

MODIFICACIÓN Y REVISIÓN JUDICIAL DEL GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE: SINGULARIDADES EN TORNO A SU NUEVA CALIFICACIÓN EN SENTENCIA DE SUPPLICACIÓN

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 2017

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA*

SUPUESTO DE HECHO: Cuando se trata de un pleito sobre incapacidad permanente, el trabajador podrá interponer recurso de suplicación con carácter estrictamente jurídico-sustantivo, lo que equivale a poder admitir como cierto el cuadro de dolencias que el magistrado de instancia estableció en su sentencia. De modo que los Tribunales Superiores de Justicia podrán discrepar, exclusivamente, sobre la calificación que en Derecho corresponde a la calificación sobre el grado de incapacidad permanente. El hecho de no haberse intentado la revisión de los hechos probados no constituye impedimento alguno para entrar en el estudio de los motivos de revisión del derecho en suplicación o, lo que es igual, la revisión del derecho puede constituir objeto único del recurso de suplicación sin necesidad de solicitar la previa revisión de los hechos, posibilitándose, de este modo, que la sala de suplicación, dentro de los límites de lo pedido y sin variar los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, valore las dolencias acreditadas en relación con los requerimientos que exija la profesión habitual de la parte demandante, en orden a determinar el grado jurídicamente valorable de su capacidad laboral, con la consecuencia de poder tanto incrementar el grado de incapacidad reconocido en instancia, como de disminuirlo o dejarlo sin efecto.

RESUMEN: El Tribunal Supremo¹ desestima el recurso de casación por unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y declara la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de mayo de 2015, en el recurso de suplicación número 1047/2014, por la que se le reconoce a la trabajadora el grado de incapacidad permanente absoluta. La cuestión litigiosa se centra en debatir el grado de incapacidad permanente y su nueva calificación, por parte del Tribunal Superior de Justicia, sin alterar los

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ STS 4733/2017 - ECLI: ES:TS:2017:4733

hechos probados. Principalmente, son dos las cuestiones objeto de debate: A) Es posible que la sentencia de suplicación, sin variar los hechos probados, altere la calificación de la incapacidad permanente porque es una cuestión jurídica. Para ello se aplica la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 26 diciembre 2000 (rec. 2342/1999), 17 enero 2001 (rec. 563/2000), 6 marzo 2001 (rec. 2344/1999), 16 mayo 2001 (rec. 3676/2000), 25 junio 2001 (rec. 3791/2000), 19 julio 2001 (rec. 2882/2000) y 23 abril 2013 (rec. 729/2012). Así pues, B) no se aprecia contradicción entre las sentencias opuestas calificando la incapacidad permanente de una auxiliar de enfermería que precisa muletas. Por todo ello, resulta de aplicación -entre otras- la doctrina del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2005 (rec. 1711/2004 y 3304/2004; del Pleno 2 noviembre 2005 (rec. 3117/2004), 13 noviembre 2007 (rec. 81/2007), 17 febrero 2010, rec. 52/2009) y 17 febrero 2016 (rec. 2931/2014). Finalmente, en el fallo de la presente sentencia, el Tribunal Supremo entiende que de acuerdo con Ministerio Fiscal, cabe desestimar el recurso frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2015.

ÍNDICE:

1. PROBLEMÁTICA GENERAL Y PECULIARIDADES A LA HORA DE LA DETERMINACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE EN SEDE JUDICIAL
2. HECHOS CONTROVERTIDOS Y ANTECEDENTES EN LA STS DE 12 DE DICIEMBRE DE 2017: NUEVA CALIFICACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE
 - 2.1. Valoración objetiva y recalificación del grado de incapacidad permanente, sin alterar los hechos probados
 - 2.2. Finalidad del recurso de suplicación: valoración de hechos sin alteración de la prueba
3. EVALUACIÓN JUDICIAL DEL CUADRO CLÍNICO DEL TRABAJADOR: ¿OBJETIVACIÓN O SUBJETIVACIÓN DE LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE?

“Un pueblo guerrero halla su dicha en guerras, la paz le es intolerable”

RUDOLF V. IHERING²

² Ihering, R.V: *El fin en el Derecho*, Estudio Preliminar “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho” a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2011, pág. 363.

1. PROBLEMÁTICA GENERAL Y PECULIARIDADES A LA HORA DE LA DETERMINACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE EN SEDE JUDICIAL

Una de las cuestiones más problemáticas que se plantea desde el punto de vista jurídico-laboral es la determinación del grado de incapacidad permanente para la ocupación o actividad habitual³. Esta esquizofrénica situación obliga al Juez laboral a tener que cuantificar la repercusión de un supuesto de hecho ininteligible para cualquier iuslaboralista. Por lo que, en aras de instaurar una valoración justa para el beneficiario de la pensión⁴, deberá el juez decidir el grado de incapacidad en que queda afectado éste para el desempeño de su profesión habitual.

