

Procedimiento núm. [REDACTED]
Recurso de Suplicación: [REDACTED]

AL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO [REDACTED]
PARA ANTE LA SALA DE LO SOCIAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE [REDACTED]

DON [REDACTED] Letrado del Ilustre Colegio
de Madrid, Colegiado [REDACTED]
[REDACTED] en nombre y representación de **DOÑA**
[REDACTED], que consta acreditado en el procedimiento al
margen señalado, ante el Juzgado para ante la Sala comparezco y como mejor
proceda en Derecho, DIGO:

Que al amparo de lo dispuesto en los Artículos 195 y siguientes de
la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 36/11, de 10 de Octubre, paso a
formalizar RECURSO DE SUPLICACIÓN, anunciado en tiempo y forma contra la
Sentencia dictada el día 5 de Mayo de 2022 por el Juzgado de lo Social núm. [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] seguidos a instancia de mi representada contra
INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA
SEGURIDAD SOCIAL, en materia de Incapacidad Permanente y dentro del plazo al
efecto conferido por Diligencia de Ordenación de 17 de Mayo de 2022, notificada
el día 20 del mismo mes y año, a cuyo efecto consigno en tiempo y plazo los
siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 9 de Julio de 2020 la actora presentó demanda
ante el Decanato de los Juzgados de lo Social de [REDACTED] en la que se solicitaba se
reconociera que la actora se encuentra afecta de una Incapacidad Permanente Total
para su profesión habitual de Auxiliar de Servicio de Ayuda a domicilio y
subsidiariamente Incapacidad Permanente Parcial, en todo caso por la

Procedimiento núm. [REDACTED]
Recurso de Suplicación: [REDACTED]

AL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO [REDACTED]
PARA ANTE LA SALA DE LO SOCIAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE [REDACTED]

DON [REDACTED], Letrado del Ilustre Colegio de [REDACTED] Colegiado núm. [REDACTED], en nombre y representación de **DOÑA [REDACTED]**, que consta acreditado en el procedimiento al margen señalado, ante el Juzgado para ante la Sala comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que al amparo de lo dispuesto en los Artículos 195 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 36/11, de 10 de Octubre, paso a formalizar RECURSO DE SUPLICACIÓN, anunciado en tiempo y forma contra la Sentencia dictada el día 5 de Mayo de 2022 por el Juzgado de lo Social [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]), seguidos a instancia de mi representada contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en materia de Incapacidad Permanente y dentro del plazo al efecto conferido por Diligencia de Ordenación de 17 de Mayo de 2022, notificada el día 20 del mismo mes y año, a cuyo efecto consigno en tiempo y plazo los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 9 de Julio de 2020 la actora presentó demanda ante el Decanato de los Juzgados de lo Social de [REDACTED] en la que se solicitaba se reconociera que la actora se encuentra afecta de una Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de Auxiliar de Servicio de Ayuda a domicilio y subsidiariamente Incapacidad Permanente Parcial, en todo caso por la

Contingencia de Enfermedad Común, con todas las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento.

SEGUNDO.- Que habiendo correspondido conocer de la misma al Juzgado de lo Social [REDACTED], previa la celebración del correspondiente Juicio Oral el día 13 de Enero de 2022, dicho Juzgado dictó Sentencia el 5 de Mayo de 2022 que hoy se recurre, y cuyos hechos probados y fundamentación jurídica damos íntegramente por reproducidos.

Y FALLO desestimando la demanda interpuesta por Dña. [REDACTED] y absolviendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social de los pedimentos contenidos en la Demanda.

Contra dicha Sentencia se interpuso Recurso de Suplicación que seguidamente pasamos a formalizar y ello en base a los siguientes:

MOTIVOS

PRIMERO.- Se articula el presente motivo al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social al entender que se debe consignar un Hecho Nuevo en la Sentencia en base a los siguientes documentos:

- Guía de Valoración Profesional del INSS para Trabajadores de los Cuidados Personales a Domicilio donde se recogen las funciones SAD (Auxiliar del Servicio de Ayuda a Domicilio) (Documento núm. 7 de nuestro Ramo de Prueba – folios 116 y 116 (dorso).
- Convenio Colectivo del Sector de Servicio de Ayuda a Domicilio (Documento núm. 8 de nuestro Ramo de Prueba) (folios 117 al 118).
- Dictamen Pericial para determinar la limitación de la actora para la realización de las funciones de su profesión habitual como Auxiliar de Ayuda a personas dependientes a domicilio elaborado por el Perito [REDACTED] (Documento núm. 9 de nuestro Ramo de Prueba y folios 119 al 186 de las actuaciones).

Este Nuevo Hecho Probado debería tener la siguiente redacción:

"Las funciones de los Auxiliares de ayuda a personas dependientes a domicilio son las siguientes:

- El aseo e higiene personal, habitual o especial, arreglo personal, ducha y/o baño, incluida la higiene bucal.
- Ayuda personal para el vestido, calzado y la alimentación.
- Transferencias, traslados y movilización dentro del hogar.
- Actividades de la vida diaria necesarias en atención y cuidado de las personas usuarias.
- Estimulación y fomento de la máxima autonomía y participación de las personas usuarias en la realización de las actividades básicas de la vida diaria.

