

TSJ Galicia, Sala de lo Social, Sec. 1.ª, 1480/2022, de 29 de marzo

Recurso 5815/2021. Ponente: CARLOS VILLARINO MOURE

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^ª Zaida presentó demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 457/2021, de fecha veintisiete de julio de dos mil veintiuno.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: " 1.- D^ª. Zaida, nacida el NUM000 de 1974, figura afiliado a la Seguridad Social en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con el número NUM001, con profesión habitual "peluquera". La base reguladora mensual asciende a 1.450,57 €;. 2.- Por D^ª. Zaida, se interesó el reconocimiento de incapacidad permanente, previo informe médico emitido el 2 de octubre de 2020, el Equipo de Valoración de Incapacidades formuló dictamen propuesta el 5 de octubre de 2020, dictándose por Dirección Provincial de A Coruña del Instituto Nacional de la Seguridad Social, resolución en fecha de 9 de octubre de 2020, en la que se deniega la prestación de incapacidad permanente interesada, por no alcanzar las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de incapacidad permanente. 3.- Por D^ª. Zaida, en el plazo conferido, formuló reclamación previa interesando la declaración de incapacidad permanente, resolviendo la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en fecha 10 de noviembre de 2020, en el sentido de desestimar la reclamación. 4.- La demandante ha sido diagnosticada con cuadro clínico residual de: "fibromialgia, trastorno mixto ansioso depresivo", que le ocasionan como limitación orgánica y funcional "dolor esquelético difuso y bajo ánimo reactivo". 5.- Por Resolución de fecha 27 de octubre de 2017, dictada por la Consellería de Política Social de Xunta de Galicia, se reconoce a D^ª. Zaida, un grado de minusvalía del 47 %, de modo definitivo desde el 21/09/2017, en base al cuadro clínico médico "síndrome miofascial generalizado, fibromialgia, discopatía cervical, protusión discal, resctificación lordosis lumbar, trastorno adaptativo depresivo", que determinan un grado del 39 % y además 8 puntos por factores sociales complementarios. 6.- Se agotó la vía administrativa previa".

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "FALLO: Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda interpuesta por D^a. Zaida, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y en consecuencia debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de las pretensiones contra la misma articuladas".

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente, procediéndose a dictar la presente sentencia tras la deliberación correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aproximación general al objeto del recurso

La sentencia de instancia desestimó la demanda, en la que se pretendía el reconocimiento de una incapacidad permanente total.

La parte actora recurre en suplicación al amparo del art. 193 b) y c) LRJS, solicitando la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de la demanda, con reconocimiento de una incapacidad permanente total.

No se impugnó el recurso.

SEGUNDO.- Revisión de hechos probados del art. 193 b) LRJS

La parte demandante, en su escrito de recurso, discute el relato fáctico de la sentencia de instancia, al amparo del art. 193 b) LRJS -" Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas"-.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los Tribunales Superiores, interpretando el precepto citado, han venido exigiendo para acoger una revisión de hechos en aplicación del art. 193 b) LRJS:

(1) Que tal revisión se funde en un medio de prueba hábil. Con el art. 193. b) LRJS ha de tratarse de la prueba documental y de la pericial. No se ha admitido la alegación de prueba negativa, es decir, la consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido suficientemente, salvo en el caso de que se haya infringido la regla constitucional de mínima actividad probatoria, es decir, si existe una total y absoluta falta de prueba al respecto - STS 18-3-1991 y STS 3-4-1998-.