El reconocimiento, modificación o mantenimiento (en los procesos de revisión por mejoría instados por el INSS) de un grado legal determinado de incapacidad y la obtención de las correspondientes prestaciones derivadas de dicha declaración reviste una importancia decisiva para el trabajador, quien se ve aquejado de una alteración de su salud que repercute en su capacidad laboral y le imposibilita o dificulta para seguir realizando su trabajo. Ello, normalmente, desemboca (aunque no siempre) en una extinción de la relación laboral⁵. A este respecto, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo -en relación a un supuesto de accidente de tráfico- ya se ha pronunciado, a fecha de 25 de marzo de 2010, al decir que: “el factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta ha sido interpretado por algunos como un factor que tiene por objeto resarcir el perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral”. Ahora bien, esta opinión resulta difícilmente admisible con carácter absoluto, pues la regulación de este factor demuestra que tiene como objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales. En efecto, en la enunciación

³ La definición legal de incapacidad permanente consta de dos elementos básicos: el estado de incapacidad y su relación con el trabajo. De acuerdo con esta idea se considera incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral, en el bien entendido de que no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo (art.193 del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

⁴ Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X.M: *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Barcelona, Atelier, 2017, págs. 134 y siguientes. Martínez Girón, J: “¿Habrá que suprimir la competencia de los tribunales laborales para conocer de los pleitos sobre determinación del grado de la incapacidad permanente”, VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coords.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, págs. 765-767.

⁵ Buenaga Ceballos, O: “Proceso judicial de incapacidad permanente y argumentación jurídica”, VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coords.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, cit., págs. 913 y siguientes.

del factor de corrección se utiliza el término “ocupación o actividad habitual” y no se contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado. Sin embargo, la falta de vertebración de los tipos de daño de que adolece el Sistema de valoración impide afirmar que este factor de corrección sólo cubra daños morales. De este modo, se acepta el hecho de que -en una proporción razonable- pueda esta pensión (lógicamente, cuando la incapacidad permanente es calificada en grados de total, absoluta o gran invalidez) estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima. No obstante, no cabe aceptar que se ésta su finalidad única, ni siquiera principal (en este sentido se ha pronunciado la STS, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2007).

La cuestión litigiosa en la presente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017 (número de recurso 981/2017) no se centra tanto en la naturaleza de la pensión, sino más bien en la concreción de si el Tribunal Superior de Justicia puede o no revisar en suplicación el grado de incapacidad permanente del beneficiario, sin alterar los hechos probados.

A la hora de plantearse esta cuestión, los actores (INSS y TGSS) plantean un recurso de casación para unificación de doctrina ante la Sede del Tribunal Supremo. Ahora bien, cabe recordar, en este punto, algunas singularidades que ya han sido aclaradas por la doctrina judicial. Y es que, reiteradamente, el Tribunal Supremo ha cerrado –al menos formalmente- de un golpe la posibilidad de que se le cuelen, por la vía de la casación para la unificación de doctrina, asuntos sobre determinación del grado de la incapacidad permanente. En este sentido, alega el Alto Tribunal que: “las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables”, que “más que de incapacidades puede hablarse de incapacitados”, que “lesiones aparentemente idénticas [incluso algunas próximas a las denominadas incapacidades específicas que relacionaba el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22-6-1956 en sus arts. 37, 38 y 41; normas que según reiterada jurisprudencia sólo conservan un valor orientador para la calificación] pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo”. En definitiva, para el Tribunal Supremo se trata “de supuestos en que el enjuiciamiento se centra en la fijación y valoración de hechos singulares más que en la determinación del sentido de la norma en el marco de la línea interpretativa de carácter general”, lo que lógicamente inviabiliza –como conclusión– el recurso unificador de doctrina, pues aquí “la semejanza de los supuestos de hecho difícilmente llega a convertirse en identidad por recaer sobre individualidades diferenciadas”⁶.

Ignorando, por parte de los actores, la aplicación de esta doctrina ante el Supremo pretenden hacer extensible esta doctrina al propio recurso de suplicación y a su motivo estelar, esto es, “examinar las infracciones de normas sustantivas o de

⁶ Ver las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 noviembre 2006 (RJ 2006/9159) y de 14 diciembre 2010, ambas falladas en casación para la unificación de doctrina.

la jurisprudencia”. Ahora bien, olvidan éstos que es precisamente, en este punto, la propia legislación procesal laboral quien allana el camino para que necesariamente tenga que tramitarse semejante tipo de asuntos –con el riesgo de su dormición durante años, hasta que acaben siendo resueltos–, al imponer que “procederá en todo caso la suplicación”, entre otros varios supuestos, precisamente “en los procesos que versen... sobre el grado de incapacidad permanente aplicable”⁷.

Podrían suscitarse dudas en cuanto a quien es la jurisdicción competente para conocer de todas estas cuestiones, sin embargo tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011 (Reguladora de la Jurisdicción Social -en adelante LRJS-) la cuestión ha quedado aclarada. Así se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en su sentencia de 17 de septiembre de 2013, fallada en casación para la unificación de doctrina⁸. Y es que, afirma el Alto Tribunal Español que: “forzoso es concluir que la competencia para conocer de las cuestiones litigiosas que se susciten en relación con la Ley 39/2006 ... con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/2011..., corresponden al orden contencioso-administrativo” y, de otro lado, pasando por alto el hecho de que la Ley 36/2011 declaraba y declara que tales cuestiones litigiosas tienen “a todos los efectos de esta Ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social”, que “en cuanto a las cuestiones que puedan suscitarse con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/2011 ... seguirán siendo competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa hasta que se cumplan las previsiones establecidas en la disposición final séptima de la citada Ley, momento a partir del cual pasarán a ser competencia de la jurisdicción social”. Resulta pues obvio que la jurisdicción contencioso-administrativa tampoco ha sido dotada de las “medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial” en este asunto tan importante⁹.

