

Id Cendoj: 38038340012008100057
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 805/2007
Nº de Resolución: 60/2008
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: MARIA DEL CARMEN SANCHEZ-PARODI PASCUA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 25 de enero de 2008.

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^a Carmen Sanchez Parodi Pascua (Ponente) (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas y D./Dña. Eduardo Jesus Ramos Real , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000805/2007 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000622/2006 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. M^a Carmen Sanchez Parodi Pascua .

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Encarna , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 26 de septiembre de 2007 , 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. Encarna , nacida el 6.7.1957, está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el num. NUM000 , siendo su profesión habitual de auxiliar administrativo. SEGUNDO.- En fecha 17.2.05, causa baja por I.T. con diagnóstico de trastornos neuróticos, con fecha de alta de 16.12.05, por agotamiento del plazo. TERCERO.- Iniciado expediente administrativo de incapacidad permanente, hasta agotar el periodo de I.T., la Entidad Gestora en resolución de fecha 31.3.06 le reconoce una prestación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, con una pensión del 55% de la base reguladora de 1062,52 euros. CUARTO.- El informe del EVI que sirvió de base a la resolución anterior, determinó el siguiente cuadro clínico residual: **Fibromialgia** . Trastorno depresivo en tratamiento y seguimiento desde 1996, trastorno crónico. No sintomatología psicótica. Trastorno disociativo con fobia laboral. Limitaciones orgánicas y funcionales: las limitaciones que presenta son para actividades que impliquen funciones intelectuales complejas que desencadenen su trastorno disociativo, presentando limitaciones para su actividad laboral. QUINTO.- La actora presenta los siguientes padecimientos: **fibromialgia** con 18 puntos, trastorno depresivo mayor cronificado de más de 9 años de evolución y síndrome de fatiga crónica. SEXTO.- La base reguladora de la prestación asciende a 1062,52 euros y la fecha de efectos el 14.6.06. SEPTIMO.- Se ha agotado la vía previa administrativa .

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que estimando la demanda interpuesta por Encarna , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro a la actora afecta para toda profesión u oficio, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, con abono de una pensión vitalicia en cuantía equivalente al 100% de una base reguladora mensual de 1.062,52 euros, con las mejoras y

revalorizaciones correspondiente .

Posteriormente, con fecha 11 de octubre de 2007, se dicta Auto de Aclaración de Sentencia cuya Parte Dispositiva literal decía: Aclarar la Sentencia de fecha 26.9.07 , quedando el fallo del siguiente tenor literal:

"Que estimando la demanda interpuesta por Encarna , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro a la actora afecta de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, con abono de una pensión vitalicia en cuantía equivalente al 100% de una base reguladora mensual de 1.062,52 euros, con las mejoras y revalorizaciones correspondiente

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 21 de Enero de 2008 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo del *apartado a) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* , recurre la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social por infracción del *art. 97.2 de dicha ley* y *art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* .

Esta Sala tiene indicado, respecto a la nulidad de actuaciones, que: "es constante doctrina de la Sala la que afirma que la nulidad de las resoluciones judiciales es una medida excepcional que, por sus negativas consecuencias sobre el proceso, ha de limitarse a los supuestos legalmente tipificados en el *art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* y a los vicios formales especialmente cualificados que menciona el *núm. 1 del art. 240 de dicha Ley* respecto de los que no pueda operar la subsanación prevista en el *núm. 2* de este último artículo, sin que en ningún caso irregularidades formales carentes de auténtica proyección invalidante, al no impedir que el acto alcance su fin ni generar indefensión puedan justificar la adopción de tal medida con infracción del principio de economía procesal".

Interesa dicha parte que se anule la sentencia de instancia por entender que la misma adolece de falta de hechos probados. Entiende la Sala que la resolución de instancia contiene datos suficientes para poder entrar en el fondo del asunto y que la nulidad debe ser adoptada con carácter excepcional, que en este caso, a la vista del relato fáctico, no se aprecia la carencia de hechos que indica el recurrente, por lo que el motivo está abocado al fracaso.

SEGUNDO.- Denuncia igualmente otro motivo de nulidad, por entender se ha conculcado el *art. 97 de la invocada ley procesal*, en relación con el *art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

La parte actora solicita una incapacidad absoluta y la Juzgadora se ha pronunciado al respecto, resolviendo todos y cada uno de los puntos planteados. El hecho de que diga que la sentencia hace conclusiones sin probada objetivada, este es un juicio personal de la parte que no evidencia ni falta de congruencia, ni la indefensión que se dice se le ha ocasionado, lo que nos lleva a que el motivo deba ser desestimado.

TERCERO.- Al amparo del *apartado b) del art. 191 de la referida ley procesal*, recurre dicha parte por entender se debe revisar el hecho probado cuarto y debe quedar redactado: "La actora presenta un cuadro fibromiálgico, y una sintomatología ansioso- depresiva con componente no psicótico y disociativo con fobia laboral (auxiliar administrativo del Cabildo)."

Se apoya en informes médicos.