(2) No se han incluido dentro de la prueba documental o pericial los informes de investigadores privados (STS 24 febrero 1992). Tampoco los medios de reproducción de la palabra, de la

imagen o del sonido (STS 16 junio 2011), pero el Tribunal Supremo ha matizado o precisado su jurisprudencia en la STS de 23 de julio de 2020 (rec: 239/2018), que citamos en parte, dada su relevancia:

"Hay que distinguir entre medios de prueba y fuentes de prueba. Medios de prueba son los instrumentos de intermediación requeridos por el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior; mientras que la fuente de prueba se refiere a la fuente de información del mundo exterior que está en capacidad de ofrecer el medio de prueba. Las fuentes de prueba que se incorporan al proceso a través de los medios de prueba son ilimitadas (art. 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -en adelante LEC). La LEC sanciona el carácter de *númerus apertus* de las fuentes de prueba, pero los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC. La controversia radica en determinar si la concisa regulación de estos medios probatorios establecida en la LEC (arts. 299.2 y 382 a 384) configura unos medios de prueba autónomos, es decir, unos complejos normativos completos, o si dichas normas no constituyen medios de prueba independientes sino que deben ponerse en relación con la prueba documental.

3. La LEC contiene preceptos favorables al concepto amplio de prueba documental: arts. 326.3 , 327 , 333 y 812.1.1º. A juicio de este Tribunal, la LEC no regula dos medios de prueba nuevos sino únicamente unas fuentes de prueba. Los arts. 299.2 , 382.1 y 384.1 de la LEC se limitan a enumerar diferentes instrumentos y actividades. Se trata de una regulación brevísima: la LEC se ha limitado a establecer las peculiaridades de estas fuentes de prueba porque, a diferencia de los documentos escritos, no basta con dar traslado de estas pruebas a la parte contraria sino que normalmente es preciso proceder al visionado del vídeo, a la escucha del audio o al examen del instrumento de archivo. Pero los medios de prueba son los enumerados en el art. 299.1 de la LEC , los cuales constituyen un *númerus clausus*. (...)

El avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo. En consecuencia, debemos atribuir la naturaleza de prueba documental a los citados correos electrónicos obrantes a los folios 730, 731 y 505 de las actuaciones. Ello no supone que todo correo electrónico acredite el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados. Para ello será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de literosuficiencia."

(3) Que la prueba alegada revele un error del juzgador, de modo palmario o evidente, sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis o razonamientos. Fuera del supuesto referido, ha de prevalecer la apreciación fáctica del órgano de instancia, y en especial en el caso de que la prueba invocada resulte contradicha por otros medios de prueba - SSTC nº 44/1989 de 20-2-89; y 24/1990, de fecha 15-2-1990; y SSTS 30-10-91, 22-5-93, 16-12-93 y 10-3-94-. Y así, con la excepción indicada, no es posible sustituir la percepción de la prueba del juzgador de instancia por un juicio valorativo de la parte interesada (SSTS 6-5-85 y 5-6-95).

En tal sentido, ha señalado la STS de 23 de julio de 2020 (rec: 239/2018), en relación con ello que: "En definitiva, no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador a quo ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario [...] en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (sentencias del TS de 6 de junio de 2012, recurso 166/2011 ; 19 de febrero de 2020, recurso 183/2018 y 17 de marzo de 2020, recurso 136/2018 , con cita de otras muchas)."

(4) Ha de tener tal revisión trascendencia para modificar el fallo de instancia, - SSTS de 28-5-2003; 02-06-92; 16-04-14 (Rec. 261/13); y 25-05-14 (Rec. 276/13)-. En relación con ello, ha matizado el Tribunal Supremo que: "... pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental"(STS 14-6-2018; rec: 189/2017).

(5) La modificación propuesta no ha de contener valoraciones jurídicas predeterminantes del fallo. Así ha señalado el Tribunal Supremo que: "... la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas (SSTS 27/01/04 -rco 65/02 -; 11/11/09 -rco 38/08 -; y 20/03/12 -rco 18/11 -), pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica (SSTS 07/06/94 -rco 2797/93 -; ... 06/06/12 -rco 166/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -)." - STS 14-6-2018 (Rec. 189/2017)-.