2. HECHOS CONTROVERTIDOS Y ANTECEDENTES EN LA STS DE 12 DE DICIEMBRE DE 2017: NUEVA CALIFICACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE

A fecha de 10 de agosto de 2011, la trabajadora de profesión habitual Auxiliar de enfermería inició un proceso de baja por incapacidad temporal, siendo posteriormente calificada dicha situación como de incapacidad permanente por el INSS. En concreto, la resolución del INSS se dicta a fecha de 7 de junio de 2013,

⁷ Artículos 191, apartado 3, letra c) y 193, letra c) de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

⁸ En este mismo sentido, ver las Sentencias de 14 enero 2014 RJ 2014/596), de 6 febrero 2014 (RJ 2014/1318), de 25 febrero 2014 (RJ 2014/2398), de 12 marzo 2014 (RJ 2014/2514), de 17 marzo 2014 (RJ 2014/1914), de 14 mayo 2014 (RJ 2014/5193), de 11 julio 2014 (RJ 2014/4527) y, finalmente, dos sentencias de 11 noviembre 2014 (RJ 2014/6458 y RJ 2014/6865).

⁹ Martínez Girón, J: “¿Habrá que suprimir la competencia de los tribunales laborales para conocer de los pleitos sobre determinación del grado de la incapacidad permanente”...op.cit., págs. 766 y 767.

declarando a ésta en situación de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual y con derecho a percibir una pensión mensual equivalente al 75% de la base reguladora mensual de 1.669,61 euros. Los efectos de esta resolución son desde el 6 de junio de 2013. Las afecciones que determinó el EVI se concretan en el siguiente cuadro clínico residual: Paresia espástica MIL Flexum rodillo. Cifoescoliosis, triple artrodesis pie izquierdo, hallux valgus 2º dedo garra y metatarsalgia pie derecho, depresión.

Disconforme la actora con la resolución del INSS, interpuso reclamación previa por la que se solicita la declaración del grado de absoluta en la situación de incapacidad permanente que sufre. A este respecto, la trabajadora aporta certificado médico por la presenta las siguientes secuelas: Paraparesia espástica MII postraumática. Artrosis de rodillas. Cifoescoliosis severa, pies planos neurológicos con triple artrodesis pie izquierdo, hallux valgus 2º dedo garra y metatarsalgia pie derecho precisando uso de calzado conformado, cuadro ansioso depresivo mantenido y agudizado por las limitaciones físicas de patología. A la exploración presenta movilidad dolorosa de hombros al final de los arcos de movimiento, hipotrofia miembros inferiores, cadera con flexión 90º y limitación de rotación externa, flexo de 20º de rodilla derecha y 10º en rodilla izquierda con máxima 100/110º, cifoescoliosis dorsal derecha con asimetría escapular, dolor intenso charnela dorsolumbar y lumbosacra, claudicación de la marcha con tendencia a la ducción de cadera, rotación externa del pie y valgo de rodilla derecha. Presenta además claudicación en la marcha caminando con muletas.

En ningún momento la actora discute la base reguladora, sino únicamente la determinación del grado de absoluta en la incapacidad permanente que sufre.

Mientras que en el Juzgado de lo Social se mantiene la resolución del INSS, por el contrario la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid entiende en su sentencia, dictada a fecha de 26 de mayo de 2015, que la trabajadora efectivamente existe una situación de Incapacidad permanente en el grado de absoluta, a saber: "... estimamos el Recurso de Suplicación número 1047/2014, formalizado por el letrado Don Roberto Serrano De Lope en nombre y representación de Doña Carolina , contra la sentencia número 366/2014 de fecha 15 de octubre, del Juzgado de lo Social número Cuatro de los de Madrid , en sus autos número 1021/2013 seguidos a instancia de la recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social en reclamación por Invalidez, revocamos la resolución impugnada y estimamos la demanda declarando a la actora afectada por una invalidez permanente en grado de incapacidad permanente absoluta, con derecho a percibir una pensión equivalente al 100% de su base reguladora de 1.669,61 euros con efectos del 6 de junio de 2013, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración y al pago de la prestación correspondiente desde dicha fecha".

Cabe destacar como elemento determinante para el Tribunal Superior de Justicia el hecho de que la trabajadora posee dificultades deambulatorias, de ahí que no pueda caminar sin muletas. De este modo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia lleva a cabo una distinta apreciación de la prueba a la realizada por el juzgador de instancia. En la fundamentación reproduce el artículo 136.1 LGSS, cita el artículo 137.5 de la misma Ley y transcribe un párrafo de una sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 21 de noviembre de 2014.

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el INSS interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo. Plantea éste dos cuestiones al respecto, aportando además sentencias contradictorias. En este sentido, entiende el INSS:

- a) De acuerdo con lo que preceptúa la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no se podrá en sentencia de Suplicación alterar la apreciación de la prueba realizada por el Juzgado de lo Social, sin alterar los hechos probados.
- b) Se discute la apreciación de la prueba. Y es que, es dudoso el que usar muletas pueda justificar, por sí sólo, el reconocimiento de una incapacidad permanente en grado de absoluta.

Finalmente, el Ministerio Fiscal emite su informe a fecha de 13 de octubre de 2016 al considerar que sólo concurre contradicción en el primero de los supuestos planteados. No obstante, admite que existe conflicto en esta materia, por lo que se decanta por la doctrina que acertadamente se encuentra en la sentencia recurrida. Por lo que, a juicio del Ministerio Fiscal, debe de inadmitirse el recurso.

2.1. Valoración objetiva y recalificación del grado de incapacidad permanente, sin alterar los hechos probados

El INSS se cuestiona acerca del valor de la prueba aportada por el médico de atención primaria y por la que se declara que la actora precisa de muletas para poder caminar. Precisamente, constituye éste el dato determinante por el que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entiende que objetivamente puede recalificarse el grado de incapacidad permanente de la trabajadora¹⁰.

