

Tribunal Superior de Justicia de [REDACTED]

NIG: [REDACTED]

**Procedimiento Recurso de Suplicación** [REDACTED]

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social [REDACTED]

**Materia:** Incapacidad permanente  
[REDACTED]

**Sentencia número:** [REDACTED]

**Ilmos. Sres**

Dña. [REDACTED]

Dña. [REDACTED]

Don. [REDACTED]

En [REDACTED] a veintidós de diciembre de dos mil veintidós habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la [REDACTED] de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación [REDACTED] formalizado por el/la LETRADO D. [REDACTED] en nombre y representación de Dña. [REDACTED] contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social [REDACTED] en sus autos número Seguridad social [REDACTED], seguidos a instancia de Dña. [REDACTED] contra INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), en reclamación por Incapacidad permanente, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. [REDACTED], y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

*“PRIMERO.- La demandante, Dña. [REDACTED], afiliada a la Seguridad Social con nº [REDACTED], encuadrada en el régimen general siendo su profesión habitual Auxiliares de ayuda a personas dependientes a domicilio.*

*SEGUNDO.- Se tramitó expediente de incapacidad permanente, por Resolución del INSS de fecha 2-12-2019, previo informe del EVI 21-11-2019 y dictamen propuesta de fecha 27-11-2019, que deniega la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados.*

*Se interpuso reclamación previa, y se dictó Resolución de fecha 31-1-2020 que desestimo la reclamación previa.*

*TERCERO.- Base reguladora de la incapacidad permanente Total es de 1.072,23 euros con fecha de efectos 27-11-2019*

*La base de la incapacidad permanente Parcial es de 1.283,73 euros. CUARTO.- El cuadro clínico de la demandante es el siguiente;*

*Trocanteritis derecha refractaria. Tto: vasectomía y tenotomía (Jun-19), favorable.*

*Actual BA y conservados. 2) Omalgia izqda. ( ECO: enteropatía manguito sin roturas., artrosis A-C), BA conservado. 3) Discopatía lumbar multinivel (sin radiculopatía actual). 4) HTA, regular contro, sin cardiop. estructural. Hipotiroidismo.*

*El EVI informe de fecha 21-11-2019 1) Trocanteritis dcha refractaria. bursectomía y tenotomía ( Jun-19), evolución favorable. Actual BA y BM conservados.*

*2) Omalgia izqda ( ECO: entesopatía manguito sin roturas., artrosis A-C), BA conservado.*

*3) Discopatía lumbar multinivel ( sin radiculop. actual).*

*4) HTA, regular control, sin cardiop. estructural.*

*No se objetiva limitac organica / funcional.*

*El informe del médico forense de fecha 25-11-2021, que obra en autos y se da por reproducido 1. Fibromialgia con síntomas acompañantes.*

*2. Espondiloartrosis y discopatía lumbar sin radiculopatía.*

*3. Tendinopatía de manguito rotador de hombro*

*4. Trocanteritis bilateral..*

*5. Trastorno distímico.*

*En la exploración, el médico forense recoge MIEMBROS INFERIORES: cicatriz cadera derecha con buen aspecto. Dolor trocantéreo izquierdo. MIEMBROS SUPERIORES:*

diestra. No atrofia muscular. Hipoestesia en territorio cubital. Tincl positivo mediano y cubital. Hombro izquierdo con dolor en porción larga del bíceps. No limitación de la movilidad. El dolor aumenta con abducción activa a partir de 90°. REGION LUMBAR: realiza flexión dorsolumbar sin limitación. Movilidad conservada excepto últimos grados de extensión. Dolor paravertebral lumbar bilateral. Lasegue negativo. Fuerza y ROT conervados. Hipoestesia L4 izquierda, S1 derecha. EXPLORACIÓN PSICOPATOLÓGICA: Se muestra lúcido, abordable y colaborador. Lenguaje fluido, sin alteraciones en la fluidez del mismo. Mantiene correctamente la atención durante toda la entrevista. Durante la entrevista no se objetivan alteraciones de la conciencia. No refiere alteraciones sensorperceptivas (ilusiones, alucinaciones). No se objetivan alteraciones del ritmo o del contenido del pensamiento (ideación delirante).

