

Id Cendoj: 38038340012004100971
 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
 Sede: Santa Cruz de Tenerife
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 71/2004
 Nº de Resolución: 922/2004
 Procedimiento: Recurso de suplicación
 Ponente: PILAR DIAZ DE LOSADA HAMILTON
 Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 30 de septiembre de 2004. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. Jose Manuel Celada Alonso (Presidente), D./Dña. M^a Carmen Sanchez Parodi Pascua y D./Dña. Pilar Diaz De Losada Y Hamilton (Ponente) , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000071/2004 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0001309/2002 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Pilar Diaz De Losada Y Hamilton . Por sustitución del Ilmo.Sr. Don Jose María del Campo y Cullen.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Cristina , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y Tesorería General De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 16/7/2003 , por el Juzgado de referencia, con carácter estimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:
 PRIMERO.- La demandante D.^a Cristina , de 51 años de edad, (nacida el día 04-07- 1952), está afiliada a la Seguridad Social con el número NUM000 , es residente en La Orotava (Santa Cruz de Tenerife) y su profesión habitual es la de Educadora Infantil.SEGUNDO.- La base reguladora mensual de incapacidad permanente derivada de la contingencia de enfermedad común es de 951'27 euros.Las funciones que realiza la demandante como educadora infantil consisten en trabajar con niños en una guardería: cargarles, cambiarles, etc...TERCERO.- Como consecuencia de enfermedad común, la demandante fue examinada por el EVI de las siguientes dolencias: "Lumbalgia mecánica, exploración neurológica compatible con la normalidad, **fibromialgia** , asma bronquial con espirometría normalizada. Paciente con déficit funcional en grado leve con respecto a aparato locomotor, neurológicamente estable. Limitación para esfuerzos físicos muy importantes." CUARTO.- 1. Según el Informe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario de Canarias de 13-05-99, no existe déficit motor ni sensitivo tras exploración neurológica. Los reflejos osteotendinosos se encuentran presentes y simétricos. Las maniobras de extensión radicular no desencadenan dolor en extremidades inferiores pero sí en la zona lumbar. Las maniobras de movilización de ambas caderas también provocan dolor a ese nivel. Las pruebas de neuroimagen practicadas evidencian discopatía a dos niveles, lumbar L4-L5 y L5-S1, que justificaría la clínica de lumbalgia persistente, pero no muestra la existencia de lesión que comprometa las raíces nerviosas.2. En informe del mismo servicio de 26-09-2000, se descartaron lesiones radiculares; descartando cirugía y recomendando no realizar sobrecarga de peso y tratamiento sintomático - antiinflamatorios- (folio 47 de autos).QUINTO.- 1. La discopatía crónica progresiva L4-L5 y L5-S1 justifica las lumbalgias persistentes y la afectación clínica de las raíces comprometidas. Ello se manifiesta en un síndrome lumbociático izquierdo (Informe de la Traumatóloga Dra. Carmen , de 01-08-2002, que consta en folio 32 de autos). En este informe se

recomienda evitar la exposición a sobrecargas músculo-esqueléticas en su trabajo habitual; fortalecer la musculatura afecta con fisioterapia; evitar los esfuerzos que produzcan dolor; y tratamiento general con AINES, paracetamol y codeína en periodos de crisis dolorosas.2. En posterior informe de 02- 08-2002 se constata la valoración por