¹⁰ La incapacidad permanente absoluta presupone que el trabajador está inhabilitado para todo tipo de trabajo y no sólo para las tareas que realizaba con habitualidad o que correspondían a su clasificación profesional.

Como regla general la legislación de seguridad social contempla la incapacidad que surge tras la incorporación de una persona a dicho sistema, pero las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de afiliación del interesado en la seguridad social no impedirán la calificación de incapacidad permanente si se trata de persona con discapacidad y se constata que tales reducciones se han agravado con posterioridad a dicha afiliación, "provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación" (art. 193.1 LGSS).

A juicio de la Entidad Gestora esta limitación no impide que la trabajadora desempeñe su profesional habitual, pues puede ésta realizar aquellas actividades que no requieran deambulaci3n-bipedestaci3n prolongada. Para ello, el INSS aporta como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de 9 de enero de 2001: “Confirma el reconocimiento de una Incapacidad Permanente Total a la actora para su profesi3n habitual de auxiliar de cl3nica y desestima su pretensi3n de ser declarada en situaci3n de IPA. Las secuelas padecidas son: pr3tesis total de rodilla con fijadores externos de Hodgman y artrodesis total de la rodilla sin posibilidad m3nima de flexi3n, precisando muletas para el traslado y deambulaci3n”.

Sin embargo, ni el Tribunal Superior de Justicia, ni tampoco el Tribunal Supremo entrar a valorar la documentaci3n m3dica que aporta la actora y el INSS¹¹. Por lo que, 3nicamente, se ci3nen a apreciar la contradicci3n o no entre las sentencias comparadas. Espec3ficamente considera el Supremo que:

“A) Pese a las similitudes (profesi3n, lesi3n en extremidades inferiores, uso de muletas) no puede apreciarse contradicci3n entre las sentencias comparadas porque deciden valorando distintos cuadros residuales. Basta comparar el cuadro existente en este caso con el de la sentencia de contraste para comprobar que poseen diferencias significativas.

B) Las mismas diferencias aparecen en cuanto a las secuelas. En particular la sentencia recurrida valora la claudicaci3n en la marcha caminando sin muletas, mientras que la sentencia de contraste valora la necesidad de muletas para el traslado y la deambulaci3n. Tampoco aparece en la sentencia referencial el problema de las extremidades superiores y que obviamente incide en el uso de las muletas”.

Por lo tanto, ninguna de las sentencias opuestas ha calificado, en abstracto, la situaci3n de una persona que precisa de muletas para deambular sino que ambas han tenido en cuenta toda una serie adicional de lesiones y de secuelas heterog3neas.

En efecto, tal y como antes se advert3a, en los procedimientos de incapacidad permanente (tanto administrativo, como judicial) cobran una especial importan-

¹¹ La jurisprudencia ha flexibilizado el concepto de incapacidad absoluta desde el punto de vista de las posibilidades de trabajo del inv3lido. Ha calificado como incapacitado permanente absoluto a quien no sea capaz de realizar una actividad profesional con un m3nimo de rendimiento y eficacia, o con un m3nimo de profesionalidad (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1986 y de 21 de enero de 1988). Es calificable, asimismo, como de incapacidad permanente absoluta la situaci3n del afectado cuando 3ste no pueda realizar la mayor parte de las profesiones u oficios, si el trabajador no puede soportar unos m3nimos de dedicaci3n, diligencia y atenci3n, que son indispensables en el m3s simple de los oficios y en la 3ltima de las categor3as profesionales, sin poner en riesgo su vida. No estar en condiciones de soportar esos m3nimos puede conllevar la declaraci3n de incapacidad permanente absoluta, ya que, como el Tribunal Supremo ha se3alado: “la prestaci3n de un trabajo, por liviano que sea, incluso sedentario, s3lo puede realizarse mediante la asistencia diaria al lugar de empleo, permanencia en 3l durante toda la jornada, estar en condiciones de consumir una tarea, siquiera sea leve, que ha de demandar un cierto grado de atenci3n, una relaci3n con otras personas y una moderada actividad f3sica; sin que sea posible pensar que, en el amplio campo de las actividades laborales, existe alguna en la que no sean exigibles salvo que se den un verdadero esp3ritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario” (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1986).

cia los documentos médicos de cara a establecer y concretar las lesiones o enfermedades que padezca el interesado. En este aspecto, la práctica forense establece la preferencia que ostentan los informes médicos de instituciones sanitarias públicas frente a los informes médicos privados que aporte el interesado, dado que en aquellos se presume una mayor imparcialidad en su emisión. A tal efecto, es usual que el solicitante de la prestación de incapacidad permanente aporte informes médicos que acrediten su estado de salud resultante tras el periodo de tratamiento médico seguido por su dolencia. Ahora bien, sin duda, el documento técnico más relevante en los procedimientos de incapacidad es el Dictamen-propuesta emitido por el EVI (Equipo de Valoración de Incapacidades), el cual se acompaña, entre otros, de un informe médico de síntesis relativo a las patologías padecidas por el interesado, obtenido de su historial clínico así como de su exploración.

En el caso de la revisión administrativa ante el INSS, será el EVI el que determine la agravación de la incapacidad permanente por parte del sujeto beneficiario, la mejoría o, incluso, el error de diagnóstico. Para ello cuenta este órgano con un equipo de expertos médicos que son los que asesoran e informan al órgano administrativo decisorio (esto es, el INSS)¹². Dicha revisión puede afectar a todos los grados de la incapacidad permanente, pudiendo ésta ser solicitada por el beneficiario, la Entidad Gestora o la Inspección de Trabajo (arts. 4.2 RD 1300/1995 y 17 Orden Ministerial de 18 de enero de 1996), de acuerdo con el procedimiento establecido. A este respecto, podrá el EVI recalificar la incapacidad permanente en caso de la evolución sea desfavorable.