Memoria: No apreciamos alteraciones significativas de la memoria reciente, ni remota. No parece limitada su capacidad de fijación. Correctamente orientado en el tiempo, espacio y persona. Afectividad: estado de ánimo levemente depresivo. No se objetiva distanciamiento afectivo. Satisfecha con el trabajo actual, se encuentra apoyada, con sensación de utilidad y mejora de la calidad del sueño. Mantiene relaciones sociales y familiares. La Fibromialgia ha realizado tratamiento farmacológico con mejora parcial enfermedad es crónica pero aún no están agotadas las posibilidades terapéuticas.

2. Sufre Espondiloartrosis y discopatía lumbar sin radiculopatía, presenta afectación multinivel, de predominio L5- S1 sin afectación radicular. No existen datos de alarma. No ha realizado tratamiento fisioterápico, infiltrativo ni quirúrgico por lo que se considera que su situación no es crónica ni irreversible, no habiendo agotado las opciones terapéuticas.

3. Que la paciente sufre Tendinopatía de manguito rotador de hombro. Ha realizado tratamiento fisioterápico con mejora no precisando tratamiento complementario con infiltraciones o cirugía. Es probable que presente reagudizaciones del dolor de localización acromioclavicular por su patología degenerativa de base, pudiendo necesitar de nuevo tratamiento. Se considera, por lo tanto, que se trata de una patología crónica pero no irreversible, pudiendo mejorar durante los posibles cuadros de reagudización con los eventuales tratamientos.

4. Que la paciente sufre Trocanteritis bilateral. Presenta mejora no completa intervención por trocanteritis derecha y fracaso terapéutico del tratamiento infiltrativo por trocanteritis izquierda. 5. Que la paciente sufre Trastorno distímico. Ha sido diagnosticada de dicho trastorno de forma reactiva a su situación médica y laboral. No repercute de forma importante en su funcionalidad y ha presentado mejora con el tratamiento farmacológico, psicológico y talleres y tras reanudar su actividad laboral. Por lo tanto, es previsible que presente mayor mejora junto con la estabilización de su situación médica. Consideramos que no se trata de una patología crónica ni irreversible y que, en sí misma, no supone ninguna limitación funcional.

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

“Que desestimando como desestimo la demanda formulada por DÑA. [REDACTED]

██████████ *contra INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), debo absolver y absuelvo a éstos de los pedimentos de aquella.”*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante Dña. ██████████, formalizándolo posteriormente; tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 14/09/2022, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** - La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social ██████████ de fecha 5 de mayo de 2022, desestima la demanda, en solicitud del reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de total o subsidiariamente, en el de parcial, para la profesión de auxiliar de ayuda a personas dependientes a domicilio.

Frente al fallo, se interpone el presente Recurso de Suplicación por el Letrado de la actora DOÑA ██████████, no habiéndose presentado escrito de impugnación por la contraparte ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

**SEGUNDO.** -Se formulan como motivos del Recurso de Suplicación los que se indican seguidamente:

MOTIVOS PRIMERO A TERCERO.- Se articulan los presentes motivos al amparo del artículo 193. b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social al entender que se deben consignar /modificar hechos probados con base en documentos.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Social), en sentencia de 01-02-2022, nº 90/2022, rec. 2429/2019, establece:

*“(…) el proceso laboral es un procedimiento judicial de única instancia en el que la valoración de la prueba corresponde al órgano judicial ante el que se celebra el acto de juicio oral, por lo que los recursos que caben contra la sentencia de instancia, de suplicación o casación, son de carácter extraordinario.*