Fomento de hábitos de higiene y orden:

En personas con alto riesgo de aparición de úlceras por presión, prevenir éstas mediante una correcta higiene, cuidados de la piel y cambios posturales.

Ayuda en la administración de medicamentos que tenga prescritos la persona usuaria

Cuidados básicos a personas incontinentes.

Ayuda para la ingestión de alimentos.

Fomento de la adecuada utilización de ayudas técnicas y adaptaciones pautadas.

Recogida y gestión de recetas y documentos relacionados con la vida diaria de la persona usuaria.

Dar aviso al coordinador/a correspondiente de cualquier circunstancia o alteración en el estado de la persona usuaria, o de cualquier circunstancia que varía, agrave o disminuya las necesidades personales o de vivienda de la persona usuaria.

En el domicilio: Se entiende por atención a las necesidades del domicilio, las siguientes:

Limpieza de la vivienda: Se adecuará a una actividad de limpieza cotidiana, salvo casos específicos de necesidad, que sean determinados por el técnico responsable.

Preparación de alimentos en el hogar o traslado de los mismos al domicilio.

Lavado a máquina, planchado, repaso y organización de la ropa dentro del hogar.

Aplicación de las ropas sucias y traslado en su caso para su posterior recogida por el servicio de lavandería.

Adquisición de alimentos y otras compras de artículos de primera necesidad por cuenta de la persona usuaria.

Tareas de mantenimiento básico habitual de utensilios domésticos y de uso personal, que no requieran el servicio de un especialista (cambio de bombillas, cambio de bolsa de aspiradora, sustitución de pilas).

Apoyo familiar y relaciones con el entorno: Se incluyen dentro de este tipo de actividades las siguientes:

Compañía para evitar situaciones de soledad y aislamiento.

Acompañamiento fuera del hogar para posibilitar la participación de la persona usuaria en actividades de carácter educativo, terapéutico y social.

Facilitar actividades de ocio en el domicilio.

Apoyo y acompañamiento para la realización de trámites de asistencia sanitaria y administrativos.

Desarrollo de la autoestima, la valoración de sí mismo y los hábitos de cuidado personal, evitando el aislamiento.

Potenciar y facilitar hábitos de convivencia y relaciones familiares y sociales.

Fomentar estilos de vida saludable y activos.

Apoyo y seguimiento de las pautas prescritas ante situaciones de conflicto que se generen en el seno de la familia.

Cuidado y atención de los menores, tanto en el entorno del hogar como en acompañamientos a centros escolares, de ocio, sanitarios y otros”.

La importancia de adicionar este Hecho Probado consiste en incorporar a la Sentencia recurrida las funciones de la profesión habitual que realizaba la actora y cuya profesión se recoge en el Hecho Probado Primero.

Al encontrarnos en un procedimiento de reclamación de Incapacidad Permanente, primero hay que delimitar las patologías/lesiones que tiene la actora, luego determinar las limitaciones funcionales que le producen y, por último, conocer cómo las mismas le afectan en el desempeño de su profesión habitual.

Pues bien, para conocer este último extremo, hay que saber en qué consisten las funciones de la profesión habitual de la actora.

En la Sentencia aquí recurrida no se recogen cuáles son las funciones propias de la profesión habitual de mi representada.

La Sentencia solo dice en el Fundamento de Derecho Segundo que las lesiones que sufre en nada le afectan en las actividades más trascendentales de la profesión, pero sin especificar en qué consisten éstas.

Es más, en el Fundamento de Derecho Segundo, antepenúltimo párrafo dice: *"Esta situación no puede considerarse que suponga la imposibilidad de la realización de tareas principales de la profesión habitual puesto que aún existiendo como tales no generan en la ejecución laboral afectación de esa trascendencia"*, y a continuación habla de un "operario instalador de telefonía". Este error que comete la juzgadora aunque fuese de transcripción, hubiera ayudado en la confección de la Sentencia, si desde el principio se especifican y detallan las funciones de su profesión habitual de Auxiliar de ayuda a personas dependientes a domicilio. De ahí lo fundamental de la incorporación del Hecho Probado que se propone, a fin de confeccionar adecuadamente la Sentencia impugnada.

La incorporación de este Hecho Probado influye en el fallo, pues de determinarse las funciones de la actora, se podría conocer si las funciones de su profesión habitual pueden ser desarrolladas o no por la misma, con las lesiones y limitaciones funcionales que tiene, pues con la omisión de éstas en las funciones es materialmente imposible conocer el alcance real que sus patologías y limitaciones funcionales repercuten en la recurrente.

