

Id Cendoj: 38038340012006100660
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 298/2006
Nº de Resolución: 676/2006
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: ANTONIO DORESTE ARMAS
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 17 de octubre de 2006.

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. Antonio Doreste Armas (Ponente) (Presidente), D./Dña. M^a 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. 0000298/2006 , 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 0000913/2004 en reclamación de PRESTACIONES , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Antonio Doreste Armas .

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Rosa , en reclamación de PRESTACIONES siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 14-03-06 , 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 Rosa , de 63 años de edad (nacida el día 14-03-1943), está afiliada al Régimen Especial Agrario por Cuenta Propia de la Seguridad Social con el nº NUM000 , y reside Benijos (La Orotava, Santa Cruz de Tenerife).

SEGUNDO.- La demandante fue evaluada el 11-08-04 por el EVO de la Consejería de Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, con las siguientes afectaciones:

" **FIBROMIALGIA** . ARTROSIS NO SEVERA. DISCOPATÍA MÚLTIPLE L3-S1. DISCOPATÍA CRÓNICA L5-S1. NO AFECTACIÓN DE LAS EMERGENCIAS RADICULARES. NO SIGNOS DE COMPRESIÓN MEDULAR. COXALGIA DCHA. NO ATROFIA MUSCULAR. INSF. VENOSA CRÓNICA NO SEVERA. OBESIDAD.

Y LAS LIMITACIONES ORGÁNICAS Y FUNCIONALES SIGUIENTES:

EXPEDIENTE INICIADO A INSTANCIA DE LA INTERESADA. ÚLTIMO PROCESO DE I. TEMPORAL DESDE 2-02-04 HASTA 13-05-04 FECHA EN QUE SE CURSA ALTA MÉDICA QUE IMPLICA LA POSIBILIDAD DE SU REINCORPORACIÓN LABORAL. NO CAMBIOS CLÍNICOS SIGNIFICATIVOS CON RESPECTO A VALORACIONES ANTERIORES".

TERCERO.- La base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total es de 505'67 euros.

CUARTO.- Según el informe médico forense emitido el día 22-01-05 por Dra. Frida , Médico Forense, la demandante D.^a Rosa , presenta el siguiente resultado:

"Consecuencias funcionales (gestos de vida ordinaria):

- Disminución importante de la capacidad para el esfuerzo físico tanto de los miembros superiores como inferiores, así como del raquis cervical y lumbosacro.
- Presenta gran servidumbre terapéutica y de asistencia médica.
- Requiere de la ayuda de tercera persona para todas las labores domésticas y de la vida cotidiana (desde bañarse, vestirse peinarse, calzarse, cocinar, limpiar, realizar el aseo de sus ropas, del hogar, etc) además de los desplazamientos, tiene que salir acompañada por el riesgo de caerse.
- No conduce.

Conclusión.

1. Que la lesionada D.^a Rosa , de 62 años de edad presenta el siguiente cuadro lesivo, crónico y de carácter progresivo: "Discopatías múltiples a nivel de todo el raquis con importantes cambios degenerativos, artrósicos a diferentes niveles", posible Síndrome fibromiálgico", "Periartritis escapulohumeral", "Gonartrosis bilateral", entre otras patologías de varios años de evolución.

2. Que en estos momentos están pendiente de una intervención quirúrgica para estabilización de la dinámica del raquis.

3. Que la lesionada acude periódicamente desde hace varios años a la Unidad de Dolor para recibir tratamiento médico con varias asociaciones farmacológicas (bloqueos supraespinosos, epidurales, corticoides, analgésicos y psicofármacos) y sólo se logra alivio parcial del dolor.

4. Que también padece un Síndrome depresivo recurrente en tto y seguimiento por psiquiatría.

5. Que médicamente y dentro de una relación LESIÓN-TAREA, presenta reducciones anatómico-funcionales que determinan un menoscabo que le incapacitan totalmente para el desarrollo de su profesión habitual."