*Solo pueden interponerse por motivos tasados, y con alcance muy limitado en lo que se refiere a la posible revisión del contenido de los hechos probados, que únicamente podrá modificarse con base a los específicos medios probatorios en cada caso admitidos, bajo el cumplimiento de los excepcionales e insoslayables requisitos que a tal efecto vienen impuestos en la normativa procesal.*

*De lo que se desprende que el acceso a la suplicación y a la casación no puede convertirse en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia finalidad de tales recursos, lo que explica las rigurosas limitaciones legales y jurisprudenciales existentes en orden a la revisión de hechos probados.*

*Como recuerda, por citar alguna, la STS 22/11/2021, rec. 106/2021, de los antedichos preceptos legales se deriva que la revisión de los hechos probados debe atenerse al estricto cumplimiento de los siguientes requisitos:*

- "1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).*
- 2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.*
- 3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.*
- 4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. ....*
- 5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.*
- 6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.*
- 7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.*
- 8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.*
- 9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea*

*trascendente para el fallo. 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”.*

*.-Motivo Primero. Consignación de un hecho probado NUEVO.*

Se propone en el recurso la adición de un nuevo hecho probado que debería tener la siguiente redacción, tal y como textualmente viene en el recurso:

*“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”.*

Todo ello con base en la siguiente prueba documental, consistente en:

-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 del Ramo de Prueba de la recurrente – folios 116 y 116 - dorso).

-Convenio Colectivo del Sector de Servicio de Ayuda a Domicilio (Documento núm. 8 del Ramo de Prueba de la recurrente) (folios 117 al 118).

-Dictamen Pericial elaborado por el Perito D. [REDACTED] Documento núm. 9 del Ramo de Prueba de la recurrente y folios 119 al 186 de las actuaciones).

No se accede a lo solicitado; y así:

+ La guía profesional del INSS tiene valor orientador pero no constituye documento para basar una revisión de hechos.

+ Los convenios colectivos no son documentos en si mismos, sino textos legales que, por ostentar el carácter de norma jurídica, constituyen una fuente jurídica en sentido propio, carecen de fuerza revisora de los hechos y constituyen una cuestión de derecho que influye en la fundamentación jurídica.

+ Se ha de tener en cuenta que la mera cita en bloque de documentos (aquí del informe pericial de 67 folios), no es suficiente, porque como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11-2-2016, *«el recurrente está obligado a determinar con exactitud y precisión el documento o documentos concretos y particularizados en que se apoya su pretensión revisora...; esto es, la parte recurrente debe señalar el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone»* [en tal sentido, SSTs 03/05/01 -rc 1434/00 -; y 12/02/13 -rc 254/11 -];”

.-Motivo Segundo. Consignación de un hecho probado NUEVO.

Se propone en el recurso la adición de un nuevo hecho probado que debería tener la siguiente redacción:

*“La actora fue despedida de la empresa [REDACTED] con efectos del día 20 de Mayo 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%”.*

Todo ello con base en la siguiente prueba documental:

-Informe de Medicina del Trabajo elaborado por [REDACTED] de fecha 21 de Marzo de 2020, correspondiendo al Documento núm.1 del ramo de prueba de la recurrente y a los folios 95 a 102.

-Carta de Despido Objetivo de 4 de Mayo de 2020, correspondiendo al Documento núm. 2 del ramo de prueba del recurrente y al folio 103 y dorso.

-Informe Pericial de fecha 11 de Enero de 2022 elaborado por el Perito, D. [REDACTED] consistente en el documento núm. 9 del ramo de prueba de la recurrente y folios 119 a 186 de las actuaciones.

Se accede únicamente a la inclusión del nuevo hecho con la redacción exclusivamente propuesta en el primer párrafo por corresponderse con la documental que se cita, y ello sin perjuicio de su valoración y/o trascendencia a los efectos de modificar el sentido del fallo de la sentencia de instancia que es la finalidad última del recurso de suplicación, sin que pueda ser tenido en cuenta el informe pericial por adolecer en su alegación -como prueba documental- del defecto consignado anteriormente.