Las funciones que tiene son esencialmente físicas para poder atender las actividades de atención personal, necesidades del domicilio y apoyo familiar y así lo recoge no solo el Dictamen Pericial, sino también la Guía de Valoración Profesional del INSS. Así, como requerimientos físicos recoge como grado 3 (altos requerimientos físicos) para la carga biomecánica, tanto de la columna cervical, como dorso lumbar, mano tobillo/pie y bipedestación mecánica, así como en cuanto a los requerimientos mentales consistentes en comunicación y toma de decisiones (grado 3 Alto requerimiento) y ya en el grado 4 (el máximo requerimiento), la atención al público.

Pues bien, existiendo, como lo hay, una Guía de Valoración Profesional de cada profesión y editado y confeccionado por el propio INSS recurrido, es esencial la introducción en el relato de Hechos Probados al tratarse de un procedimiento de incapacidad permanente total y subsidiariamente parcial y se debe determinar en qué consisten las funciones de esta profesión habitual de la actora.

Además, una vez definidas las funciones, tal como vienen recogidas también en el Convenio Colectivo de aplicación, el Perito Judicial Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales, Seguridad Laboral y en Ergonomía, Sr. Legaz, confeccionó el Dictamen donde también recoge esas funciones para realizar un informe y dictaminar si la actora está capacitada o no para realizar las funciones de Ayuda a domicilio y en qué grado se encuentra limitada.

De ahí lo esencial de la adición de este Hecho Probado Nuevo.

SEGUNDO.- Se articula el presente Motivo al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social al entender que se debe consignar un Hecho Probado Nuevo en la Sentencia en base a los siguientes documentos:

- Informe de Medicina del Trabajo elaborado por [REDACTED] de fecha [REDACTED] de 2020, en el que se considera a la actora "NO APTO para el desempeño del puesto de trabajo de Auxiliar de ayuda a domicilio", correspondiendo al Documento núm.1 de nuestro ramo de prueba y a los folios 95 a 102.
- Carta de Despido Objetivo de [REDACTED] de 2020, por la que la empresa [REDACTED] procede al despido de la actora por "INEPTITUD SOBREVENIDA", correspondiendo al Documento núm. 2 de nuestro Ramo de Prueba y al folio 103 y dorso.
- Informe Pericial de fecha [REDACTED] de 2022 elaborado por el Perito Forense en Ergonomía y Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales, [REDACTED], por el que concluye que la actora tiene un porcentaje de reducción del 91% para su profesión habitual de Auxiliar de Ayuda a personas

dependientes a domicilio, consistente en el documento núm. 9 de nuestro Ramo de Prueba y folios 119 a 186 de las actuaciones.

El texto que se propone para este segundo Hecho Probado Nuevo es el siguiente:

"La actora fue despedida de la empresa [REDACTED] con efectos del día [REDACTED] de 2020 mediante Carta de Despido Objetivo por Ineptitud Sobrevenida, citando el Informe de Medicina del Trabajo de [REDACTED] que calificó a la actora como NO APTA.

El Dictamen Pericial aportado en el acto del Juicio Oral concluye que la demandante tiene un porcentaje de reducción de su capacidad laboral de un 91%".

La introducción de este nuevo Hecho Probado se basa en unos documentos útiles, pues fueron aportados al acto del Juicio Oral por esta parte y admitidos por el juzgado a quo; además, el dictamen pericial fue también incorporado como prueba documental y pericial pues el perito Sr. [REDACTED] compareció en el acto del Juicio Oral, se afirmó y ratificó en su informe y se sometió a las preguntas y aclaraciones oportunas, incluso por parte del juzgador.

La prueba reseñada revela un error del juzgador, ya que dicha prueba no fue valorada por éste, pues sobre ello ninguna referencia hace en la Sentencia, ni tan siquiera de la admisión y práctica de la prueba pericial. A su vez, la introducción de este Hecho Probado Nuevo tiene trascendencia en el fallo, pues de confeccionarlo, quedaría constancia que la actora no se encuentra capaz de realizar su actividad laboral de Auxiliar del Servicio de Ayuda a Domicilio, como lo demuestra el hecho de haber sido despedida por la empresa para la que realizaba dicha actividad.

La finalidad de la introducción de este Hecho Probado es que se refleje que la actora después de terminar un período de Baja de Incapacidad Temporal fue reconocida por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la última empresa con la que mantuvo actividad laboral, [REDACTED] antes de pasar al inicio del expediente de incapacidad permanente.

Pues bien, este Servicio de Prevención [REDACTED], le realizó un reconocimiento médico (folios 95 a 102) en el que se determinó que la actora No estaba APTA para el desempeño de su puesto de trabajo (folio 100).

En base a dicho informe elaborado por el departamento de Medicina del Trabajo de [REDACTED] la empresa [REDACTED] procedió a su Despido Objeto por Ineptitud Sobrevenida (folios 103 a 103 dorso) con una carta en la que se detalla la cronología del período de Baja de la actora y el no poder desarrollar su actividad laboral, llegando a su despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

Los documentos expuestos, insistimos, no han sido valorados por el juez a quo y ello a pesar de que acreditan las limitaciones funcionales de la actora para poder desarrollar su actividad laboral habitual.