QUINTO.- La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó a la actora el reconocimiento de una incapacidad en resolución de 11-08-04. Contra esta resolución la demandante ejercitó una reclamación administrativa previa, siendo desestimada en resolución de 28-09-04, al considerar que las dolencias que padece no son constitutivas de incapacidad permanente en ninguno de sus grados.

La demandante solicita se le reconozca una incapacidad permanente total para su profesión habitual.

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 en materia de Seguridad Social relativa a incapacidad permanente total cualificada derivada de enfermedad común, interpuesta por D.^a Rosa contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro que la demandante está afecta a una incapacidad permanente total cualificada para su profesión habitual, condenando a la Entidad Gestora a pagar a la actora 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 01 de Junio de 2006 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Frente a la Sentencia de instancia, que reconoció a la actora las prestaciones de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de agricultora (REA cuenta propia), se alza en suplicación ante este Tribunal la representación procesal del INSS articulando dos motivos de suplicación que, pese a su esforzada técnica procesal, no van a poder ser acogidos por esta Sala, por las razones que seguidamente se expondrán, que compartirá en este concreto caso el criterio de la Sentencia de instancia, reforzado por la

sólida argumentación del escrito de impugnación del recurso. Los dos motivos se fundamentan, respectivamente, en los apartados b y c del *art. 191 LPL*, el primero enderezado a la alteración del relato fáctico y el segundo formulando censura jurídica a la citada Sentencia recurrida.

II.- El primero de los motivos, de revisión fáctica, alega que, "sin perjuicio de la vulneración del *art. 97.2º* de la LPL al no declararse probado por el Magistrado los padecimientos que según su convicción padece la actora, ya que como se ha dicho, sólo se limita a declarar como probados el dictamen propuesta de EVI y el informe forense, ambos de contenido totalmente contradictorio. Por lo tanto esta parte a la vista del informe médico de síntesis de fecha de 30 de julio de 2004, y en especial los apartados "aparato locomotor" "juicio diagnóstico y valoración" y "limitaciones orgánicas y funcionales", (que obra en el expediente administrativo sin foliar) en relación con la propuesta del EVI, se deberá añadir un nuevo hecho probado, de la siguiente manera:

"A la vista de las pruebas referidas anteriormente, la actora padece:" **Fibromialgia**. Artrosis no severa. Discopatía múltiple L3-S1. Discopatía crónica L5-S1. No afectación de las emergencias radicales. No signos de compresión medular. Coxalgia derecha. No atrofia muscular. Insuficiencia venosa crónica no severa. Obesidad. El 13 de mayo de 2004 recibió alta médica lo implica la posibilidad de reincorporación laboral".

Como es de ver, en realidad, el motivo tiene contenido dual, pues primeramente formula una crítica a la Sentencia aludiendo a una infracción procesal, aunque no formula explícitamente un motivo de nulidad (*art. 191.a LPL*) y luego dedica el resto de su contenido a la formulación del motivo de revisión fáctica.

a) En relación al primer aspecto, debe la Sala reconocer que, en efecto, la Sentencia adolece de un defecto formal de técnica procesal, reiteradamente recordado, que consiste en la omisión en el relato fáctico de las dolencias y, muy particularmente, las secuelas y limitaciones que padece la actora, limitándose la Sentencia a copiar los dos informes médicos contradictorios (el de la EVI y el del Médico Forense), pero sin escoger entre ellos (por exclusión o combinando ambos) para reflejar cuáles son las limitaciones orgánico-funcionales que asume el Juzgador; como este es el dato fáctico clave en los litigios por Incapacidades Permanentes (*arts 136 y ss LGSS*) debe constar de forma expresa en el relato de hechos probados, conforme al *art. 97.2 LPL*.