.-Motivo Tercero. Complemento del hecho probado CUARTO.

Ha de partirse del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia que es del tenor literal siguiente:

*“El cuadro clínico de la demandante es el siguiente;*

*Trocanteritis derecha refractaria. Tto: vasectomía y tenotomía (Jun-19), evolución favorable. Actual BA y conservados. 2) Omalgia izqda. (ECO: enteropatía manguito sin roturas., artrosis A-C), BA conservado. 3) Discopatía lumbar multinivel (sin radiculopatía actual). 4) HTA, regular control, sin cardiop. estructural. Hipotiroidismo.*

*El EVI informe de fecha 21-11-2019 1) Trocanteritis dcha refractaria. bursectomía y tenotomía ( Jun-19), evolución favorable. Actual BA y BM conservados.2) Omalgia izqda (ECO: entesopatía manguito sin roturas., artrosis A-C), BA conservado.3) Discopatía lumbar multinivel ( sin radiculop. actual).4) HTA, regular control, sin cardiop. estructural. No se objetiva limitac organica / funcional.*

*El informe del médico forense de fecha 25-11-2021, que obra en autos y se da por reproducido 1. Fibromialgia con síntomas acompañantes.*

*2. Espondiloartrosis y discopatía lumbar sin radiculopatía.*

*3. Tendinopatía de manguito rotador de hombro*

*4. Trocanteritis bilateral.*

*5. Trastorno distímico.*

*En la exploración, el médico forense recoge MIEMBROS INFERIORES: cicatriz cadera derecha con buen aspecto. Dolor trocantéreo izquierdo. MIEMBROS SUPERIORES: diestra. No atrofia muscular. Hipoestesia en territorio cubital. Tinel positivo mediano y cubital. Hombro izquierdo con dolor en porción larga del bíceps. No limitación de la movilidad. El dolor aumenta con abducción activa a partir de 90. REGION LUMBAR: realiza flexión dorsolumbar sin limitación. Movilidad conservada excepto últimos grados de extensión. Dolor paravertebral lumbar bilateral. Lasegue negativo. Fuerza y ROT conervados. Hipoestesia L4 izquierda, S1 derecha. EXPLORACIÓN PSICOPATOLÓGICA:*

*Se muestra lúcido, abordable y colaborador. Lenguaje fluido, sin alteraciones en la fluidez del mismo. Mantiene correctamente la atención durante toda la entrevista. Durante la entrevista no se objetivan alteraciones de la conciencia. No refiere alteraciones sensorceptivas (ilusiones, alucinaciones). No se objetivan alteraciones del ritmo o del contenido del pensamiento (ideación delirante).*

*Memoria: No apreciamos alteraciones significativas de la memoria reciente, ni remota. No parece limitada su capacidad de fijación. Correctamente orientado en el tiempo, espacio y persona. Afectividad: estado de ánimo levemente depresivo. No se objetiva distanciamiento afectivo. Satisfecha con el trabajo actual, se encuentra apoyada, con sensación de utilidad y mejoría de la calidad del sueño. Mantiene relaciones sociales y familiares. La Fibromialgia ha realizado tratamiento farmacológico con mejoría parcial enfermedad es crónica pero aún no están agotadas las posibilidades terapéuticas.*

*2. Sufre Espondiloartrosis y discopatía lumbar sin radiculopatía, presenta afectación multinivel, de predominio L5- S1 sin afectación radicular. No existen datos de alarma. No ha realizado tratamiento fisioterápico, infiltrativo ni quirúrgico por lo que se considera que su situación no es crónica ni irreversible, no habiendo agotado las opciones terapéuticas.*

*3. Que la paciente sufre Tendinopatía de manguito rotador de hombro. Ha realizado tratamiento fisioterápico con mejoría no precisando tratamiento complementario con infiltraciones o cirugía. Es probable que presente reagudizaciones del dolor de localización acromioclavicular por su patología degenerativa de base, pudiendo necesitar de nuevo tratamiento. Se considera, por lo tanto, que se trata de una patología crónica pero no irreversible, pudiendo mejorar durante los posibles cuadros de reagudización con los eventuales tratamientos.*