Por último, el Dictamen Pericial de fecha 11 de Enero de 2022, obrante a los folios 119 a 186 de las actuaciones, elaborado por el Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales y perito forense en Ergonomía, [REDACTED] llega a las siguientes conclusiones obrantes al folio 137 de las actuaciones:

1º. Como consecuencia de las patologías que padece la trabajadora Doña [REDACTED], y teniendo en cuenta las tareas que se realizan en su profesión habitual como Auxiliar de Ayuda a Personas Dependientes a Domicilio, CONSIDERAMOS QUE TIENE UN PORCENTAJE DE REDUCCIÓN DE LA CAPACIDAD DE SU TRABAJO EN UN 91%.

2º. Teniendo en cuenta que la trabajadora Doña [REDACTED] tiene un porcentaje de reducción de su rendimiento profesional en un 91% que le impiden la realización de las tareas fundamentales de su ocupación, CONSIDERAMOS QUE SE ENCUENTRA INHABILITADA PARA SU TRABAJO HABITUAL COMO AUXILIAR DE AYUDA A PERSONAS DEPENDIENTES A DOMICILIO”.

A la vista de dichas conclusiones, el perito, después de analizar y estudiar en su Dictamen Pericial la actividad de trabajo de la actora, con las funciones especificadas en el Convenio Colectivo del Sector de Servicio de Ayuda a domicilio (detalladas en tres columnas: “Tareas que desempeña la trabajadora con el porcentaje y tiempo de dedicación estimado dentro de una jornada laboral”, “exigencias de las tareas para la trabajadora, así como aspectos físicos y puntuales” y en la última columna el grado (%) de limitación para realizar sus

tareas habituales por patologías que presenta) llega a la conclusión que recoge el Hecho Probado cuya introducción aquí se interesa.

Con las actividades de Atención Personal, estima que tiene limitado el 100% para realizar sus tareas, en el apartado de Atención a las necesidades a domicilio tiene también limitado el 100% para realizar estas tareas y, en el apartado de actividades de apoyo familiar y relacionadas con el entorno, esa limitación es menor al ser del 50%. Para llegar al 91% de limitación total, otorga a cada una de las tareas un porcentaje en función del tiempo de dedicación.

Así, para la primera tarea, la de "Actividades de atención personal", el tiempo de dedicación es del 65%, para la segunda tarea, la de "Atención a necesidades a domicilio" el tiempo de dedicación es del 20% y, para la tarea "Actividades de apoyo familiar y relacionadas con el entorno", es del 15%. Pues bien, con estos porcentajes de actividad laboral repartida en tres tareas esenciales y el porcentaje aplicado al grado de limitación para realizar sus tareas habituales por patologías que presenta, el perito D. [REDACTED], llega a la conclusión del 91% de grado de actividad limitada.

Reiteramos, que al igual que el informe de Prevención de Riesgos Laborales, que la carta de despido objetivo, este dictamen pericial de D. [REDACTED], tampoco fue valorado por el juzgador, de ahí que esta parte incida tanto sobre ello, al objeto de construir este Hecho Probado. Esta parte desconoce por qué no se valoró, ni se analizó a lo largo de la Sentencia, a pesar de que transcurrieron casi cuatro meses entre el acto del juicio oral (13 de Enero de 2022) y el dictado de la Sentencia (5 de Mayo de 2022).

Sorprende, que en el acto del juicio oral los distintos Letrados del Instituto Nacional de la Seguridad Social siempre se opongan diciendo que la parte actora no aporta ningún profesiograma de la actividad habitual de la profesión. Precisamente en este caso, se aporta un informe pericial sobre las funciones y limitaciones de la actividad laboral de la actora compuesto de 67 folios, como prueba documental, se propuso, se admitió y se practicó una prueba pericial sobre estos extremos, interrogándose incluso al perito por el juzgador y sin embargo, nada se diga, ni se mencione sobre esta prueba pericial, además de los dos documentos ya mencionados. Ante el error sufrido por el juzgador, a esta parte actora solo le queda articular este motivo vía Recurso de Suplicación para su incorporación en el relato de Hechos Probados.

TERCERO.- Se articula este tercer motivo al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a fin que se complete el Hecho Probado Cuarto con el siguiente texto:

"- La Fibromialgia es severa, con 18/18 T.P. y con síntomas acompañantes:

- Tendinopatía del manguito rotador del hombro con omalgia bilateral.

Las Conclusiones del médico Forense dictamina que tiene una limitación permanente significativa (superior al 33%) de su capacidad laboral".

Se solicita el complemento de este Hecho Probado a la vista del informe médico forense de fecha 25 de Noviembre de 2021, obrante a los folios 33 a 35 de las actuaciones.