Neurocirugía del Hospital Clínico presentando protusión discal L5-S1, discopatía lumbar L4-L5 y L5-S1, que justifica lumbalgias persistentes a esfuerzos de mediana intensidad. Se desestima la cirugía y se indican evitar las sobrecargas de peso (informe del Dr. Carlos María , que consta en folio 31).SEXTO.- 1. El Servicio de Reumatología del Hospital Universitario de Canarias diagnosticó **fibromialgia** (informe sin fecha que consta en folio 48):"La paciente Cristina , ha sido valorada por nuestro servicio por un cuadro de dolor musculoesquelético difuso que empeora con la sobrecarga mecánica, sueño no reparador, cansancio persistente, a veces incapacitante, que se acentúa con la actividad física, rigidez matutina y nocturna, sensación de tumefacción difusa de manos sobre todo matutina, cefaleas, dificultad para concentrarse y palpitaciones ocasionales. En la exploración destaca la presencia de múltiples puntos gatillos (los 9 pares de puntos dolorosos a la presión manual con el pulgar que se deben valorar de forma rutinaria son positivos en la paciente). La exploración articular es normal y las pruebas de objetivación de debilidad muscular son negativas. El examen neurológico es también normal. Labilidad emocional en la anamnesis."En la terapéutica recomendada en dicho informe consta evitar los esfuerzos físicos. 2. Del mismo Servicio de Reumatología del HUC (Dra. Marí Juana) consta informe de fecha 02-08-2002, en el que se diagnosticó alteración severa de la modulación del dolor que cumple con los criterios para el diagnóstico de síndrome fibromiálgico; mala respuesta al tratamiento; patología degenerativa en rodilla izquierda, y protusión discal. SÉPTIMO.- A la actora le ha sido diagnosticado un trastorno depresivo recurrente, episodio actual moderado-severo, con síntomas somáticos (CIE OMS: F33.1); y fobia específica a su trabajo (CIE 10 OMS: F40.2), según informe del Psiquiatra Dr. Constantino , que consta en el folio 81 de autos.El Psiquiatra hizo la siguiente valoración psicopatológica: "En el período de tratamiento la paciente ha presentado una sintomatología depresivo-ansiosa severa así como una ideación fóbica con relación a sus deberes laborales que se ha ido organizando progresivamente a medida que su patología lumbar (también progresiva) le ha impedido el manejo cotidiano de los niños (cargarlos, cambiarlos, etc.). Su personalidad, al mismo tiempo que extraordinariamente cariñosa y afable, presenta rasgos de

facilidad para la autoinculpación y los sentimientos de fracaso por comportamientos normales e incluso meritorios, así como excesivo miedo ante las figuras de autoridad. Éstas componentes se asocian a una autoestima muy baja. En el intervalo mencionado ha sufrido varios episodios que técnicamente pueden calificarse de Reacciones a estrés agudo (CIE 10 OMS: F43.0) ante la idea de la vuelta al trabajo después de diversas bajas laborales que poco a poco, y a pesar de los esfuerzos terapéuticos han ido cristalizando en una fobia específica. En efecto, de una forma paradójica pero comprensible, su ansiedad fóbica se dispara al no resolver el conflicto entre su impotencia física y su tendencia exagerada a la culpabilidad.". OCTAVO.- La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó a la actora el reconocimiento de una incapacidad permanente por no ser sus dolencias constitutivas de incapacidad permanente en ninguno de sus grados en resolución de 20-06-2002. Planteada reclamación previa fue desestimada en resolución de 16-09-2002.

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que estimando la demanda relativa a reclamación sobre reconocimiento de derecho interpuesta por D. Cristina contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro que la demandante está afecta a una incapacidad permanente total para su profesión habitual, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a pagar actor la prestación correspondiente en la frecuencia y cuantía legal y a las consecuencias inherentes a este pronunciamiento .

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Instituto Nacional De La Seguridad Social , siendo impugnado de contrario. Recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 25 de Octubre de 2004. Y que por reajuste en los señalamientos se adelantó para el día 23 de Septiembre de 2004 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda declarando a la actora afecta a una incapacidad permanente total para su profesión habitual, interpone el Instituto Nacional de la Seguridad Social Recurso de Suplicación y, con amparo procesal en el *art. 191, apartado c)* denuncia infracción de normas sustantivas.