*4. Que la paciente sufre Trocanteritis bilateral. Presenta mejoría no completa tras intervención por trocanteritis derecha y fracaso terapéutico del tratamiento infiltrativo por trocanteritis izquierda. 5. Que la paciente sufre Trastorno distímico. Ha sido diagnosticada de dicho trastorno de forma reactiva a su situación médica y laboral. No repercute de forma importante en su funcionalidad y ha presentado mejoría con el tratamiento farmacológico, psicológico y talleres y tras reanudar su actividad laboral. Por lo tanto, es previsible que presente mayor mejoría junto con la estabilización de su situación médica. Consideramos que no se trata de una patología crónica ni irreversible y que, en sí misma, no supone ninguna limitación funcional”.*

Proponiéndose en el recurso se complemente el mismo 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 dictaminan que tiene una limitación permanente significativa (superior al 33%) de su capacidad laboral”.*

Todo ello con base en prueba documental, consistente en el Informe médico forense de fecha 25 de noviembre de 2021, folios 33 a 35 de las actuaciones.

No se accede a lo solicitado puesto que se basa en un documento que en la propia sentencia del Juzgado de lo Social, hecho probado cuarto, apartado tercero se da íntegramente por reproducido, siendo innecesario por tanto el destacar algún extremo en concreto.

MOTIVO 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 26ª de la Ley General de la Seguridad Social y en su interpretación judicial, en este sentido, citar a título de ejemplo, las sentencias de los 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 [REDACTED] y 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 este sentido, se alega por la parte recurrente que partiendo de las lesiones fijadas en el hecho probado cuarto junto con los complementos introducidos en el recurso, debe considerarse que ella está afectada de una pluripatología que debe desglosarse en cinco grupos:

.fibromialgia: con 18 puntos positivos, es decir, de carácter severo y crónico con dolor en todo el cuerpo.

.espondiloartrosis y discopatía lumbar sin radiculopatía: con dolor lumbar, hipoestesis, no pudiendo realizar de forma reiterada movimientos de flexión y extensión de la columna.

.tendinopatía del manguito rotador del hombro y omalgia bilateral: con afectación de los dos miembros superiores, esenciales para su trabajo.

.trocanteritis bilateral: afectada la zona de la cadera con fracaso terapéutico.

.trastorno distímico: trastorno afectivo crónico con presencia de humor depresivo constante o con recurrencias continuadas.

Se concluye en el recurso afirmando que no puede realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual dada la actividad física que requiere tanto la atención personal de los destinatarios de la ayuda que ella presta como la atención al domicilio, y la capacidad mental que se requiere para las actividades de apoyo relacionadas con el entorno.

El artículo 194 de la LGSS establece: *“1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente en los siguientes grados:*

*a) Incapacidad permanente parcial.*

*b) Incapacidad permanente total...”.*

La Disposición transitoria vigésima sexta de la LGSS: *“Uno. Lo dispuesto en el artículo 194 de esta ley únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo será de aplicación la siguiente redacción:*

## «ARTÍCULO 194. GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE

*1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados....:*

*a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual*

*b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual....*

*3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.*

*4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta...”.*

Partiendo de que las sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia no constituyen Jurisprudencia a tenor del artículo 1.6 del Código Civil y, en consecuencia, no son un medio hábil para poder acoger un recurso como el de suplicación, ya que no pueden ser alegadas como infringidas por la sentencia de instancia, sino solo como apoyo doctrinal o argumental a las tesis del recurso y de que lo que se valora en una petición de incapacidad permanente no son dolencias ni diagnósticos que pueden ser, como en el caso presente, muy variados y si secuelas, debe precisarse que en los hechos probados no existe como tal un pronunciamiento claro y expreso por parte de la Juzgadora en el que expusiera cual es el cuadro de secuelas que presenta Doña Ana Isabel, limitándose a transcribir en el apartado cuarto el cuadro clínico de la misma, lo que el EVI recoge en su informe de noviembre de 2019 y ciertos datos del informe del médico forense de noviembre de 2021.