Este informe médico forense sí fue valorado por el juzgador, de ahí la inserción del Hecho Probado Cuarto de la Sentencia, el error del juzgador no consiste en la interpretación que ha dado al mismo, pues eso no puede dar lugar a la confección de este motivo, pero sí en cuanto a la omisión de elementos determinantes, que sí constan en el informe médico forense y que no han sido incluidos en el relato, de ahí que solo se pida un complemento de este Hecho Probado por omisión de elementos esenciales en un procedimiento de reclamación de incapacidad permanente. Dichos conceptos tienen repercusión en el fallo de la sentencia, pues de complementar este Hecho Probado Cuarto, el sentido del fallo podría variar al incluirse la intensidad e importancia en las dolencias que hay que complementar junto a la conclusión médico forense omitida.

Así, en primer lugar, en cuanto a la primera lesión, Fibromialgia, el Hecho Probado solo pone Fibromialgia sin añadir cuántos "tender points" tiene la actora. Como bien conoce esta Sala, los "tender points" es uno de los procedimientos objetivos sanitarios para valorar el alcance de esta enfermedad musculoesquelética. Así, 18 puntos es el máximo, a partir de 11 puntos ya se considera que se padece la enfermedad de Fibromialgia, a partir de 15 puntos se considera grave y con 18 puntos que es el máximo se considera Severa. En el caso de mi representada, la Sra. de la Vega, tiene 18/18, así lo recoge el informe del Médico Forense en su primera hoja (folio 33), en el apartado Antecedentes Patológicos en el quinto punto "5. Patologías reumatológicas" dispone: "Fibromialgia con puntos gatillo 18/18". La importancia de reflejar este extremo

radica en que la calificación de esta enfermedad que, por presentar distintos grados, debe determinarse en función de los puntos gatillos que presenta el paciente para determinar su gravedad.

En cuanto al segundo elemento, el incluir que además de la tendinopatía del hombro, la actora tiene la omalgia bilateral, es esencial para este procedimiento pues al encontrarnos en un procedimiento de incapacidad permanente, no es lo mismo tener afectado un miembro superior, que el dolor sea en ambos miembros superiores, pues tal como se recoge en los antecedentes patológicos en el punto 6 relativo a la "Patología traumatológica", se recoge que la actora tiene "omalgia bilateral", es decir Dolor en los dos hombros.

La importancia del complemento de este Hecho Probado radica que la utilización de los dos miembros superiores es fundamental a la vista de las funciones que realizar un auxiliar de Ayuda a domicilio, tal como hemos ya expuesto en los anteriores Motivos; los miembros superiores son esenciales en la actividad de Auxiliar de Ayuda a domicilio, a efectos de poder movilizar a las personas que tiene que auxiliar, tanto en las denominadas transferencias (pasar de cama a silla de ruedas y viceversa) como en otras como ayudar a levantarse del sillón, ayudar en las Actividades Básicas de la Vida Diaria de las personas a donde se desplaza mi representada, teniendo en cuenta que son personas con movilidad reducida. Ello requiere de un mínimo de fuerza física y de uso de ambos miembros superiores, uso que a mi mandante le es imposible por la omalgia bilateral que sufre. De ahí la importancia del complemento de este Hecho Probado.

En cuanto al último apartado que se solicita su complemento en el cual recoge la médico forense que la actora tiene una limitación permanente significativa (superior al 33%) de su capacidad laboral, es un extremo que debe ser incluido, pues la propia médico forense a raíz de su exploración personal, análisis de la documentación médica, llega al extremo que pone en sus Conclusiones Médico-Forenses.

Cuestión que debería haberse incluido, pues nos encontramos en un procedimiento de incapacidad laboral y el hecho que la propia médico forense recoja en las Conclusiones Médico-Forenses de su informe que tiene una limitación, además significativa, acrecentando con ello su intensidad, y manifestando que es permanente, es decir, definitiva, y superior al 33%. Con la

inclusión de esta conclusión, el fallo de la sentencia podría ser modificado, pues la Incapacidad Permanente Parcial, es una reducción de la capacidad laboral no inferior al 33%.

Sin perjuicio del grado de disminución de su capacidad laboral, esta parte ya solicitó en el anterior motivo la inclusión del dictamen pericial del Sr. [REDACTED] que sí hablaba de un porcentaje superior al 33%, llegando éste hasta el 91%.

En este sentido ya existiría en los Hechos Probados, dos informes que califican la capacidad laboral de la actora, en un grado de disminución superior al 33%, y además de dos especialistas diferentes, el de este Motivo, el del informe médico forense y del especialista en prevención de riesgos laborales y un perito judicial en ergonomía y seguridad en el trabajo D. [REDACTED] [REDACTED] Todo ello, con evidente repercusión en el fallo de la sentencia en materia de incapacidad permanente, como hemos expuesto.

CUARTO.- Se articula el presente motivo al amparo del artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social al entender que se ha infringido el artículo 194 y Disposición Transitoria 26 de la Ley General de la Seguridad Social y en su interpretación judicial, en este sentido citar, a título de ejemplo, las sentencias de nuestros Tribunales Superiores de Justicia: Sentencia dictada el día 16 de Diciembre de 2020 por la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y Sentencia dictada el día 4 de Julio de 2016 por la Sección Quinta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Con las lesiones fijadas en el Hecho Probado Cuarto junto con el complemento del motivo anterior, tenemos que mi representada tiene pluripatología, detalladas en 5 grupos.