En este punto, la doctrina científica aclara que la revisión por agravación no puede ser confundida con la posibilidad de declarar incorrecta la primera valoración, pues este segundo supuesto sólo puede hacerse a través de la modalidad procesal que establece el artículo 146.1 LRJS -y que dispone el procedimiento para declarar lesivo un acto declarativo de derecho de las Entidades Gestoras-.

¹² Corresponden al INSS, a través de los órganos correspondientes y en todas las fases del procedimiento, y cualquiera que sea la entidad (gestora o colaboradora) que cubra la contingencia de que se trate, las siguientes funciones (art. 200 LGSS): 1) Evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social por incapacidad permanente, en sus distintos grados, así como determinar la contingencia causante de la misma. 2) Verificar la existencia de lesiones, mutilaciones y deformaciones de carácter definitivo, no invalidantes causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional y reconocer el derecho a las indemnizaciones correspondientes. 3) Determinar la mutua o empresa colaboradora que sea responsable de las prestaciones procedentes en materia de incapacidades laborales y lesiones permanentes no invalidantes. 4) Declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones. 5) Declarar la extinción de la prórroga de los efectos de la situación de incapacidad temporal, en el momento en que recaiga la correspondiente resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a la prestación de incapacidad permanente.

A esos efectos, en cada dirección provincial del INSS existe un EVI, con arreglo a lo previsto en el RD 1300/1995, de 21 de julio, compuesto por un Presidente -el Subdirector Provincial del INSS o funcionario designado por el Director General del INSS- y cuatro Vocales -un médico inspector, un inspector de trabajo, un facultativo médico del INSS y un funcionario perteneciente a la unidad administrativa que gestiona las prestaciones de incapacidad permanente en la correspondiente Dirección Provincial-. También puede formar parte del EVI un experto en recuperación y rehabilitación y otro en prevención de riesgos laborales.

Las reglas sobre revisión de situaciones invalidantes quedan, de este modo, fuera de los supuestos regulados en el artículo 146.2 LRJS. Otra, de mayor amplitud que la anterior, se refiere al origen patológico de la agravación. De tal manera que, si la enfermedad se agrava por otra distinta de la inicial, habrá de procederse a la revisión, debiendo tener presente, para pronunciarse sobre la petición revisoria, conjuntamente todas las enfermedades que el trabajador acuse. De acuerdo con ellos, cuando un trabajador está afectado por reducciones anatómico-funcionales, determinadas por diversas contingencias, se tomará en consideración el estado del mismo resultante del conjunto de las indicadas reducciones. La consideración conjunta de las contingencias es de aceptación pacífica, manteniéndose así la apreciación conjunta de lesiones derivadas de accidente y enfermedades comunes¹³.

Al margen de estas consideraciones, en la revisión judicial en sentencia de aplicación lo que se busca es desvirtuar, matizar y concretar los siempre telegráficos e incompletos dictámenes del EVI. Y es que, resulta necesario recordar que, los procedimientos administrativos de declaración y calificación de la incapacidad que se siguen ante el INSS resultan claramente insuficientes y escuetos en su motivación, por lo que la tutela judicial efectiva deviene en la auténtica garantía para el interesado de que su caso será valorado imparcialmente por un órgano con total independencia respecto de la Administración Pública.

Para ello, resulta preciso aportar otros documentos médicos de instituciones sanitarias (preferentemente públicas) y, en último extremo, informes médicos privados articulados como prueba pericial con comparecencia en el acto de la vista del perito médico. Ello le otorga a las partes una nueva oportunidad, de forma que pueden explicar así ante el Juez el cuadro clínico que padece el interesado y las dificultades que presenta a la hora del desempeño de las tareas que conforman su trabajo en particular o en cualquier profesión en general. Evidentemente, ello sólo cobra relevancia en el caso de que se solicite el grado de incapacidad absoluta. La argumentación jurídica en este punto se traduce fundamentalmente en una cuestión fáctica que busca concretar, matizar y ampliar los escasos datos médicos contenidos en el dictamen del EVI (y específicamente en el informe médico de

¹³ Álvarez de la Rosa, M: “La Incapacidad permanente: configuración general, acceso y mantenimiento. Ponencia al XIV Congreso de la Asociación Española de Salud y seguridad Social”, en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coords.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, cit., págs. 315 y 316.

Han de valorarse en su conjunto todas las secuelas que presente la persona afectada, inclusive las preexistentes (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1990). Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación (art. 193 LGSS).

Las reducciones anatómicas o funcionales que han de tenerse en cuenta para valorar el grado de incapacidad son todas las existentes en el momento de tramitarse el expediente de incapacidad, incluidas las anteriores al momento de la afiliación (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2006).

síntesis), dado que, salvo error manifiesto, el Juez no se aparta de los mismos, por haber sido emitidos por un organismo público especializado¹⁴. Obviamente, la argumentación ha de estar dirigida a realizar estas operaciones de concreción/ampliación para poder ser relacionados los datos posteriormente con sus efectos limitativos de la capacidad laboral del interesado¹⁵. La gravedad o levedad de la dolencia no es de por sí un criterio especialmente relevante, sino que el elemento decisivo son sus consecuencias sobre la capacidad de trabajo del solicitante de la prestación. Y ello a pesar de que el art. 193.1 LGSS hable de reducciones anatómicas o funcionales graves que, en opinión de la doctrina científica, ello hace más referencia a sus efectos sobre la capacidad de trabajo¹⁶ que a la gravedad médica considerada en sí misma¹⁷.

