

Id Cendoj: 38038340012007100716  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Santa Cruz de Tenerife  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 539/2007  
Nº de Resolución: 746/2007  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: ANTONIO DORESTE ARMAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 28 de septiembre 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 (Ponente) y D./Dña. Gloria Pilar Rojas Rivero , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000539/2007 , 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 0000594/2006 en reclamación de DERECHOS , 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 Elsa , 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 18/04/2007 , por el Juzgado de referencia, con carácter estimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:  
PRIMERO.- - D<sup>a</sup>. Elsa , nacida el 3 de noviembre de 1962, se encuentra afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, con número de afiliación NUM000 , teniendo la categoría profesional de intendente de hogar, a la que se dedica de forma habitual. SEGUNDO.- La demandante sufrió en 2002 un accidente de trabajo mientras trabajaba para la empresa "Asociación de Hogares para Niños Nuevo Futuro", a causa de un traumatismo sobre la rodilla izquierda, determinando el Equipo de Valoración de Incapacidades a la conclusión del correspondiente periodo de incapacidad temporal que la actora presentaba "traumatismo sobre rodilla izquierda; artroscopia en abril de 2002; secuelas con flexión mayor de 90º. No hemartros, no inflamación cicatriz". La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social le reconoció por resolución de 6 de marzo de 2003 unas lesiones permanentes no invalidantes, con derecho a una indemnización de 576,98 euros, a cargo de la mutua "Asepeyo". La demandante estuvo de baja por incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, entre el 3 de noviembre de 2003 y el 27 de mayo de 2004, con diagnóstico de osteocondropatías, siendo dada de alta por mejoría que permitía realizar el trabajo habitual. Con fecha de 24 de septiembre de 2004, se dio de baja por incapacidad temporal, calificada como derivada de enfermedad común. El Servicio Canario de Salud consideró acumulable esa segunda baja a la de noviembre de 2003. TERCERO.- Agotado el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal el 28 de agosto de 2005 -por acumulación de los dos procesos de incapacidad temporal-, fue incoado por la Dirección Provincial de Santa Cruz de Tenerife del Instituto Nacional de la Seguridad Social expediente para resolver sobre la declaración, en su caso, de incapacidad permanente de D<sup>a</sup>. Elsa , el día 24 de febrero de 2006 el Equipo de Valoración de Incapacidades determinó el cuadro clínico residual de la demandante como condromalacia rotuliana grado IV rodilla izquierda. Cervicoartrosis.

**Fibromialgia** . Poliartralgias anas+, sin criterio clínico de enfermedad autoinmune. Protusión discal D11-D12 y C6-C7. Trastorno depresivo. No afectación funcional significativa actual ni repercusión clínica limitante. En cuanto a las limitaciones orgánicas y funcionales, indicó que en la paciente no se objetivaba menoscabo permanente para su actividad laboral. Proponiendo en definitiva que no se calificara a Dª.

Elsa como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral. CUARTO.- El día 24 de febrero de 2006 la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución denegando la declaración de incapacidad permanente de Dª. Elsa por no alcanzar las lesiones que padecía un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente. QUINTO.- Dª. Elsa padece un cuadro de condromalacia rotuliana grado IV rodilla izquierda. Cervicoartrosis. **Fibromialgia** . Poliartralgias anas+, sin criterio clínico de enfermedad autoinmune. Protusión discal D11-D12 y C6-C7. Trastorno depresivo mayor. Dichas afecciones le provocan limitación a la movilidad de la rodilla en los últimos grados; movilidad cervical y dorsal esencialmente conservada; importante disminución de la capacidad de atención y concentración. Terapéuticamente tiene desaconsejada la realización de esfuerzos físicos muy intensos o someterse a situaciones estresantes. SEXTO.- La base reguladora de la pensión de incapacidad permanente asciende a 1.137,77 euros. La base de cotización de la demandante ascendía en el mes de octubre de 2003 a 1.307,23 euros y en agosto de 2004 a 772,70 euros. SÉPTIMO.- La categoría profesional de intendente de hogar viene a corresponder actualmente con la de educador en el vigente Convenio Colectivo de la asociación "Nuevo Futuro", y comprende las funciones siguientes:

1.- Poner en práctica las actuaciones educativas con cada menor a lo largo de las diversas actividades de la vida cotidiana.

- Despertar a los/las niños/as; organizar y supervisar su aseo; ayudar en el aseo a los/las más pequeños/as.

- Desayunar con los/las menores; acompañar, en caso necesario, a los/las pequeños/as al colegio y recibir a los/las niños/as cuando vienen del colegio.

- Organizar y supervisar las tareas del hogar que, por turnos, corresponden a los/las menores.

- Comer y cenar con los/las menores y supervisar pautas de comportamiento en la mesa.