(6) Y se exigen determinados requisitos formales en la interposición del recurso de acuerdo con el art. 196.2 y 3 LRJS, que afectan directamente al motivo de revisión de hechos probados del art. 193 b) LRJS. Y así: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, proponiendo en su caso una redacción alternativa de los hechos probados; y b), que se precise a través de qué concreto medio de prueba hábil a efectos de suplicación se pretende esa revisión -por todas, SSTSJ Galicia 16-09-15 (Rec. 1353/14); 12-06-15 (Rec. 4364/13); 14-05-15 (Rec. 4385/13); 09-03-15 (Rec. 3395/13); 11-02-15 (Rec. 970/13); 20-01-15 (Rec 3950/14)-.

(7) Además, no puede olvidarse, como ya señaló esta Sala en la sentencia de 13 de noviembre de 2015 (Rec: 5035/2014) que: " nuestro o sistema procesal, atribuye al Juzgador de instancia la apreciación de los elementos de convicción- concepto más amplio que el de medios de prueba- para fijar una verdad procesal que sea lo más próxima posible a la real, para lo que ha de valorar, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS Laboral ; así lo ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo (entre otras sentencia de 17 de diciembre de 1990) y en la misma medida se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 81/88 de 28 de abril

señalando que el Juez de lo Social incardina unos hechos en las previsiones legales, reiterando que la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo "en conciencia y mediante una valoración conjunta". Ello implica, atendiendo a la especial naturaleza del Recurso de Suplicación, que el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba sino realizar un control de la legalidad de la Sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada."

En concreto, pretende la parte recurrente las siguientes revisiones fácticas, que exponemos y pasamos a resolver:

1º) En primer lugar, la modificación del hecho probado tercero, para que el mismo pase a tener la redacción que obra a las páginas 2-3 del escrito de recurso. En concreto, se trata de añadir el inciso inicial: " Por el INSS se tramitó de oficio, tras agotamiento de un período de incapacidad temporal de 545 días, expediente de incapacidad permanente a Dª...". Y, asimismo, un inciso final que recoja: " En realidad, la baja de la que trae causa el expediente de IP, se inició en fecha 4- 10-18, por trastorno de ánimo depresivo".

A tal efecto, se invoca el informe médico de síntesis, al folio 8, o 42 del expediente del INSS; los folios 27-28, relativos a la demora en la calificación; y la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, a los folios 101-104 de autos.

Se admite la revisión propuesta, por resultar de los documentos invocados, y permitir precisar el citado hecho probado.

2º) En segundo lugar, se pretende la revisión del hecho probado cuarto, para incluir en el mismo la expresión " por el EVI", a la vista de los folios 5 vuelto y 41 vuelto de autos.

No se admite la revisión propuesta. El citado hecho probado ya recoge determinados diagnósticos de la parte, siendo ello lo relevante más allá de cuál fuera la fuente de prueba de que deriva, por lo que resulta intrascendente la adición pretendida.

3º) En tercer lugar, pretende la parte que se introduzca un nuevo hecho probado cuarto bis, con el tenor literal que obra a la página 4 del escrito de recurso. A tal efecto, invoca los informes médicos a los folios 9-10 y 47 de autos.

Se admite la citada revisión fáctica, pues se trata de dolencias no recogidas en los hechos probados, y que obran en informe de especialista del SERGAS, en reumatología, de 7 de mayo de 2020. Si bien se admite la revisión sin incluir las pruebas practicadas, pues lo relevante, con el art. 97.2 LRJS, es hacer constar los hechos tenidos por probados. Además, expresan tales diagnósticos de manera ordenada. Se adiciona así un hecho probado cuarto bis, con el siguiente tenor:

" Además, la parte presenta hiperlordosis e hipocifosis cervicodorsolumbar, espondilosis cervical de C5 a C7, hernia discal extruida de localización paramedial derecha en el segmento

C5C6 y hernia contenida en C6C7, con obliteración parcial del espacio subaracnoideo anterior (perimedular) e hipolordosis cervical marcada. Así como protrusión discal focal C2C3 y C3C4. Valorada en neurocirugía no se consideró, por ahora, opción quirúrgica".