Sin embargo, una vez más, la Sala tilda esta defecto de venial porque tal convicción aparece, aunque mezclada con su valoración jurídica, en el último fundamento jurídico de la Sentencia, por lo que tal dato fáctico al final consta, aunque lo sea en lugar inadecuado, por lo que es una infracción procesal venial que carece de relevancia y, en particular, sería, en este caso al menos (aunque el recurso lo hubiera instado) incapaz de producir la nulidad, por cuanto no se aprecia la concurrencia del requisito de indefensión efectiva en la parte adversa (*arts. 191.a LPL y 238.3 y 240 LOPJ*).

b) En relación a la propuesta revisoria, debe la Sala recordar que como es comunmente sabido todo motivo de revisión fáctica requiere, para su éxito, de la concurrencia de las siguientes exigencias, derivadas de lo dispuesto en los *arts. 191.b y 194.3 de la LPL* y sintetizadas por la doctrina (Sentencia de esta Sala de 28.06.05), todo ello siguiendo la jurisprudencia (STS 21.05.90).

a) Señalamiento preciso de los hechos probados tildados de erróneos o incompletos, que en el supuesto del presente caso se cumple, al que suele añadirse un segundo requisito de orden formal puro, consistente en que se proponga un texto alternativo que sustituya o complete el de la Sentencia recurrida, requisito que igualmente se cumple por parte del recurrente, y que, de todas formas, no constituye un requisito en sentido estricto, pues su incumplimiento no ocasiona el rechazo del motivo (STCo 230/00).

b) Que exista soporte probatorio documental o pericial; son inhábiles, a estos efectos revisorios, todas las demás probanzas, a excepción de que se trate de hechos notorios o pacíficos. La convicción fáctica judicial de la instancia, en los demás casos, deviene inatacable en virtud del principio de inmediación de la potestad valorativa probatoria del "ludex a quo", que no es soberana ni excluyente, pero sí muy amplia dados los términos legales antedichos, restrictivos en cuanto a la posibilidad de actuación de este Tribunal Superior en este recurso extraordinario y excepcional. En este caso, el recurso se apoya en probanza documental.

c) Evidencia del error (o de la insuficiencia) del relato histórico a partir de la probanza anterior, sin que sea menester realizar conjeturas, deducciones o hipótesis más o menos lógicas para mostrar el pretendido error o insuficiencia. En el presente supuesto, la probanza antes señalada no muestra con la debida evidencia y claridad la deficiencia fáctica apuntada (STS 21.05.90).

d) Y, por último, trascendencia, utilidad o necesidad de practicar la alteración fáctica propuesta a los fines de modificar el signo del fallo; esto es, que sea precisa la revisión de los hechos probados para poder invertir o alterar el signo del fallo de la Sentencia recurrida, pues, si ésta va a confirmarse, por cuanto no se produce infracción normativa o jurisprudencial (*arts. 191.c y 194.2 LPL*) o bien si la Sentencia no precisa de alteración fáctica para ser revocada total por parcialmente, resulta estéril acceder a la revisión de hechos, por más que concurren los anteriores requisitos, salvo que la alteración sea precisa para el supuesto de revisión del criterio de esta Sala por el Tribunal Supremo en un eventual recurso de casación por unificación de doctrina (STS 25.02.03).

En el presente supuesto, el motivo cumple con los requisitos doctrinales citados, excepto los dos últimos, puesto que, de un lado, la probanza pericial indicada no muestra de manera palmaria el error del Juzgador puesto que no existe flagrante contradicción entre el Informe Médico del EVI y el del Médico Forense, sino más bien se distinguen en que éste indica con más detalle e intensidad las secuelas que padece la actora, en los términos que se indicarán en el próximo Fundamento Jurídico de la presente Sentencia; de otro lado, la irrelevancia al fallo (último de los requisitos) se desprende de lo anteriormente indicado, al proponerse la Sala, por las razones que seguidamente se expondrán, a confirmar la Sentencia recurrida, por lo que la alteración devendría estéril.

III.- El segundo motivo, de censura jurídica, se cimenta procesalmente en el *art. 191.c LPL* y materialmente en los *arts. 136 y 137 LGSS*, como preceptos que se consideran infringidos.

El examen del motivo requiere recordar que la demandante recurrida padece **fibromialgia**, que es una dolencia muy particular, que viene siendo invocada, cada vez más frecuentemente, como invalidante y que resulta de difícil examen por cuanto sus síntomas son subjetivos (sólo objetivables por los llamados "puntos gatillo" pero que pueden ser simulados con suma facilidad) y por cuanto sus secuelas se prestan también a confusión con las dolencias depresivas.