La “capacidad para trabajar” implica no sólo la posibilidad de trasladarse al lugar del trabajo por sus propios medios y permanecer en él durante toda la jornada¹⁸ y efectuar allí cualquier tarea, sino también la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, en régimen de dependencia de un empresario durante toda la jornada laboral, sujetándose a un horario y con las exigencias de todo orden que comporta la integración en una empresa, esto es, dentro de un orden establecido y en interrelación con otros compañeros (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1986 y de 30 de septiembre de 1986). Al hilo de esta idea, no es posible pensar en el amplio campo de las actividades laborales que existen en algunas empresas en la que no sólo son exigibles esos mínimos de capacidad y rendimiento, sino que son éstos exigibles incluso en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales y sin que pueda exigirse un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado

¹⁴ No es infrecuente que los informes médicos incluyan conclusiones en las que se afirma que las patologías sufridas por el interesado le incapacitan parcial, total o absolutamente para el trabajo. Tales aseveraciones no es que no sean vinculantes ni para el órgano administrativo ni para el juzgador actuante, sino que, además, deben tenerse por no puestas, pues los documentos médicos sólo pueden pronunciarse sobre las limitaciones físicas o funcionales que padece el interesado. El modo e intensidad en que afecten a la capacidad de trabajo de este es un aspecto que sólo podrá determinar el órgano administrativo evaluador y, en caso de demanda judicial, el juez. Consecuentemente, la sentencia no puede contener como argumento un hipotético apoyo en este tipo de conclusiones médicas, que, claramente, se extralimitan en su cometido. Ver Buenaga Ceballos, O: “Proceso judicial de incapacidad permanente y argumentación jurídica”...op.cit., pág. 915.

¹⁵ Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G: “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (A casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)”, en *Revista de Seguridad Social*, nº8, 2016, págs. 12 y 13.

¹⁶ A este respecto, la doctrina judicial reiterada del Supremo afirma que: “La calificación de la incapacidad permanente tiene carácter profesional (con las excepciones de lesiones permanentes no invalidantes y gran invalidez), por lo que ha de sustentarse en una apreciación sensible de la repercusión de las lesiones en la capacidad de trabajo y de ganancia mediante el trabajo” (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2012).

¹⁷ Buenaga Ceballos, O: “Proceso judicial de incapacidad permanente y argumentación jurídica”...op.cit., pág. 914.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1988.

intenso de tolerancia por el empresario (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1988)¹⁹.

En consecuencia, habrá incapacidad permanente absoluta siempre que las condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabiliten para cualquier trabajo que tenga una retribución ordinaria dentro del ámbito laboral (sentencias del Tribunal Supremo 23 de marzo de 1988 y 12 de abril de 1988).

Finalmente, a la hora de valorar la recalificación o no de la incapacidad permanente el Juez también tendrá en cuenta los factores sociales complementarios. En concreto, se refirió esto a circunstancias tales como: la edad del interesado, su formación y posibilidad de encontrar empleos alternativos. No obstante, cabe tener también en cuenta otros factores específicos relativos a su persona o entorno familiar pueden tener su nivel de influencia en la decisión final que adopte el juzgador, ya que la valoración de cada caso de incapacidad sometido a su consideración es individualizada.

En definitiva, siguiendo las palabras del Supremo, “la revisión del grado no opera sobre el acto de la entidad que declaró la incapacidad, sino sobre la nueva situación patológica del trabajador, que en ulterior momento afecta a la capacidad laboral de un modo diferente a como la afectaba antes, y que por ello exige una calificación también diferente” (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1995 y de 30 de septiembre de 1998).

Por supuesto, basta decir que en relación al dato de “sin valorar los hechos probados”, la jurisprudencia ya ha interpretado el alcance de la prohibición de incluir en el proceso hechos nuevos distintos de los alegados en el expediente administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143.4 de la LRJS, cuando refiere que “en el proceso no podrán aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad” (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2004 –RCUD núm. 4274/2003–; 2 de febrero de 2005 –RCUD núm. 5530/2003– y 5 de marzo de 2013 –RCUD núm. 1453/2012). Por lo tanto queda claro que es correcta la interpretación que, en la sentencia de 12 de diciembre de 2017, declara el Tribunal Supremo.

2.2. Finalidad del recurso de suplicación: valoración de hechos sin alteración de la prueba

Afirma la letrada del INSS, que el recurso de suplicación posee un carácter extraordinario, razón por la cual no podrá un órgano de segunda instancia “efec-

¹⁹ Hay líneas que deben ser rebasadas para declarar la incapacidad en ese grado pleno que determina la calificación de absoluta, y que han sido definidas previamente y que podrían concluirse en la nula capacidad laboral, bien entendido que no se trata de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia (sentencias del Tribunal Supremo de 06 de febrero de 1987 y de 0 de noviembre de 1987) y estando por ello incapacitado para asumir cualquier género de responsabilidad laboral, por liviana o sencilla que sea la profesión u oficio elegido (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1987).

tuar una nueva ponderación de la prueba practicada a instancia”. Para ello, se aporta como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 13 de enero de 2011, en donde se discute sobre prestaciones en favor de familiares, siendo decisivo en el caso el dato de la previa convivencia. En su fundamento tercero aborda el motivo de revisión fáctica propuesto por la demandante y lo desestima tras hacer una serie de consideraciones sobre las facultades del art. 97.2 LPL (análogo al actual art. 97.2 LRJS) y la posibilidad excepcional de revisar las conclusiones fácticas alcanzadas por el Juez de lo Social. La sentencia, invocando “reiterada doctrina judicial”, concluye que “no puede prosperar la revisión de derecho cuando no se hayan alterado los supuestos de hecho que en la resolución se constaten y entre una y otra dimensión de la sentencia exista una íntima correlación de ambos presupuestos”.