Esta Sección de Sala, asumiendo los mencionados cuadros médicos, combinados con las afirmaciones contenidas en la fundamentación jurídica, no comparte el criterio seguido por la Magistrada a quo, puesto que la profesión de la ahora recurrente de auxiliar de ayuda a personas “dependientes” a domicilio, lleva inherente una carga importante de esfuerzos físicos precisamente vinculada a la tipología de personas a las que asiste, en sus casas, que supone una ayuda personal a actividades de aseo e higiene, vestido, alimentación, movilización, para las que no suelen contar con medios mecánicos, siendo necesario por tanto un buen estado tanto de miembros inferiores y espalda como de ambos miembros superiores, no debiéndose olvidar que se trata de atender a personas mayores en sus necesidades personales pero también en sus necesidades de la vivienda como limpieza del inmueble, lavado de la ropa, alimentación, exigencia física que no es compatible con el estado que presenta la Sra. López de la Vega, quien precisamente vio extinguido su contrato de trabajo por ineptitud física sobrevenida, tras no superar el informe del servicio de prevención de su empresa que le calificó como de “No apta”.

El Médico Forense en su informe, al que parece darse en la sentencia un valor prevalente, reconoce que la fibromialgia, lo es con síntomas acompañantes que se definen en el propio informe (rigidez, insomnio, fatiga crónica, parestesias en miembros superiores), que presenta

dolor trocantéreo izquierdo, dolor en los miembros superiores sobre todo a ciertos movimientos, y dolor paravertebral lumbar bilateral.

Las actividades propias de su profesión deben hacerse con rendimiento, habitualidad y también seguridad tanto para la trabajadora como para los destinatarios de su ayuda, encontrándose la recurrente con una disminución de las condiciones físicas e incluso psíquicas, aunque éstas en menor medida, estando afectado por ello el desarrollo del trabajo en términos de normalidad y eficiencia, entendido como imposibilidad de desempeño de todas o al menos las funciones básicas del puesto de trabajo.

Por todo lo expuesto, se considera que la sentencia de instancia ha incurrido en las infracciones puestas de manifiesto en el recurso que debe ser acogido con reconocimiento de la correspondiente prestación económica en los términos fijados en el inmodificado hecho probado tercero.

**TERCERO.** - No procede la imposición de costas, debiendo estarse al art. 235.1 LRJS que prevé esta medida únicamente respecto a la parte recurrente que resulta vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

**CUARTO.** - Contra la presente sentencia cabe Recurso de Casación para la unificación de doctrina (art. 218 LRJS).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLAMOS**

Estimamos el Recurso de Suplicación número 754/2022, formalizado por el Letrado DON [REDACTED], en nombre y representación de DOÑA [REDACTED] contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social número [REDACTED], en sus autos número [REDACTED] seguidos a instancia de la recurrente, frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y frente a TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación por seguridad social.

Y en consecuencia, revocamos dicha sentencia y estimando la demanda declaramos que la actora DOÑA [REDACTED] está afecta de una incapacidad permanente en el grado de total, para su profesión habitual de auxiliar de ayuda a personas dependientes a domicilio, con derecho a percibir una prestación consistente en el 75% de una base reguladora mensual de 1.072,23 euros brutos/mes, con efectos de 27-11-2019, sin perjuicio de las mejoras y/o revalorizaciones que procedan, condenando a los demandados INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por tal declaración y al pago de dicha prestación dentro de sus respectivas responsabilidades.

Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente [REDACTED] que esta sección tiene abierta en [REDACTED] sita en [REDACTED] o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de [REDACTED]. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN [REDACTED]
2. En el campo ORDENANTE, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo BENEFICIARIO, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo "OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento [REDACTED], pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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