Al efecto, esta Sala viene mostrando su criterio resistente a considerarla (Sentencia la del recurso 447/06 y la de 19.06.06), salvo supuestos en los que el estado de la enfermedad es de tal entidad que las secuelas que produce son, por su larga duración, persistencia y gravedad, de tal calibre que permite despejar toda duda sobre la natural tendencia del paciente a magnificarla, supuesto excepcional del que es ejemplo la Sentencia de esta Sala de 17.11.05, a cuyo tenor 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.

Esas secuelas, entiende este Tribunal, han de estar perfectamente acreditadas, cuidando en que la

probanza se fundamente en informes objetivos públicos preferentemente de especialistas hospitalarios de los Servicios Públicos y emitidos a lo largo de un lapso dilatado de tiempo y no "ad hoc" para el litigio, con preferencia sobre los Informes de los Peritos Médicos privados e incluso los de los Médicos Forenses, que no son especialistas en Incapacidades, (Sentencias de este Tribunal, Sala de Las Palmas, de 15.11.94 y 27.07.95, y de esta Sala de Tenerife, de 01.07.05.

En el presente caso, se produce la situación excepcional indicada, puesto que concurren los siguientes elementos:

a) Independientemente de la ya avanzada edad de la actora (63 años), ésta no pretende una Incapacidad Permanente Absoluta, sino sólo el grado de la Total.

b) Ello es más factible para su profesión de Agricultora (aunque lo sea por cuenta propia), cuyas exigencias físicas son obviamente notables, además de que el Juzgador indica que la zona en la que vive y trabaja la actora es -hecho notorio- de grandes pendientes y pequeñas fincas, lo que no permite la mecanización de la actividad agrícola.

c) En particular, resulta que la dolencia fibromiálgica, si bien rebajando las secuelas que produce, es reconocida por el propio EVI, órgano técnico médico objetivo (público) y especialmente cualificado para ello, lo que elimina la posibilidad de confusión en el diagnóstico. Máxime al constar en el relato fáctico que la actora acude periódicamente desde hace varios años a la Unidad del Dolor para recibir múltiples tratamientos, (no sólo farmacológicos clásicos, como indica el Juzgador, de analgésicos, psicofármacos y corticoides), sino de todo tipo (como bloqueos supraespinosos y epidurales), todo lo cual evidencia no sólo la realidad, sino la persistencia y larga evolución de la enfermedad.

d) Y tales secuelas, aunque indicadas en lugar inadecuado (último fundamento jurídico en lugar de en los hechos probados, como requiere el *art. 97.2 LPL*, en relación con este dato fáctico, que es la clave de los litigios en materia de incapacidades laborales *ex arts. 136 y ss LGSS*), son singularmente graves, pues afirma la Sentencia que "la demandante es una persona que tiene disminuida de forma importante la capacidad para el esfuerzo físico tanto de los miembros superiores como inferiores, así como del raquis cervical y lumbosacro; que presenta gran servidumbre terapéutica y de asistencia médica; requiere de la ayuda de tercera persona para todas las labores domésticas y de la vida cotidiana (desde bañarse, vestirse peinarse, calzarse, cocinar, limpiar, realizar el aseo de sus ropas, del hogar, etc) además de los desplazamientos, tiene que salir acompañada por el riesgo de caerse."

Por todo ello, aún rebajando las secuelas que la Sentencia reconoce (provenientes del Informe Médico Forense) obteniendo una síntesis o media entre las que describe tal Informe y el del EVI, es obvio que la actora no puede trabajar con un mínimo de rendimiento y eficacia (más bien no puede trabajar en absoluto) en la actividad de agricultura que es su profesión habitual.

Por tanto, debe desestimarse el motivo y el recurso, procediendo la confirmación de 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 14.03.06, en virtud de demanda interpuesta por Rosa contra Instituto Nacional De La Seguridad Social en reclamación de PRESTACIONES 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, 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.