Ciertamente, como afirma el Ministerio Fiscal, existe contradicción entre las sentencias invocadas. Ahora bien “... las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, debiendo existir para apreciar la contradicción la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias contrastadas” (se invoca, para ello, el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de 22 de junio de 2011).

Sobre este punto, reiterando doctrina, el Tribunal Supremo ha aclarado que: “En los pleitos sobre invalidez permanente, cabe interponer recurso de suplicación de carácter estrictamente jurídico-sustantivo, es decir, es posible admitir como cierto el cuadro de dolencias que el Magistrado de instancia estableció en su sentencia, y discrepar exclusivamente sobre la calificación que en derecho corresponde a las mismas”.

“El hecho de no haberse intentado la revisión de los hechos probados no constituye impedimento alguno para entrar en el estudio de los motivos de revisión del derecho que en suplicación se hayan intentado, o, lo que es igual, que la revisión del derecho puede constituir objeto único del recurso de suplicación sin necesidad de solicitar la previa revisión de los hechos”, posibilitándose, de este modo, que la Sala de suplicación, dentro de los límites de lo pedido, y sin variar los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, valore las dolencias acreditadas en relación con los requerimientos que exija la profesión habitual de la parte demandante, en orden a determinar el grado jurídicamente valorable de su capacidad laboral, con la consecuencia de poder tanto incrementar el grado de incapacidad reconocido en instancia, como de disminuirlo o dejarlo sin efecto”.

“En cualquier litigio la discrepancia puede plantearse exclusivamente sobre la aplicación del Derecho y esto es claro en el recurso de suplicación, ya que el artículo 193.c) LRJS establece que puede tener por objeto la aplicación del Derecho, sin condicionarlo a la previa revisión de los hechos probados. Por otra parte, la calificación del grado de la incapacidad permanente es una cuestión jurídica,

que se basa en unos datos fácticos, pero que exige, partiendo de esos datos, llevar a cabo un análisis y llegar a una conclusión de indiscutible contenido jurídico y por ello, aunque permanezcan inalterados los hechos probados de la resolución de instancia, el Tribunal de suplicación puede examinar si es correcta o no la calificación efectuada en esa resolución de instancia”.

En definitiva, sólo cuando entre la parte de la sentencia que fija los hechos y la que aplica el derecho exista, por las circunstancias del litigio, una correlación necesaria o íntima, podrá entonces estimarse el recurso. Ahora bien, en este caso, en donde lo que se busca es calificar jurisdiccionalmente el grado de incapacidad permanente lo que cuenta, realmente, son las secuelas de las dolencias padecidas así como los elementos constitutivos de los distintos grados de incapacidad permanente para el desempeño de la profesión habitual.

3. EVALUACIÓN JUDICIAL DEL CUADRO CLÍNICO DEL TRABAJADOR: ¿OBJETIVACIÓN O SUBJETIVACIÓN DE LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE?

La valoración y/o recualificación judicial de la capacidad laboral invocada, desde el mismo sentido común, lleva al establecimiento de una graduación lógica, esto es, incapacidad para realizar todo trabajo, para realizar una profesión específica, parcial para realizar esta profesión o alteraciones de la salud no incapacitantes. A estos efectos, conviene aclarar que el modelo actual es claramente subjetivo. Así es, a la hora de graduar o valorar el grado de incapacidad de un trabajador, la Ley General de la Seguridad Social, establece en su artículo 194 un cuádruple criterio, a saber: parcial, total, absoluta o gran invalidez.

En el caso de la incapacidad permanente absoluta cabe tener en cuenta (al igual que en la incapacidad parcial, la total y la gran invalidez) el elemento referente al trabajo y la capacidad laboral general del interesado. Obviamente, en el caso de la incapacidad permanente parcial y total, tendrá el Juez que discernir el porcentaje de reducción que las patologías padecidas suponen en el rendimiento del trabajador en dicha profesión y si estas le impiden realizar las tareas fundamentales de la misma. Sin embargo, este dato no se produce en el caso de la gran invalidez en donde no existe esa vinculación para el desempeño del trabajo habitual. En otras palabras, no se produce aquí esa vinculación con la capacidad laboral por su misma definición legal, relativa a la incapacidad para realizar los actos esenciales de la vida, si bien nace a partir de la declaración de incapacidad total o absoluta.

Desgraciadamente, como bien apunta la doctrina científica, el actual modelo subjetivo ha propiciado que en los procesos judiciales de incapacidad permanente se produzca un inevitable casuismo. Siendo así el elemento central y a valorar el relativo a la figura del trabajador, así como el grado de afección de las distintas patologías padecidas a su capacidad laboral. Esta inevitable subjetivación/indi-

vidualización de los procesos de incapacidad permanente resulta más habitual de lo que parece, pues en todo momento el Juez tendrá en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. De ahí que nos encontremos con algunas sentencias contradictorias en supuestos semejantes. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, el Tribunal Supremo en la presente sentencia de 12 de diciembre de 2017, le ha llevado a aplicar la doctrina hasta ahora expuesta²⁰.