Empezando con la Fibromialgia, mi representada tiene el máximo de los denominados puntos gatillo o tender points, es decir 18/18, es decir, la actora presente Fibromialgia en grado severo. La Fibromialgia es una enfermedad que afecta al apartado musculoesquelético, que cursa con dolor en todo el cuerpo y es crónica, así se menciona en el Hecho Probado Cuarto.

En el cuadro clínico residual del Instituto Nacional de la Seguridad Social no se diagnosticó la Fibromialgia y no se le tuvo en cuenta para el informe médico de síntesis, aunque como el informe forense sí los incluyó, consta recogido en el Hecho Probado Cuarto, salvo lo reflejado del complemento pretendido.

En el presente caso para valorar la gravedad, no solo hay que atender el número de puntos gatillo que tiene, también hay que valorar su intensidad y periodicidad de los brotes de dolor. Como se especifica en el Hecho Probado Cuarto es crónica, requiere de tratamiento farmacológico, con brotes de dolor, es resistente al tratamiento médico, pues se ha cronificado, se mantiene en la máxima puntuación 18/18, y viene sobre todo asociada de otras dolencias asociadas, tal como se recoge en el Hecho Probado Cuarto, con "síntomas acompañantes", espondiloartrosis, discopatía lumbar, tendinopatía del manguito rotador, trocanteritis bilateral y trastorno distímico; es decir, sí que tiene asociadas otras enfermedades sintomáticas a la fibromialgia. En los Fundamentos de Derecho de la Sentencia nada se dice sobre la Fibromialgia, sus limitaciones funcionales y cómo le afecta a su profesión habitual, pues como ya hemos anticipado en anteriores motivos, la explicación es genérica al no haber determinado previamente las funciones de Auxiliar de Ayuda a personas dependientes a domicilio.

El segundo grupo es de índole traumatológico, la Espondiloartrosis y discopatía lumbar sin radiculopatía. Esta lesión cursa con dolor paravertebral lumbar bilateral, hipoestesia L4 izquierda y S1 derecha, con afectación multinivel de predominio L5-S1. Todo ello viene recogido en el Hecho Probado Cuarto. Las vértebras lumbares son la parte del cuerpo más importante para realizar actividades físicas, pues es la zona donde recae la parte física para realizar esfuerzos y justamente la zona más afectada de la columna vertebral es la lumbar, es la región donde se realizan los movimientos de flexión extensión y no las puede realizar de forma reiterada o repetitiva. Lo que implica limitación para posturas forzadas y/o mantenidas de columna.

El tercer grupo, también de índole traumatológica, referente a la tendinopatía de manguito rotador del hombro y omalgia bilateral (según complemento solicitado en motivo anterior). Este grupo afecta directamente a los dos miembros superiores. En el Hecho Probado Cuarto se dice que la actora sufre de Hipoestesia en territorio cubital y que tiene positivo en el túnel mediano y

cubital, es decir, que los síntomas en esa zona del brazo son dolor y parestesia, por la compresión o tracción del nervio cubital.

A su vez, el hombro izquierdo tiene dolor en la posición larga del bíceps y el dolor aumenta con abducción activa a partir de 90°. Es una lesión crónica. Así viene descrito en el Hecho Probado Cuarto de la Sentencia.

Los miembros superiores son esenciales también para ejercer la actividad laboral de auxiliar de ayuda a domicilio y, con las dolencias expuestas los mismos se ven afectados, ya que la actora no puede coger peso, levantar los brazos por encima de la horizontal (90°), realizar giros, todo lo cual lo requieren las funciones esenciales para realizar la carga dinámica física que requiere esta actividad. Como ya hemos indicado en anteriores motivos, todo lo que sea atención a las necesidades del domicilio y, sobre todo, tareas de cuidado personal que requieren de fuerza física, y elevación de brazos, no nos olvidemos que el cuidado es a personas que, como mínimo, tienen de peso 60 kg. para mujeres y 70 kg. para hombres, no hablamos de situaciones livianas y con el riesgo de caída; si el auxiliar no tiene fuerza en los brazos, o no llega en la posición de los mismos, el riesgo de una caída es real e inminente, ante cualquier movimiento del auxiliar para ayudar a la persona.

El cuarto grupo es también de índole traumatológico: la trocanteritis bilateral. Consta en el Hecho Probado Cuarto que tiene dolor en el trocánter izquierdo y con fracaso terapéutico del tratamiento infiltrativo. A su vez, la trocanteritis bilateral afecta a ambos trocánteres (zona de la cadera), no olvidemos que las caderas soportan el peso del cuerpo humano y que el auxiliar de ayuda a domicilio requiere tener todo el cuerpo en plenas facultades y sin dolor para poder movilizar a otro cuerpo humano, cuestión que tampoco se da en mi representada.