4º) En cuarto lugar, se pretende la adición de un hecho probado cuarto ter, con el tenor literal que obra a la página 4 del escrito de recurso. Todo ello con fundamento en los folios 8, informe médico de síntesis; 71-83, informes médicos de neurología; y 84-88 informes de psiquiatría.

No se admite la revisión propuesta. Por un lado, la parte introduce valoraciones o afirmaciones que no constan con claridad en los informes, como es que el tratamiento farmacológico sería para el dolor. Por otro lado, los diagnósticos referidos en los citados informes, y que se pretenden adicionar, ya obran, en esencia en los hechos probados. Por tanto, de los citados informes invocados no sigue la existencia de un error patente o manifiesto en la valoración de la prueba.

5º) En quinto lugar, pretende la parte la adición de un hecho probado con el siguiente tenor: " A la fecha del juicio se hallaba de baja por trastorno depresivo, desde el 21-5-21". A tal efecto, invoca los folios 99-100 de autos, que recoge informe de períodos de IT.

Se admite tal revisión fáctica, pero precisando que la fecha de la baja es de 4-5-2021, e incluyendo el diagnóstico completo de " trastorno depresivo mayor".

TERCERO.- Motivo de recurso al amparo del art. 193 c) LRJS

La parte actora recurre al amparo del art. 193 c) LRJS -" Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia"-.

Señala, a tal efecto, la infracción de los arts. 193 y 194.1 b) LGSS. Argumenta que, fruto de las dolencias y limitaciones que presenta, no puede desarrollar su profesión habitual de peluquera, por lo que le corresponde una incapacidad permanente total.

Entrando en el fondo, con el art. 194 LGSS -en relación con la DT 26ª-, la incapacidad permanente total exige que no se puedan desarrollar todas o las fundamentales tareas de la profesión habitual.

Además, la valoración del grado de incapacidad permanente debe realizarse atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso concreto; y así esta Sala ya señaló en la STSJ Galicia de 9 de marzo de 2016 (rec: 951/2015) que: " tal y como hemos reiterado con anterioridad -sólo entre las más recientes, SSTSJ Galicia 12/01/16 R. 110/14 , 15/12/15 R. 3760/14 , 11/11/15 R. 2472/14 , 05/11/15 R. 1692/14 , etc.- la existencia o no de IP y su ubicación en uno de los grados legalmente establecido se determina mediante un complejo proceso valorativo en el que se ponen en relación el cuadro general de las dolencias, la afectación personal y el trabajo del sujeto. Y, como quiera que estos tres elementos y sus interrelaciones recíprocas no son nunca exactamente las mismas, las decisiones van a ser circunstanciales y casuísticas (SSTC 232/1991, de 10/Diciembre ; y 53/1996, de 26/Marzo ; y STS 15/12/98 Ar. 439/99). Por esta razón, los Tribunales Superiores han renunciado a establecer criterios generales y abstractos que organicen la inclusión de las situaciones de IP en uno u otro grado, y niegan la posibilidad de establecer comparaciones entre diversos supuestos resueltos judicialmente de forma distinta (

STS 9/03/95 Ar. 1758). La decisión debe acomodarse a un necesario proceso de individualización, en atención a cuáles sean las concretas «particularidades del caso a enjuiciar» (SSTS 02/04/92 Ar. 2587 y 29/01/93 Ar. 379), que lo diferenciarán de las situaciones de otros distintos afectados, tanto por la incidencia de otras lesiones, como por la concreta actividad desempeñada por el mismo, que es la determinante a efectos de esa valoración (STS 23/11/00 Ar. 10300). En consecuencia, la Sala ha de hacer dicho proceso valorativo y de subsunción normativa en atención a qué «hechos singulares» concurren en el caso (SSTS 17/03/89 Ar. 1878 ; 27/11/91 Ar. 8421 ; y 09/04/92 Ar. 261), ya que lesiones supuestamente iguales pueden diferenciarse en su gradación, en el modo en que afectan a cada trabajador, o en su repercusión funcional (STS 25/01/00 Ar. 1068)."