En los procesos de incapacidad permanente, los términos o conceptos que más son objeto de interpretación judicial son los de “profesión habitual”, “tareas fundamentales”, o los mismos términos de “parcial”, “total” y “absoluta”. Y es que, estos últimos, ofrecen un amplio margen interpretativo de valoración al juez. A fin de cuentas, la calificación de una persona como afecto de una incapacidad laboral es una función que, en último extremo (revisando la previamente realizada por la Administración), corresponde al Juez, como acontece con la incapacidad genérica (arts. 199 y 200 del Código Civil) y cuya declaración judicial, por cierto, tiene efectos sobre la incapacidad permanente, ya que la Disposición Adicional 25ª LGSS establece que “a los efectos de la aplicación de esta ley, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces”.

Por su parte, el modelo objetivo de graduación de la incapacidad permanente no parece que resulte el más adecuado²¹, pues el mismo contempla largas listas de enfermedades que fijan un porcentaje de reducción de la capacidad laboral con independencia (o relegando a un papel secundario) de la profesión del interesado. En efecto, no cabe hablar de “incapacidades”, sino de “incapacitados”, pues de lo que se trata aquí es de conocer la enfermedad y limitaciones que provoca en el trabajador. Y es que, finalmente, los efectos negativos inherentes a esa falta de objetividad, a partir de la configuración que se reserva para el procedimiento de declaración de incapacidad permanente en la fase administrativa, encuentra ya su oportuno cauce de subsanación a través de la vida judicial. Momento en el que el beneficiario proceda pues a la impugnación en tiempo y forma de la resolución dictada por la Dirección Provincial del INSS²².

²⁰ En este mismo sentido, véase las sentencias del Tribunal Supremo de 26 diciembre 2000 (rec. 2342/1999), de 17 enero 2001 (rec. 563/2000), de 6 marzo 2001 (rec. 2344/1999), de 16 mayo 2001 (rec. 3676/2000), 25 junio 2001 (rec. 3791/2000), 19 julio 2001 (rec. 2882/2000) y de 23 abril 2013 (rec. 729/2012).

²¹ “La idea de que exista una lista de enfermedades, su valoración y determinación de grados de incapacidad, es en principio plausible, pues se presenta con el objetivo de evitar disparidades en la valoración y aportaría un cierto grado de seguridad jurídica. El conocimiento de las múltiples ocupaciones existentes en el mercado y las funciones que en ellas se desempeñan complican la valoración de una incapacidad... las dificultades son tremendas ya que no se trata de valorar el daño o menoscabo corporal, ni de una discapacidad, pues la valoración no es en abstracto sino en relación con la profesión y la pérdida de capacidad laboral para ella”. Ver MONEREO PÉREZ, J.L Y RODRÍGUEZ INIESTA, G: “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (A casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)”...op.cit., pág. 18.

²² Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G: “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (A casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)”... op.cit., págs. 13 y

En efecto, opina a este respecto, la doctrina científica que “... de aprobarse la reglamentación objetivadora de la incapacidad permanente, la argumentación jurídica se convertirá en un conjunto de operaciones predominantemente aritméticas, donde se tomarán las patologías, se encajarán en la lista, se sumarán los porcentajes de reducción y obtendremos un resultado final objetivo de reducción de la capacidad, que, a buen seguro, en muchas ocasiones, no reflejará –ni siquiera aproximadamente– la incapacidad real que dichas patologías producirán al concreto interesado”²³. En otras palabras, en lugar de acercarse a la situación real del beneficiario de la incapacidad permanente se llegará a resultados inequívocamente injustos. En este sentido, no cabe aplicar para todos los trabajadores y para todos los casos, unos parámetros estandarizados e indiferenciados que se alejan gravemente de realidad²⁴.

Tal y como enuncia el Tribunal Supremo, se ha de romper con esa casuística imperante en sede judicial, propiciando así el establecimiento de una doctrina asentada y uniforme sobre el objeto del recurso²⁵. Para ello, la documentación médica de especialistas que aporten luz al caso concreto debe cobrar especial relevancia y no solo en su vertiente objetiva del diagnóstico, sino también -como ya se ha apuntado- en la subjetiva/individualizada de la repercusión efectiva y real que ocasiona al enfermo trabajador²⁶.

siguientes. García Quiñones, J.C: “El papel del juez laboral en las incapacidades laborales”, en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coord), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pág. 958.

²³ Buenaga Ceballos, O: “Proceso judicial de incapacidad permanente y argumentación jurídica”...op.cit., pág. 918.

²⁴ López Insua, B.M: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014; *Ibid.*, *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social*, Granada, Comares, 2015.

²⁵ Indica así el Tribunal Supremo que: “Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”. Ver las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2013 (R. 2275/2012), 22 de julio de 2013 (R. 2987/2012), 25 de julio de 2013 (R. 3301/2012), 6 de septiembre de 2013 (R. 302/2012), 15 de octubre de 2013 (R. 3012/2012), 23 de diciembre de 2013 (R. 993/2013), 29 de abril de 2014 (R. 609/2013), 17 de junio de 2014 (R. 2098/2013), 18 de diciembre de 2014 (R. 2810/2012),21 de enero de 2015 (R. 160/2014) y 12 de diciembre de 2017 (R. 981/2017).

²⁶ Debe conocerse, perfectamente, la concreta actividad que realiza el trabajador en su día a día y en el transcurso de las horas, así como la penosidad laboral que la enfermedad acarrea. Para ello el Juez debe realizar un esfuerzo de empatía o de colocación judicial en el lugar del trabajador para valorar así si se está o no ante una situación justa para determinar el grado de absoluta de una incapacidad permanente. Se busca, de este modo, realizar una valoración y graduación justa de una determinada incapacidad permanente.