- Tener conocimiento y conversar sobre incidencias de la jornada.

- Jugar con los/las chicos/as y comentar el periódico y la televisión

- Dirigir y apoyar las tareas escolares.

- Conocer a los/las amigos/as de los/las menores y todo lo referente a sus actividades de ocio.

- Facilitar una correcta información sexual a los/las menores y si es necesario medidas preventivas.

- Organizar y supervisar la hora de acostarse. Preparación de las ropas para el día siguiente, preparación del material escolar y deportivo.

- Acompañar a los/las más pequeños/as a la hora de acostarse.

- Explicación, realización y exigencia en el cumplimiento de las normas.

- Reprender y confrontar las actitudes inadecuadas lo más inmediatamente posible, sin esperar a la reunión de equipo, sin perjuicio de los que luego se pueda decir en la misma.

2.- Cuidado del mantenimiento del hogar

- Realizar las compras generales de mantenimiento del día a día y alimentación.

- Reposición de menaje de cocina, mobiliario, electrodomésticos y ropa del hogar, siguiendo las normas establecidas en la Asociación.

- Elaborar las comidas y cenas.

- Realización de las tareas domésticas.

- Encargarse de que cada menor recoja su ropa planchada y la guarde en su armario, así como la ropa sucia la meta en la lavadora y ordene sus ropas y enseres personales.

- Detección de la necesidad de ropa y calzado de los/las menores y acompañamiento en la compra de los mismos.

- Conocer la ropa de cada niño/a y velar porque el armario esté organizado.

- Incorporar a los/las adolescentes en la realización de tareas domésticas como parte de su aprendizaje de autocuidado y autonomía.

- Supervisar que el hogar esté en perfecto orden y se reparten ecuanímente las tareas comunes entre los/las menores. Velar por su realización.

### 3.- Cuidado de los asuntos personales del/ de la menor.

- Supervisión y acompañamiento en los aspectos sanitarios y de higiene de los/ las menores.

- Supervisar y acompañar a los/las menores en su contacto con la administración de justicia, sanidad, educación.

- Supervisar el material escolar del/de la menor.

- Realizar al inicio del curso escolar la lista de materiales escolares que necesiten los/las menores del hogar y entregarlas en las oficinas.

- Gestionar y responsabilizarse de la documentación, informes, seguimiento escolar, médico.

- Cuidar, ayudar y atender a cada menor en su religión, contribuyendo a su formación y práctica.

### 4.- Programa educativo individual (PEI)

- Elaboración y seguimiento del programa educativo del/de la menor. Dicho programa recoge los objetivos operativos a trabajar con cada menor a lo largo del curso y contará con el asesoramiento de los profesionales.

- Recibir, junto con el/la profesional responsable, el caso del/de la menor en Bienestar social y transmitir la información a los demás profesionales del equipo educativo.

- Contribuir a la toma de decisiones y pautas de actuación con cada menor.

- Seguimiento escolar a través del contacto cotidiano con los centros escolares y apoyo en las tareas escolares.

- Dinamización y orientación en actividades de ocio (Inscripción, información, acompañamiento, en caso necesario)

- Realizar el seguimiento y control de las actividades que realicen los/las menores fuera del hogar y velar por la buena convivencia en la comunidad.

- Conocer los recursos comunitarios y movilizarlos en función de las necesidades de los/las menores.

- Conocer los informes sociales, psicológicos, pedagógicos referentes al/ a la menor.

- Revisión del programa educativo del/de la menor.

### 5.- Seguimiento de la familia del/de la menor

- Realizar aquellas tareas relacionadas con el seguimiento de la familia del/de la menor, siempre y cuando redunde en beneficio del/de la menor.

- Control de sus llamadas telefónicas.
- Informar a los padres del estado de salud de sus hijos/as.
- Realizar una observación cuando vienen los/las menores de sus casas (higiene, ropas,...) y conversar con ellos/ellas sobre las familias.
- Hacer llegar la información al profesional responsable sobre aspectos relacionados con la familia del/ de la menor.
- Supervisar las visitas controladas que los/las menores pudieran tener con sus familias.

#### 6.- Documentación

- Complimentar los diarios del hogar.
- Complimentar los registros acumulativos de los/las menores.
- Realizar las programaciones del proyecto educativo del/de la menor en los plazos establecidos.
- Elaboración de informes sobre los/las menores, coordinándolo con el equipo educativo del hogar.

#### 7.- Coordinación con otros profesionales.

- Coordinación con el colegio: asistencia a reuniones y entrevistas con profesores/as y psicopedagogos/as.
- Coordinación con gabinetes psicológicos o centros de salud mental en los que el/la menor reciba tratamiento.
- Acudir a todas las reuniones a las que sea requerido que indique la Asociación
- Recepción del/de la menor junto con el/la técnico/a responsable del mismo para su ingreso en el hogar.

OCTAVO.- El día 11 de abril de 2006 se presentó reclamación previa contra la antes citada resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, denegatoria de la declaración de incapacidad permanente. Dicha reclamación previa fue resuelta, desestimándola, por resolución dictada el día 25 de mayo de 2006 .

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Debo estimar y estimo íntegramente la demanda presentada por D<sup>a</sup>. Elsa , y, en consecuencia: PRIMERO: Declaro que la demandante se encuentra afecta a una incapacidad permanente total para su profesión habitual de intendente de hogar/educadora. SEGUNDO: Condeno a las demandadas Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por la anterior declaración y a abonar a la demandante la correspondiente pensión del un 55% sobre la base reguladora de 1.133,77 euros, con efectos económicos desde el 29 de agosto de 2005, y más las mejoras y revalorizaciones oportunas.

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 24 de Septiembre de 2007 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se examina en el presente recurso por este Tribunal, recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la Sentencia de instancia, dictada en materia de Seguridad Social, que, estimando la demanda, declaró a la actora en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de intendente en un centro privado de acogida de menores (categoría equivalente a la más conocida de educadora) revocando, así la Resolución del INSS que entendió que las secuelas de la citada demandante, generadas por la contingencia de enfermedad común, no son acreedoras de grado alguno de Incapacidad Permanente.

El citado recurso se articula mediante dos motivos, uno de revisión fáctica y un tercero 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, y la Sala procede a examinarlo, conforme se expone seguidamente.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso, de revisión fáctica como se ha dicho y con cimiento procesal idóneo en el *art. 191.b LPL*, propone la alteración del relato fáctico en relación con la determinación de la Base Reguladora de la prestación, motivo que ha de decaer, no porque incumpla el motivo alguno de los requisitos que señala la doctrina (STS 2-2-00, por ejemplo) y esta Sala (Sentencia de 30-12-05, entre tantas) sino porque el error material al que alude la Entidad recurrente fue ya corregido mediante Auto de Aclaración de Sentencia dictado el 16-7-07, al amparo del *art. 267 LOPJ*, por lo que ese dato numérico, incontrovertido, y que consta en el expediente ya se ha incorporado al relato fáctico vía aclaración como reconoce expresamente la representación letrada de la actora en su escrito de impugnación del recurso, por lo que el motivo debe ser rechazado por innecesario.

TERCERO.- El segundo motivo de suplicación, de censura jurídica (*art. 191.c LPL*), denuncia infracción de lo dispuesto en los *arts. 136.1 y 137.4 LGSS*, razonando que, con las secuelas que padece la demandante, no debe ser declarada en situación de Incapacidad Permanente en ninguno de sus grados.

El motivo ha de ser desestimado porque no se produce infracción de los preceptos invocados.

La resolución del motivo requiere volver la vista al 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 orgánicas-funcionales o (como prefiere llamarlas el *art. 135.1 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 O.M. 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 dejarse al conocimiento común, lo que contrasta con el normalmente exhaustivo examen de las secuelas orgánico-funcionales. En este caso, sin embargo, tal omisión no se comete aquí, pues el Juzgador describe con todo detalle las funciones de la categoría profesional de la demandante en su hecho probado séptimo, descripción que la Sala da por reproducida dada su exhaustividad y acierto.

El segundo elemento de comparación para decidir sobre un supuesto de Invalidez Permanente, es decir, la descripción de las secuelas que afectan a la actora (en su aspecto síquico, pues en el físico se encuentran muy bien descritas, pero se descarta por la Sentencia su alcance invalidante) no se encuentra en el lugar idóneo para ello (*art. 97 LPL*), que es el relato fáctico, o, al menos, no se describe con el detalle que se hace respecto a las funciones de la profesión ni con el detalle que se hace en el Fundamento de Derecho y, concretamente, se ubica al final del primer Fundamento Jurídico y al final del tercero, que contienen elementos fácticos decisivos), ya que el hecho probado sólo indica "trastorno depresivo mayor"; intacto el relato fáctico por no haberse formulado motivo alguno en este aspecto, y dándole valor de hecho probado a las descripciones más completas situadas en los párrafos finales de estos dos fundamentos y despejando -por leves- las secuelas físicas de la actora tal y como hace la Sentencia de instancia, procede reproducir las secuelas síquicas en los mismos términos que han sido objeto de análisis en los citados fundamentos jurídicos de la Sentencia de instancia, a cuyo tenor:

"Es respecto a la patología depresiva en la que la demandante ha aportado informes más completos; el Equipo de Valoración de Incapacidades recoge en el resultado de la exploración un cuadro dentro de la normalidad, pero la psiquiatra que ha estado tratando a la demandante menciona en sus informes un cuadro de mayor gravedad, y describiendo las secuelas de forma cada vez más grave; en el más reciente, de 10 de abril de este año, cita "idealización suicida constante, aislamiento, clinofilia, nula autoestima, ansiedad generalizada con crisis de pánico a repetición, fobia social muy intensificada e insomnio resistente a hipnóticos", calificándolo como trastorno depresivo mayor de nivel profundo, considerando peligroso que la actora, en ese estado, cuide de menores, dado su estado mental y los efectos de la medicación, que parece referido a un cierto embotamiento con disminución de la capacidad de atención y concentración. La

psiquiatra es perito especializado, y además las afirmaciones que hace la misma pueden resultar muy gravosas para la demandante en otros aspectos distintos de la reclamación de prestaciones que se debate -pues de ese informe se inferiría que la demandante no está capacitada para cuidar menores, lo que podría incluir a su propia hija, menor de edad y cuya custodia ostenta-, por lo que se pueden asumir sus conclusiones respecto. Tal profesión no exigiría mayores esfuerzos físicos que los propios de las tareas domésticas, pero sí es necesario un estado anímico positivo para proporcionar a los menores un apoyo emocional -parece evidente que alguien con ideación autolítica no es el más adecuado para cuidar a un niño-, aparte de poder mantener una buena capacidad de concentración y atención para detectar los posibles problemas que pudieran tener los menores y controlar adecuadamente su evolución, aparte de las situaciones de estrés que puedan derivarse del trato con los menores más problemáticos; lo cual en sus condiciones actuales la demandante no estaría en condiciones de desempeñar, resultando manifiestamente inadecuada para seguir desempeñando su profesión habitual, debiendo en consecuencia declararse a la misma en situación de incapacidad permanente total".

Sobre ellas y a pesar de la sustancial diferencia entre el dictamen del EVI y el del siquiatra perito privado (que debe verse con cierta cautela al ser perito de parte), razona la Sala que la merma en la capacidad de trabajo de la actora es suficiente como para impedirle la realización de las tareas habituales de tal profesión bajo los estándares de dedicación y eficacia (STS 7-3-90 ) propias de esa actividad, por lo que la declaración de Incapacidad Permanente Total es la adecuada para ello, no procediendo, así, rebajar la calificación efectuada en la Sentencia de instancia.

Este Tribunal tiene declarado, en las numerosísimas Sentencias que dicta en esta materia, que es patente la imposibilidad de la generalización de soluciones homogéneas en esta materia (STS 9.3.95 ), que son muy casuísticas cuando se refieren a la determinación del grado invalidante, dificultando así la necesaria evidencia de existencia de contradicción, entre diversas soluciones judiciales, que permita el acceso de las soluciones judicialmente adoptadas en Unificación de Doctrina (STS 27.1.97 ), entre otras), Además, dado el carácter marcadamente profesional de nuestro sistema de protección social en relación con la invalidez, lo que interesa valorar es cuál sea la capacidad laboral residual que las secuelas tenidas como definitivas permiten al afectado, bien sea para la que haya venido siendo su profesión habitual hasta el momento de la incidencia presuntamente invalidante, o bien, en general, para cualquier otra actividad u oficio; de donde derivará una u otra calificación de la misma, de acuerdo con el tipo invalidante legalmente previsto, actualmente en la *Ley General de la Seguridad Social de 1994*. Por lo que esa valoración de teórica capacidad laboral, tiene que verificarse teniendo en cuenta que, la prestación de un trabajo o actividad, debe ser realizado en condiciones normales de habitualidad, a los efectos de, con un esfuerzo normal, obtener el rendimiento que sea razonablemente exigible (STS 22.9.89 ), sin que por lo tanto, sea preciso para ello la adición por parte del sujeto afectado de un sobreesfuerzo especial (como señalan las SSTs de 11.10.79, 21.2.81 ó 22.9.89 ) y prestando ese trabajo concreto, o desarrollada la actividad, tanto con la necesaria profesionalidad (STS 7.3.90 ) como conforme a las exigencias normales de continuidad, dedicación y eficacia, que son legalmente exigibles (STS 7.3.90 ) y consecuentemente, con desempeño de un modo continuo y de acuerdo con la jornada laboral que sea la ordinaria en el sector de actividad o en la empresa concreta (STS 16.2.89 ).

Por tanto, no se ha infringido la normativa invocada en el motivo (*arts. 136 y 137 LGSS* ), lo que conlleva la desestimación del motivo, y con él, la del recurso, lo que, a su vez, arrastra la confirmación de la Sentencia impugnada.

## FALLAMOS

Que debemos des estimar y desestimamos parcialmente el recurso de suplicación, interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 18/04/2007 , en virtud de demanda interpuesta por Elsa 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. 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.