

Id Cendoj: 38038340012007100384  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Santa Cruz de Tenerife  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 161/2007  
Nº de Resolución: 388/2007  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: JOSE MANUEL CELADA ALONSO  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 11 de mayo de 2007.

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. M<sup>a</sup> Carmen Sanchez Parodi Pascua (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas y D./Dña. Jose Manuel Celada Alonso (Ponente) , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000161/2007 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000826/2005 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Jose Manuel Celada Alonso . 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 María Rosario , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 01/02/07 , por el Juzgado de referencia, con carácter estimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:  
PRIMERO.- La actora, Dña. María Rosario , nacida el 15.02.1945, está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM000 , siendo su profesión habitual la de camarera de pisos.  
SEGUNDO.- Ha permanecido en situación de IT desde el 18.09.03 hasta el 17.03.05, fecha en la que se le extiende parte de alta por agotamiento de plazo.  
TERCERO.- Por Resolución de fecha 01.07.05 se le deniega la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente. Contra esta resolución interpone reclamación previa, que es desestimada en fecha 23.08.05. El cuadro clínico residual reconocido fue el siguiente: "CERVICOARTROSIS. OSTEOPOROSIS. EXPLORACIÓN DE MIEMBROS SUPERIORES E INFERIORES DENTRO DE LA NORMALIDAD, MOVILIDAD DE AMBAS CADERAS COMPLETA. LASSEGUE Y BRAGARD NEGATIVOS, BALANCES ARTICULARES Y MUSCULARES CONSERVEDOS. NO SE OBJETIVAN LIMITACIONES DE CONSIDERACIÓN PARA SU TRABAJO".  
CUARTO.- La base reguladora de la prestación es de 1.068'61 euros.  
QUINTO.- La demandante padece cervicoartrosis, rizartrrosis bilateral, osteoporosis, **fibromialgia** crónica, hipertensión arterial e insuficiencia venosa periférica. La **fibromialgia** le ocasiona dolor continuo y fatiga intensos, así como trastorno ansioso depresivo y alteraciones del sueño.

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que estimando la demanda formulada por Dña. María Rosario contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro que la actora se encuentra en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, con derecho a percibir la prestación correspondiente, condenando a la entidad demandada a su abono, con las mejoras y

revalorizaciones legalmente procedentes.

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 23 de Abril de 2007 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de instancia, que estimó la pretensión deducida en la demanda, declarando a la actora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de camarera pisos, recurre la Letrada de la Administración de la Seguridad social en nombre y representación del INSS, según consta acreditado en autos, formulando al amparo de la *letra b) del art. 191 de la LPL* un primer motivo de recurso en el que solicita que al ordinal quinto de los hechos declarados se le de la siguiente redacción: "la demandante padece cervicoartrosis, osteoporosis, hipertensión arterial e insuficiencia venosa periférica. Exploración de miembros superiores e inferiores dentro de la normalidad, movilidad de ambas caderas completa, Lasegue y Bragard negativos, balances articulares y musculares conservados". Para ello se apoya en el informe Médico de Síntesis, obrante en autos a los folios 34 a 40 en el que se pone de relieve que no existen ni pruebas clínicas, ni diagnosticas complementarias que justifiquen los diagnósticos de rizoartrosis y **fibromialgia** realizando en el informe 20/12/04, sin que además este se vuelva a repetir en los informes posteriores y pese a ello el Informe Médico Forense los reproduce dándolo por cierto sin que exista el soporte médico que acredite tales afirmaciones. Motivo que ha de alcanzar éxito porque si bien en principio, debe aceptarse, en caso de informes contradictorios, el que haya servido de base a la resolución recurrida, de acuerdo con las amplias facultades que el *art. 97.2 de la LPL* otorga al Juzgador de instancia en cuanto a la valoración de la prueba, en el caso, dicha valoración no se ajusta a las reglas de la sana crítica por hacerse en contra de razones lógicas, toda vez que sin existir en autos informes de ninguna psiquiatra ni pruebas clínicas que justifique el diagnóstico de **fibromialgia** realizado en el informe 20/12/04 sin que este diagnostico se vuelva a repetir en informes posteriores al Informe del Médico Forense, lo reproduce sin soporte médico que lo acredite.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo del recurso y por el cauce de la *letra c) del Art. 191 de la LPL* se acusa a la Sentencia recurrida de vulneración del *art. 136.1 en relación con el 137.4* , ambos preceptos de la LGSS porque a su criterio las dolencias que padece la actora y las limitaciones funcionales que las mismas conllevan, no le impiden de manera definitiva la realización de tareas habituales de su actividad.

Partiendo del modificado relato fáctico de la Sentencia recurrida el motivo ha de alcanzar éxito. Item, a mayor abundamiento esta Sala ha mostrado criterio resistente a considerar la **fibromialgia** como enfermedad invalidante por sí misma, estimando por el contrario que, como toda dolencia, sólo invalida cuando su gravedad e intensidad produce que sus efectos tengan alcance suficiente para impedir la realización de toda actividad (lo que conllevaría, en estos casos extremos, la procedencia de la declaración de IP Absoluta) o de la actividad propia de la profesión (también en pocos casos, como el de la Sentencia de recurso de 29/09/05 o 17/11/2005 ) y declarando la improcedencia de la declaración de Incapacidad Permanente en la mayoría de los supuestos (Sentencias de 23-5-05 y 9-06-06 ), entre tantas otras), todo ello desde la perspectiva de considerar a la **fibromialgia** como una dolencia de difícil -no imposible- objetivación por la difícil comprobación de su clínica y, por tanto, propensa a la magnificación de sus síntomas (como acontece con las enfermedades psíquicas), y ello pese a su diagnostico y valoración de su grado a través de los llamados puntos-gatillo (cuyo acierto depende en definitiva del dolor que el paciente dice que sufre), criterio que, en definitiva, no hace sino aplicar la norma legal (*arts. 136 y ss LGSS* ) y su interpretación jurisprudencial (STS 9-4-90 , entre tantas otras) en materia de incapacidad permanentes.

En base a lo razonado procede, previa estimación del recurso, la revocación de la Sentencia de instancia, absolviendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social de las pretensiones en su contra formuladas en la demanda.

## FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación, interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 1/2/2007 , en virtud de demanda interpuesta por María Rosario contra Instituto Nacional De La Seguridad Social en reclamación de DERECHOS y en consecuencia debemos revocar y revocamos la Sentencia de instancia desestimando la demanda y absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra formuladas en la demanda .

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 5 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 librese 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.