Estima el recurrente que ha habido infracción de normas sustantivas, citando como infringido el *art.*

136.1 de la L.G.S.S., en relación con el art. 137.4 que define la incapacidad permanente total como "...la que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta"

Según los hechos declarados probados: "La demandante D.^a Cristina , de 51 años de edad, (nacida el día 04-07-1952), está afiliada a la Seguridad Social con el número NUM000 , es residente en La Orotava (Santa Cruz de Tenerife) y su profesión habitual es la de Educadora Infantil. La base reguladora mensual de incapacidad permanente derivada de la contingencia de enfermedad común es de 951'27 euros. Las funciones que realiza la demandante como educadora infantil consisten en trabajar con niños en una guardería: cargarles, cambiarles, etc... Como consecuencia de enfermedad común, la demandante fue examinada por el EVI de las siguientes dolencias: "Lumbalgia mecánica, exploración neurológica compatible con la normalidad, **fibromialgia** , asma bronquial con espirometría normalizada. Paciente con déficit funcional en grado leve con respecto a aparato locomotor, neurológicamente estable. Limitación para esfuerzos físicos muy importantes." 1. Según el Informe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario de Canarias de 13-05-99, no existe déficit motor ni sensitivo tras exploración neurológica. Los reflejos osteotendinosos se encuentran presentes y simétricos. Las maniobras de extensión radicular no desencadenan dolor en extremidades inferiores pero sí en la zona lumbar. Las maniobras de movilización de ambas caderas también provocan dolor a ese nivel. Las pruebas de neuroimagen practicadas evidencian discopatía a dos niveles, lumbar L4-L5 y L5-S1, que justificaría la clínica de lumbalgia persistente, pero no muestra la existencia de lesión que comprometa las raíces nerviosas. 2. En informe del mismo servicio de 26-09-2000, se descartaron lesiones radiculares; descartando cirugía y recomendando no realizar sobrecarga de peso y tratamiento sintomático - antiinflamatorios- (folio 47 de autos). 1. La discopatía crónica progresiva L4-L5 y L5-S1 justifica las lumbalgias persistentes y la afectación clínica de las raíces comprometidas. Ello se manifiesta en un síndrome lumbociático izquierdo (Informe de la Traumatóloga Doña. Carmen , de 01-08-2002, que consta en folio 32 de autos). En este informe se recomienda evitar la exposición a sobrecargas músculo-esqueléticas en su trabajo habitual; fortalecer la musculatura afectada con fisioterapia; evitar los esfuerzos que produzcan dolor; y tratamiento general con AINES, paracetamol y codeína en periodos de crisis dolorosas. 2. En posterior informe de 02-08-2002 se constata la valoración

por Neurocirugía del Hospital Clínico presentando protusión discal L5-S1, discopatía lumbar L4-L5 y L5-S1, que justifica lumbalgias persistentes a esfuerzos de mediana intensidad. Se desestima la cirugía y se indican evitar las sobrecargas de peso (informe Don. Carlos María , que consta en folio 31). 1. El Servicio de Reumatología del Hospital Universitario de Canarias diagnosticó **fibromialgia** (informe sin fecha que consta en folio 48): "La paciente Cristina , ha sido valorada por nuestro servicio por un cuadro de dolor musculoesquelético difuso que empeora con la sobrecarga mecánica, sueño no reparador, cansancio persistente, a veces incapacitante, que se acentúa con la actividad física, rigidez matutina y nocturna, sensación de tumefacción difusa de manos sobre todo matutina, cefaleas, dificultad para concentrarse y palpitaciones ocasionales. En la exploración destaca la presencia de múltiples puntos gatillos (los 9 pares de puntos dolorosos a la presión manual con el pulgar que se deben valorar de forma rutinaria son positivos en la paciente). La exploración articular es normal y las pruebas de objetivación de debilidad muscular son negativas. El examen neurológico es también normal. Labilidad emocional en la anamnesis." En la terapéutica recomendada en dicho informe consta evitar los esfuerzos físicos. 2. Del mismo Servicio de Reumatología del HUC (Doña. Marí Juana) consta informe de fecha 02-08-2002, en el que se diagnosticó alteración severa de la modulación del dolor que cumple con los criterios para el diagnóstico de síndrome fibromiálgico; mala respuesta al tratamiento; patología degenerativa en rodilla izquierda, y protusión discal. A la actora le ha sido diagnosticado un trastorno depresivo recurrente, episodio actual moderado-severo, con síntomas somáticos (CIE OMS: F33.1); y fobia específica a su trabajo (CIE 10 OMS: F40.2), según informe del Psiquiatra Don. Constantino , que consta en el folio 81 de autos. El Psiquiatra hizo la siguiente valoración psicopatológica: "En el período de tratamiento la paciente ha presentado una sintomatología depresivo-ansiosa severa así como una ideación fóbica con relación a sus deberes laborales que se ha ido organizando progresivamente a medida que su patología lumbar (también progresiva) le ha impedido el manejo cotidiano de los niños (cargarlos, cambiarlos, etc.). Su personalidad, al mismo tiempo que extraordinariamente cariñosa y afable, presenta rasgos de facilidad para