Y dicho esto, entendemos que, en el caso de autos, el recurso ha de ser estimado, por apreciarse la censura jurídica esgrimida; y ello dado que, a la vista de los hechos probados, cabe concluir que la parte esté impedida para desarrollar todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual de peluquera de alta en el RETA -hecho probado primero-.

A tal efecto, la parte presenta como dolencias físicas, en esencia, fibromialgia, así como las patologías cervicales adicionadas en el anterior fundamento jurídico. A ello se suma un trastorno mixto ansioso depresivo. Fruto de ello, presenta como limitaciones: dolor esquelético difuso y bajo ánimo reactivo -hecho probado cuarto, y revisiones fácticas más arriba admitidas-.

Pues bien, la profesión habitual de peluquera exige un contacto con clientela e interacción con la misma, para lo cual la parte está limitada por su dolencia psíquica, y dado el bajo ánimo reactivo que presenta. Si ponemos ello, además, en relación con las patologías físicas que presenta, y con el dolor asociado, hemos de concluir que no puede desarrollar, con un rendimiento suficiente, su profesión habitual, y por ello le corresponde una incapacidad permanente total.

Según el antecedente de hecho primero de la sentencia de instancia, solicitó que fuese cualificada (75% de base reguladora), pero es lo cierto que no constan en los hechos probados todos los requisitos que, a tal efecto, exige el art. 38.1 RD 2530/1970, que señala en relación al RETA que:

"...La pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual se incrementará en un 20 por ciento de la base reguladora que se tenga en cuenta para determinar la cuantía de la pensión, cuando se acrediten los siguientes requisitos:

a) Que el pensionista tenga una edad igual o superior a los 55 años. En los casos en los que el reconocimiento inicial de la pensión de incapacidad permanente se efectúe a una edad inferior a la señalada, el incremento del 20 por ciento se aplicará desde el día 1.º del mes siguiente a aquel en que el trabajador cumpla los 55 años de edad, siempre que a dicha fecha se reúnan los requisitos establecidos en los párrafos siguientes.

En los supuestos en que el derecho al incremento del 20 por ciento nazca en un año natural posterior a aquel en que se produjo el reconocimiento inicial de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual, a ésta, incrementada con el mencionado 20 por ciento, se le aplicarán las revalorizaciones que, para las pensiones de la misma naturaleza, hubiesen tenido lugar desde la expresada fecha.

b) Que el pensionista no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social. El incremento de la pensión quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo o efectúe una actividad lucrativa por cuenta propia que sea compatible con la pensión de incapacidad permanente total que viniese percibiendo.

c) Que el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo."

En tal sentido, la STS de 15 de julio de 2015 (rec: 2204/2014) señala que deben concurrir y acreditarse los tres requisitos señalados para tener derecho a la incapacidad permanente total cualificada en el RETA. Por tanto, no cabe reconocer la incapacidad permanente total como cualificada, sin perjuicio de que así se le reconozca la misma cuando acredite, en su caso, las citadas exigencias.

CUARTO.- Costas del recurso

No procede hacer condena en costas, por tener la parte recurrente derecho de asistencia jurídica gratuita - arts. 235.1 LRJS y 2 Ley de Asistencia jurídica gratuita-.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Zaida frente a la sentencia de 27 de julio de 2021 del Juzgado de lo Social nº 5 de A Coruña, dictada en los autos nº 922/2020, que revocamos. Todo ello estimando en parte la demanda en su día presentada, en los siguientes términos:

1º.- Declaramos que la parte actora se encuentra en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, con condena al abono de la prestación correspondiente, con los efectos y calculada en la forma legal y reglamentariamente prevista.

2º.- Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL