

Id Cendoj: 38038340012005100866  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Santa Cruz de Tenerife  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 569/2005  
Nº de Resolución: 964/2005  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: ANTONIO DORESTE ARMAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 17 de noviembre de 2005.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los lltmos. Sres. Magistrados D./Dña. Antonio Doreste Armas (Ponente) (Presidente), D./Dña. M<sup>a</sup> Carmen Sanchez Parodi Pascua y D./Dña. Jose Manuel Celada Alonso , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000569/2005 , interpuesto por Valentina e Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000669/2004 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Antonio Doreste Armas .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Valentina , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 31 de marzo de 2005 , por el Juzgado de referencia, con carácter parcialmente estimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:  
PRIMERO.- Dña. Valentina nació el 14 de septiembre de 1951, tenía como profesión camarera de pisos. Permanece en situación de incapacidad temporal desde el 3 de abril de 2003. SEGUNDO.- La base reguladora es de 712,22 euros. TERCERO.- En expediente de incapacidad, el 16 de diciembre de 2003 se emite informe médico de síntesis con el siguiente juicio diagnóstico: **fibromialgia** con dolores generalizado, sueño fraccionado y no reparador, síntomas depresivos, glaucoma, en estudio en reumatología por posible síndrome seco. Limitaciones orgánicas o funcionales, no se objetivan limitaciones permanentes en la actualidad. CUARTO.- El EVI propuso el 18 de diciembre de 2003 la no calificación de la trabajadora referida como incapacitada permanente. El INSS desestimó la solicitud de la actora por no alcanzar las lesiones grado de disminución suficiente de su capacidad laboral. QUINTO.- La actora presentó reclamación previa el 24 de junio de 2004 que fue desestimada el 13 de julio de 2004. SEXTO.- La actora fue intervenida en marzo de 2002 por discopatía crónica L4-L5 con inestabilidad y sometida a artrodesis instrumentada circunferencial, y desarrolló un síndrome de **fibromialgia** generalizada, con dolores difusos por todo el cuerpo, síndrome de fatiga crónica y alteraciones vegetativas .

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Dña. Valentina contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar el derecho de la actora a percibir las prestaciones de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de camarera de pisos .

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Valentina e 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 24 de Octubre de 2005 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se examina aquí por este Tribunal, sendos recursos de suplicación interpuestos por ambas partes, demandada y demandante, contra la Sentencia de instancia, dictada en materia de Seguridad Social, que, estimando parcialmente la demanda, declaró a la actora en situación de Incapacidad permanente en grado de Total para su profesión habitual, revocando, así la Resolución del INSS, que le denegaba toda Incapacidad Permanente pero sin satisfacer íntegramente la pretensión de la actora, que insiste en que debe ser calificada como Inválida Permanente Absoluta.

SEGUNDO.- Procede, primeramente, examinar el recurso de la parte demandante, enderezado a elevar el grado de invalidez permanente concedido por la Sentencia. El citado recurso se articula mediante cuatro motivos, dos de revisión fáctica y otros dos de censura jurídica, con amparo respectivo en los *apartados b y c del art. 191 LPL* .

El recurso, interpuesto con adecuada técnica jurídica-procesal, es impugnado por la contraparte, por lo que la Sala procede a examinarlo, conforme se expone seguidamente.

a) Los motivos de revisión fáctica proponen la alteración del relato histórico de la Sentencia, concretamente de sus ordinales sexto y el añadido de un nuevo hecho probado defendiendo, en síntesis, añadir a la dolencia fibromiálgica de la actora el que también padece esclerosis cristalina incipiente y que además, debe utilizar diariamente material ortopédico.

Para la acogida de todo motivo de revisión fáctica es preciso, conforme determinan los *arts. 191.b y 194.3 LPL* y la doctrina que los desarrolla ( Sentencia de este Tribunal de 28 de junio de 2005 y Sentencia del Tribunal Supremo de 21-5-90 , entre tantas) que concurren los siguientes requisitos:

a.- Primeramente, dos de orden formal o de pura técnica, que son el señalamiento preciso de los hechos probados que se señalan como erróneos o insuficientes, señalamiento que debe ir acompañado de propuesta de texto alternativo que los sustituya o complemente. En el presente caso, la parte recurrente cumple con estos requisitos, según se indicó en el párrafo inicial del presente fundamento jurídico.

b.- En segundo término, que tal revisión se apoye en probanza documental o pericial, quedando vedada toda alteración fáctica fundada en otras probanzas (testifical, interrogatorio de parte o reconocimiento judicial), en los que el principio de procesal de inmediación ( *art. 74.1 LPL* ) despliega toda su virtualidad otorgando al "iudex a quo" la potestad soberana de su apreciación, salvo - naturalmente- que existan contradicciones patentes en la propia resolución judicial o que se trate de hechos notorios o pacíficamente admitidos por las partes.

En el caso del presente motivo, se cumple este requisito, pues la recurrente señala probanza documental, consistente en determinados informes médicos que constan en autos a los folios 59 a 65 de los autos.

c.- En tercer lugar, que de esa probanza se desprenda, de forma evidente (sin necesidad de conjeturas, hipótesis o deducciones) el error judicial al formar su convicción sobre los hechos litigiosos.

En el presente recurso, tal requisito no se cumple, pues el Juez de instancia ha valorado todos los documentos e informes aportados, muchos de ellos discrepantes (la discrepancia más clara se refleja acudiendo al dictamen médico del EVI) y de los informes señalados por la parte no se evidencia que el citado Juzgador haya errado de forma patente o manifiesta, con lo que el requisito exigido no se cumple y ello basta para desestimar el motivo, aún sin necesidad de examinar el último.

d.- Y, por último, que las alteraciones propuestas sean necesarias para la inversión del signo del fallo o su modificación parcial, de suerte que tengan que cambiarse (suprimirse o adicionarse) determinados "facti" de la Sentencia recurrida para que, así, la Sentencia de esta Sala pueda alterarla, pues, de lo contrario, si la modificación pretendida resulta superflua no procede estimar el motivo, incluso aunque el signo de la Sentencia de la Sala sea estimatoria del recurso, sin necesidad de alterar el relato de hechos probados, en base a la estimación del motivo o motivos de censura jurídica sobre los mismos hechos

probados, aún siendo insuficientes.

Y, proyectando este requisito al presente motivo, resulta que tampoco se cumple, pues, de un lado, la dolencia que propone añadir mediante el primero de los motivos de revisión fáctica está, según indica la propia recurrente, en estado "incipiente" y, de otro, respecto a las secuelas que propone añadir en el otro motivo, resultan insuficientes para elevar a Absoluta el grado de Incapacidad Permanente, pues no se concreta ni cuál es el material ortopédico que precisa; además, la ortopedia, por sí, no es más que un medio de corrección de las secuelas o limitaciones funcionales que aquejan a la actora, pero no constituye una secuela más.

Queda así, desestimando el motivo quedando intacto el relato fáctico, en los términos propuestos por la parte según se expuso al inicio del presente fundamento jurídico.

TERCERO.- El segundo y el tercer motivos de suplicación, de censura jurídica ( *art. 191.c LPL* ), denuncia infracción de la "jurisprudencia", citando la STSJ de Extremadura/Badajoz, de 8-10-03 , relativa a la dolencia fibromiálgica como causante de Invalidez Permanente, en el primer motivo, y en el segundo las STSJ de Asturias de 5-12-02, también relativa a la fibromialgia como enfermedad apta para causar una Invalidez y la de 27-09-01 Castilla-La Mancha/Albacete , que no se ajusta tanto al supuesto de autos.

De entrada, no hay ni puede haber infracción jurisprudencial, puesto que sólo constituyen jurisprudencia las Sentencias del Tribunal Supremo ( *art. 1.6 del Código Civil* ) y las del Tribunal Constitucional ( *art. 5.1 "in fine" de la LOPJ* ), y sólo la infracción jurisprudencial puede fundamentar el motivo de suplicación, ex *arts. 191.c y 194.2 LPL* . Ello no obsta para que los criterios de los demás TSJ puedan ser compartidos por este Tribunal y, de hecho, lo es el criterio de las dos primeras Sentencias citadas, pero no para determinar, como pretende la recurrente, que la enfermedad fibromiálgica conduzca automáticamente a la declaración de Invalidez Permanente y menos aún que conduzca automáticamente al grado de Absoluta, que requiere ( *arts. 137 LGSS y 12.3 de la OM de 15-4-69* ) la imposibilidad de prestar servicios en cualquier profesión u oficio, dentro del amplísimo abanico de los quehaceres laborales, con un mínimo de rendimiento y profesionalidad ( *STS 23-2-90* , entre tantas), como luego se razonará al abordar el motivo de censura jurídica del recurso interpuesto por el INSS. Estos motivos, pues, quedan rechazados al fundamentarse exclusivamente en doctrina no jurisprudencial y no citarse precepto alguno que se considere infringido.

Con ellos, decae el recurso de la parte actora.

CUARTO.- Procede, ahora, abordar el recurso del INSS, que estructura en un único motivo de suplicación, de censura jurídica, invocando, (correctamente, desde la perspectiva de la estricta técnica jurídica) lo dispuesto en los *arts. 136 y 137 LGSS* , para denunciar su infracción y razonando que, con las secuelas del **fibromialgia** que padece la demandante, no procede la declaración de grado alguno de Incapacidad Permanente.

La resolución del motivo requiere volver la vista al intacto relato de hechos probados, extrayendo de él los datos fácticos clave para la proyección de los preceptos indicados, considerando que lo relevante para la calificación de la Invalidez Permanente reside en la descripción de las secuelas, limitaciones orgánico-funcionales o (como prefiere llamarlas el *art. 136.1 LGSS* ) "reducciones anatómicas o funcionales graves", definitivas o previsiblemente definitivas y con proyección suficiente para mermar la capacidad laboral del trabajador o autónomo que solicita la Incapacidad Permanente, pues las dolencias o enfermedades que las producen no son el elemento determinante de tal declaración, sino la causa o antecedente de las secuelas que originan la citada calificación del grado de incapacidad permanente ( Sentencia del Tribunal Supremo de 13-6-90 , entre tantas); este elemento fáctico debe combinarse con otro, que es el examen de la profesión habitual del solicitante, extremo que suele ser descuidado por todas las partes implicadas en el proceso de reconocimiento de esta situación, no tanto respecto a la determinación de esa profesión, (identificable con la categoría profesional ex *art. 11.2 de la OM de 1-4-69* y STSJ de Navarra de 18-11-99 , entre otras), sino con las concretas funciones y tareas que debe desempeñar, lo que suele omitirse y ello contrasta con el normalmente exhaustivo examen de las secuelas orgánico-funcionales. Sin embargo, la Sentencia que aquí revisa la Sala se aparta de esta habitual práctica al detenerse a examinar, somera pero suficientemente, las funciones de la profesión de la actora y analizarlas al proyectar sobre ellas las secuelas que padece.

En efecto, la demandante tiene la profesión habitual de camarera de pisos (categoría laboral en la que, como es de común conocimiento, no se realizan tareas de camarera, sino de limpieza y arreglo de las habitaciones en el sector de Hostelería) teniendo como tareas básicas, según señala acertadamente la

Sentencia, "hacer las camas, realizar las tareas de limpieza y recogida de ropa y carga de pesos". El segundo elemento fáctico a combinar con el anterior son las reducciones anatómico-funcionales graves que le afectan y éstas (según los ordinales tercero y sexto de los ya intactos hechos probados) son las siguientes: "dolores generalizados, sueño reparador y no fraccionado, síntomas depresivos ... síndrome de fatiga crónica ... con imposibilidad de realizar aquellas actividades que exijan esfuerzo físico".

Estas secuelas son producto de la enfermedad conocida como **fibromialgia**, pero, como bien se advierte por pacífica doctrina ( STS 13-6-90 ), siguiendo el mandato legal de los arts. 136 y 137 LGSS, las enfermedades, por graves que puedan ser, no son causa de incapacidad, sino las secuelas que ellas producen, de forma que un proceso canceroso malignizado, por grave que parezca, no es incapacitante si, pro estar en un estadio inicial, el enfermo no tiene limitaciones orgánico-funcionales o las tiene en grado tal que no disminuye su rendimiento laboral en más del 33%, y, a la inversa, cualquier dolencia que pueda parecer nimia puede ser incapacitante si afecta en mayor medida.

Tales consideraciones las realiza esta Sala en relación con la particular enfermedad que padece la actora, cuyos síntomas son difusos y propensos a la subjetivización, generalmente concurrentes con procesos depresivos, y que, por tanto, viene siendo considerada con recelo a efectos invalidantes, apreciación que la Sala comparte. Pero en el presente caso resulta que, de un lado, la **fibromialgia** está reconocida hasta por el EVI y objetivada "por su sintomatología clara y puntos gatillo" y, sobre todo, resulta que -en este concreto supuesto, se insiste- son graves sus secuelas, tal y como se han reflejado en el anteriormente reseñado relato histórico de la Sentencia de instancia. Se trata, pues, de un caso, se recalca por esta Sala, objetivado (lo que hace desaparecer el natural recelo), grave, avanzado y consolidado, con secuelas claramente acreditadas, y que, proyectadas en la profesión de la actora, le impiden realizar sus tareas (también reseñadas por la Sentencia) con la debida profesionalidad, eficacia y asiduidad por lo que, en el supuesto fáctico aquí analizado, la calificación adecuada para la situación de la actora es la de Incapacidad Permanente Total, con lo que la Sentencia, al declararlo así, no ha infringido, sino cumplido, lo dispuesto en los arts. 136 y 137 LGSS.

Este Tribunal, así, comparte el criterio de las STSJ de Asturias de 5-12-02 y de Extremadura de 8-10-03, respecto al alcance invalidante de las secuelas derivadas de la **fibromialgia** (no de la enfermedad en sí, se insiste), pero sin que esas secuelas tengan entidad suficiente para impedir a la actora la realización de tareas propias de otras categorías profesionales u oficios más livianos o cómodos, por lo que, como expone la Sentencia recurrida, la trabajadora demandante puede realizar -con ese mínimo de profesionalidad y eficacia ( STS de 12-7-88, entre tantas)- labores o "actividades de tipo sedentario liviano, intelectual y que no precisen de despliegue físico importante", razonamientos que la Sala hace suyos.

Queda así, repelido el motivo y, con él, el recurso, de tal suerte que, rechazado también el de la parte demandante, debe ser confirmada la Sentencia de instancia.

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de suplicación, interpuestos por Valentina e Instituto Nacional De La Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 31 de marzo de 2005, en virtud de demanda interpuesta por Valentina contra Instituto Nacional 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. 4 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, Oficina 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. Doy fe.