la autoinculpación y los sentimientos de fracaso por comportamientos normales e incluso meritorios, así como excesivo miedo ante las figuras de autoridad. Éstas componentes se asocian a una autoestima muy baja. En el intervalo mencionado ha sufrido varios episodios que técnicamente pueden calificarse de Reacciones a estrés agudo (CIE 10 OMS: F43.0) ante la idea de la vuelta al trabajo después de diversas bajas laborales que poco a poco, y a pesar de los esfuerzos terapéuticos han ido cristalizando en una fobia específica. En efecto, de una forma paradójica pero comprensible, su ansiedad fóbica se dispara al no resolver el conflicto entre su impotencia física y su tendencia exagerada a la culpabilidad." La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó a la actora el reconocimiento de una incapacidad permanente por no ser sus dolencias constitutivas de incapacidad permanente en ninguno de

sus grados en resolución de 20-06-2002. Planteada reclamación previa fue desestimada en resolución de 16-09-2002."

La parte recurrente basa su recurso en poner de manifiesto que la sentencia de instancia no ha hecho una correcta valoración de la prueba practicada, que las dolencias de la actora, lumbalgia mecánica y **fibromialgia** no le incapacitan para realizar su trabajo habitual de puericultora y que realizada la exploración neurológica ésta es compatible con la normalidad.

En el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida, el Juez de instancia pone de relieve que la actora padece una afectación en la columna lumbar presentando profusión discal L5- S1, discopatía lumbar L4-L5 y L5-S1, que justifica lumbalgias persistentes a esfuerzos de mediana intensidad. Cargar y cambiar a niños de corta edad supone la realización de esfuerzo que compromete dicha zona, máxime cuando lo normal es cargar a los niños en posición agachada para poder cogerles, debido a la diferencia de altura con los adultos. La patología degenerativa de rodilla izquierda, unida a **fibromialgia** que presenta mala respuesta a tratamiento ha ido generando una sintomatología depresivo-ansiosa severa así como una ideación fóbica con relación a sus deberes laborales que deriva en una gran inseguridad que se exterioriza en baja autoestima y reacciones a estrés agudo ante la idea de la vuelta al trabajo.

Atendiendo a su profesión que consiste en atención a niños de corta edad, inherente a la actividad de educadora infantil, exige tener un equilibrio psíquico y una estabilidad emocional suficientes incompatible con una reacción fóbica que de ninguna manera debe afectar a los niños, pues tiene que hacer frente a sus necesidades y tener las atenciones necesarias y precisas para poder cargarlos y manejarlos de manera que no caigan al suelo.

Teniendo en cuenta el inmodificado relato fáctico y estando la Sala totalmente de acuerdo con la argumentación jurídica, entendiendo que el Juez "a quo" aplicó correctamente el derecho, desestimando el recurso interpuesto, confirma la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación, interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 16/7/2003 , en virtud de demanda interpuesta por Cristina contra Instituto Nacional De La Seguridad Social y Tesorería General De La Seguridad Social en reclamación de DERECHOS y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la Sentencia de instancia .

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer sólo Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral* , advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que el depósito de los 300,51 euros (50.000 ptas.) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella y en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficiaria 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004 de Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 28002 de Sta. Cruz de Tenerife, haciendo constar el código nº 66 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número y año del rollo de suplicación, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Remítase testimonio a la Fiscalía de la Audiencia Provincial y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, que es firme, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior Sentencia, por el Ilmo/a. Sr/a Magistrado/a Ponente, que la suscribe en el Sala de Audiencia de este Tribunal. Se envía testimonio a la Audiencia Provincial, en unión del correspondiente oficio de remisión. Dox fé.