresa de artes gráficas y la lesión de ruptura del manguito rotador hombro izquierdo intervenido con limitación funcional en menos del 50%, tratándose de operario que desarrolla actividades manuales y requieren la movilidad y destreza de ambas manos, la lesión del manguito rotador supone un déficit que implica una disminución en el rendimiento normal para su profesión habitual, al menos, superior al 33%, pues dicha limitación implica para el trabajador una mayor penosidad o peligrosidad, aun sin merma del rendimiento, por lo que se ha de concluir, que la entidad de sus secuelas, debe entenderse subsumida en la situación de incapacidad permanente parcial contemplada en el art. 137.3 de la Ley General de Seguridad Social y, en consecuencia, procede la estimación parcial del recurso.

En consecuencia, procede la estimación del motivo en cuanto al grado de incapacidad interesado por la Mutua recurrente y con ello la estimación en parte del recurso con revocación de la sentencia de instancia combatida en este único punto.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto por MUTUAL MIDAT CYCLOPS contra la Sentencia, de fecha 27 de noviembre de 2006, dictada por el Juzgado Social núm. 29 de los de Barcelona en los autos 563/06, promovidos por MUTUAL MIDAT CYCLOPS, Mutua Patronal de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ahora recurrente, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, la empresa PRINTER INDUSTRIA GRÁFICA, S.A. y el trabajador..., en materia de incapacidad permanente, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, estimando en parte la demanda origen de autos, declaramos a ... en situación de Incapacidad Permanente Parcial para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, con derecho a percibir una indemnización a tanto alzado equivalente a veinticuatro mensualidades de la base reguladora de 2.679,88 euros, condenando a la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo MUTUAL MIDAT CYCLOPS a su abono y absolvemos al resto de los codemandados de todos los pedimentos deducidos en su contra, sin hacer expresa mención de costas en este recurso.

Con devolución del depósito para recurrir, una vez firme esta Sentencia.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.