En quinto y último lugar esta el Trastorno Distímico, patología de salud mental tampoco recogida ni en el cuadro clínico residual del Instituto Nacional de Seguridad Social ni en el informe médico de síntesis, como también recoge el informe médico forense, es un Trastorno afectivo de curso crónico con presencia de humor depresivo constante o recurrencias continuadas.

En síntesis, una vez localizadas y definidas las lesiones de mi mandante, sus limitaciones funcionales y las funciones de Auxiliar de ayuda a

domicilio, es obvio que no puede realizar no solo más del 33% de su capacidad laboral, tal como dice el médico forense, sino las tareas fundamentales de su profesión como recoge el dictamen pericial y la prueba pericial del Sr. [REDACTED]

Así, tal como recoge el propio dictamen pericial, el Convenio Colectivo de aplicación para esta actividad y la Guía Profesional del Instituto Nacional de la Seguridad Social para Auxiliar de ayuda a domicilio las tareas o funciones se dividen en tres grandes grupos:

- La primera, la actividad de atención personal, que además es la que mayor tiempo requiere, consiste fundamentalmente en una actividad física, de esfuerzo y de coger grandes pesos.

No olvidemos que estamos tratando con seres humanos, que tienen su peso corporal y cualquier caída, que se resbale o tropiece puede conllevar consecuencias graves, con lesiones, fracturas o incluso fallecimientos, si el golpe que recibe es en mal sitio. No se trata de manejar objetos o máquinas, sino seres humanos, que, además, tienen problemas de movilidad o son más frágiles que otro ser humano, por ser personas de edad avanzada, o con enfermedades discapacitadas. Todo ello, NO lo recoge la Sentencia.

Dicho esto, en este primer grupo de actividades son fundamentales las actividades Básicas de la Vida Diaria, aseo, higiene personal, vestido, calzado, alimentación, transferencias, traslados, movilización, cuidados de personas con alto riesgo de aparición de úlceras por presión, cambios posturales, cuidados básicos de personas incontinentes, todos ellos requieren del uso de ambos miembros superiores, caderas, lumbares y, en definitiva de todo el cuerpo, para que la persona no pueda resbalarse del soporte físico del Auxiliar o caerse, cuestión que con las dolencias de mi representada no puede ejecutarlas ante los dolores en todas las zonas del cuerpo humano (Fibromialgia), la falta de fuerza en ambos miembros superiores (Tendinopatía del manguito rotador y Omalgia Bilateral), la imposibilidad de tener fuerza en ambas caderas para un correcto y adecuado soporte del cuerpo humano (Trocanteritis bilateral) falta de fuerza por la patología lumbar y espondiloartrosis.

En cuanto al segundo grupo, el de atención a las necesidades a domicilio, se requiere el 20% del tiempo de tareas, consistentes en mantenimiento de limpieza o ayuda limpieza a domicilio, preparación de alimentos, lavado a máquina, planchado, tareas de mantenimiento básico habitual de utensilios domésticos y de uso personal,, adquisición de alimentos, apilar ropas sucias y traslado de las mismas.

En este caso, el trato ya no es directo con personas en cuanto al esfuerzo físico sino con objetos, pero, al igual que en el grupo anterior, no las puede realizar pues tiene que levantar y mover personas, los equipos de trabajo son pesados, uso de los útiles de limpieza, requieren de carga física dinámica, y carga física estática con posturas forzadas y movimientos repetitivos, que no puede realizar debido a la fibromialgia, el dolor generalizado en todo el cuerpo 18/18, las limitaciones de movimientos de ambos miembros superiores, así como el dolor en ambos hombros (omalgia bilateral), todo ello junto a la trocanteritis bilateral para bipedestaciones y marchas prolongadas, circunstancias que se dan en este segundo grupo de tareas.

En cuanto al tercer y último grupo de tareas: las actividades de apoyo y relacionadas con el entorno, acompañar para evitar soledad, acompañamiento fuera del hogar, facilitar actividades de ocio en domicilio, desarrollo de la autoestima, la valoración de sí mismo, hábitos de cuidados personales, evitando aislamiento, facilitar y potenciar hábitos de convivencia, relaciones familiares y sociales, apoyo y seguimiento de pautas prescritas, cuidado y atención de menores, tanto en el entorno del hogar, como a centros escolares, ocio, sanitarios y otros, este tercer grupo de tareas supone el 15% del total, es la tarea que menos porcentaje de tiempo requiere, pero también lo analizamos.

Para desarrollar los mismos, es necesario estar al 100% de capacidad mental para desarrollarla adecuadamente. Con la fibromialgia y el dolor crónico en todas las partes del cuerpo es prácticamente imposible realizarlo, a ello se une el resto de dolores en ambos hombros, en los trocánteros (caderas). Además, la actora también tiene la Trastorno Distímico, que es un trastorno afectivo crónico y, aunque de intensidad menor que la depresión, al destacar la médico forense la presencia de un humor depresivo constante o recurrencias continuadas, es muy difícil la interacción con las personas necesitadas que

requieren de fuerza mental, energía y vitalidad, falta de concentración, baja autoestima y fatiga, justo al contrario que una persona con Trastorno Distímico.

En este sentido, podemos citar las Sentencias expuestas al inicio:

-Sentencia dictada el día 16 de Diciembre de 2020 por la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de [REDACTED] en el Recurso de Suplicación núm. [REDACTED] siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. [REDACTED] que establece:

“El segundo motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (EDL 2011/222121) y denuncia la vulneración del artículo 194 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015) (EDL 2015/188234) por entender que las dolencias y limitaciones de la trabajadora son constitutivas de una incapacidad permanente total o subsidiariamente parcial para su profesión habitual de **auxiliar de ayuda a domicilio**. Para resolver el motivo hemos de atenernos a los hechos probados de la sentencia de instancia, pero dado que los mismos son inexistentes, limitándose a citar informes emitidos, de manera que al final lo determinante es su valoración, contenida en los fundamentos, que se atiene al informe médico de síntesis (folio 109 y 110 de los autos), de manera que esta Sala resuelve en base al mismo. El cuadro médico de la trabajadora se caracteriza por una patología lumbar sin radiculopatía, a la que se unen dolores generalizados y astenia debidos a diagnóstico de **fibromialgia** y por clínica psiquiátrica por trastorno adaptativo mixto reactivo al dolor por la **fibromialgia**. El contenido de dicho informe revela una patología severa, con un brote muy significativo e invalidante en 2018, con atención médica muy continuada desde 2017, somatización intensa y sobre todo el cuadro de dolores y astenia sobre el que el propio informe médico de síntesis refiere un "mal control analgésico". En tales condiciones y sin prejuzgar una evolución futura que permita la revisión no puede considerarse a la trabajadora en situación compatible con el desempeño de las funciones de **auxiliar de ayuda a domicilio**, que es una profesión esencialmente de esfuerzo físico, aunque no intenso y que requiere además cierta estabilidad emocional para el trato con las personas ancianas y discapacitadas que reciben la prestación, por lo que el recurso es estimado.”

-Sentencia dictada el día 4 de Julio de 2016 por la [REDACTED]
de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de [REDACTED] en el Recurso de
Suplicación núm. 867/2015, siendo Ponente la Ilma. Sra. Da. [REDACTED]
[REDACTED] que establece:

“Inmodificado el relato fáctico, teniendo en cuenta que la actora presta sus servicios como **auxiliar de ayuda a domicilio** y que las principales tareas que ha de desarrollar son las que recoge el ordinal primero de la relación de hechos, entre otras la de encamados y movilizaciones de encamados de los usuarios así como levantarlos de la cama y acostarlos, tareas que exigen esfuerzos físicos importantes y una movilización de las extremidades superiores en relación al levantamiento de pesos, así como flexiones lumbares, para lo que se encuentra limitada tal y como recoge el hecho probado cuarto, no pudiendo desempeñar su trabajo habitual con eficacia al estar limitada para las tareas fundamentales de su profesión.

Lo expuesto nos lleva, con estimación parcial del recurso, a revocar la sentencia de instancia reconociendo a la recurrente afecta a una incapacidad permanente total para su profesión habitual.”

Aplicado lo anterior a nuestro caso, resulta que mi representada carece de los elementos estructurales necesarios para desarrollar esta profesión que, como ya hemos indicado y menciona la Jurisprudencia, es eminentemente física, que trata y se ocupa de seres humanos y cualquier debilidad a la hora de ejecutar su trabajo puede acarrear consecuencias nefastas al tratarse de seres humanos que requieren ayuda y no de objetos o máquinas. Se da la circunstancia que nos encontramos en el supuesto contrario, ya que mi representada no puede ayudar a personas a domicilio, sino que es ella la que requiere de esa ayuda ante la pluripatología que presenta y limitaciones funcionales derivadas de la misma.

En el presente caso, la actora no puede ejecutar su profesión laboral con los parámetros que requieren nuestros tribunales de un mínimo de eficacia, productividad, rentabilidad, exigencia, continuidad, dedicación y, con un mínimo de capacidad y rendimiento económico aprovechable, que ante las circunstancias que tiene la actora y su última profesión no se da.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO PARA ANTE LA SALA: Que teniendo por presentado este escrito, así como los autos que se devuelven, se sirva admitirlo y en mérito de lo expuesto, tenga por formalizado en tiempo y forma RECURSO DE SUPLICACIÓN contra la Sentencia dictada con fecha 5 de Mayo de 2022 por el Juzgado de lo Social [REDACTED] en procedimiento núm. [REDACTED], seguido a instancias de Doña [REDACTED] contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, por Incapacidad Permanente, con todas las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento y dicte otra más ajustada a Derecho de conformidad a lo expuesto en el cuerpo de este escrito.

Es justicia que pido en [REDACTED] a 6 de Junio de 2022.