Esta Sala tiene dicho respecto a la revisión de hechos probados: "los requisitos que se exigen para la pretendida revisión son los que siguen:

a) La concreción exacta del que haya de ser objeto de revisión.

b) La precisión del sentido en que ha de ser revisado; es decir si hay que adicionar, suprimir o modificar algo. En cualquier caso, y por principio, se requiere que la revisión tenga trascendencia o relevancia para provocar la alteración del fallo de la sentencia.

c) La manifestación clara de la redacción que debe darse al hecho probado, cuando el sentido de la revisión no sea la de su supresión total.

Por lo que se refiere a la forma de instrumentalizar la revisión:

a) Se limitan doblemente los medios que pongan en evidencia el error del Juzgador; por otra parte, porque en los diversos medios probatorios existentes únicamente puede acudir a la prueba documental, sea ésta privada -siempre que tenga carácter indubitado- o pública, y a la prueba pericial; por otra parte, porque tales medios de prueba, como corresponde a un recurso extraordinario, sólo pueden obtenerse de los que obran en autos.

b) No basta con que la revisión se base en un documento o pericia, sino que es necesario señalar específicamente el documento objeto de la pretendida revisión.

c) El error ha de evidenciarse simplemente del documento alegado en el que se demuestre su existencia, sin necesidad de que el recurrente realice conjeturas, hipótesis o razonamientos; por ello mismo se impide la inclusión de afirmaciones, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada. Esto significa que el error ha de ser evidente; evidencia que ha de destacarse por sí misma, superando la valoración conjunta de las pruebas practicadas que haya podido realizar el juzgador a quo.

d) No pueden ser combatidos los hechos probados si éstos han sido obtenidos por el Juez del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso."

El motivo no puede tener favorable acogida al ser intrascendente para los designios del fallo.

CUARTO.- En vía de censura jurídica y a tenor del apartado c) del invocado artículo, denuncia dicha parte infracción del *art. 136.1 y 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social*.

El grado de incapacidad permanente absoluta está configurado en el T.R. de la Ley General de la Seguridad Social como el que inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio (*art. 137 párrafo 5º, 137 párrafo 1º c actual*). La jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 9 de febrero de 1987 que ha recopilado la doctrina en tal sentido) establece que: "este grado de incapacidad, teniendo presente el texto de dicho precepto que lo tipifica, sus antecedentes históricos, su espíritu y su finalidad, no sólo debe ser reconocido al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, sino también a aquél que, aun con aptitudes para algunas actividades, no tenga facultades reales para consumir, con cierta eficacia, las tareas componentes de una cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral. A tal fin han de valorarse, más que la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generen, éstas en sí mismos, en cuanto impedimentos reales y suficientes para dejar sin posibilidades de iniciar y consumir a quien las sufre las faenas que corresponden a un oficio, siquiera sea el más simple, de los que, como actividad laboral retribuida, con una y otra categoría profesional, se dan en el seno de una empresa o actividad económica de mayor o menor volumen" (en el mismo sentido las sentencias 24 de febrero y 16 de julio de 1987). La jurisprudencia viene entendiendo que la declaración de invalidez permanente absoluta debe hacerse con criterio restrictivo por las consecuencias negativas que conlleva, tanto para el operario como para la sociedad, de modo que sólo se puede acceder a tal pretensión cuando se comprueba una situación fisiológica que anule radicalmente cualquier posibilidad de actuación en el mundo laboral (sentencia de 10 de noviembre de 1982), atendiendo exclusivamente las secuelas anatómico funcionales (sentencia de 25 de enero de 1983), o que provoquen una serie de dolores, episodios agudos o trastornos que no permitan llevar a cabo con asiduidad y continuidad el ejercicio profesional (sentencias de 22 de enero de 1985, 24 de enero, 12 de junio y 22 de noviembre de 1989, 22 de enero, 2 de abril, 30 de junio, 20 de julio, 17 de septiembre, 23 de octubre, 14 de noviembre y 10 de diciembre de 1990). La determinación de tal grado de invalidez ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a apreciar conjunta o simultáneamente, de un lado, la severidad

de la incapacitación y, de otro, las posibilidades reales de hallar ocupación. De tal manera que el *artículo 135 párrafo 5º del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social* no debe ser interpretado mediante un entendimiento literal y rígido sin más de su tenor literal, en evitación de que resulte imposible su aplicación real, y sí, por el contrario, sin perder nunca de vista la objetividad que el sentido propio de sus palabras comporta, en relación con el contexto y sus antecedentes históricos, debe actuarse dicha norma de tal suerte que su aplicación atienda fundamentalmente a alcanzar el espíritu y la finalidad que determinaron su promulgación (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio, 5 y 6 de octubre de 1981, 10 de abril, 2 de junio, 26 y 29 de noviembre, 3 de diciembre de 1984, 22 de abril, 10 y 19 de junio de 1985 y 16 y 27 de febrero, 13 de junio de 1989, 22 de enero, 7 de marzo y 11 de diciembre de 1990).

QUINTO.- A la vista del propio relato fáctico y teniendo en cuenta las lesiones que padece la actora, esta Sala considera que la misma, Auxiliar Administrativo, está incapacitada para sus tareas pero no queda acreditado que la **fibromialgia** que padece, en la actualidad, le merma sus aptitudes para todo tipo de trabajo. A este respecto, este Tribunal tiene dicho respecto a la **fibromialgia** : <<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 esos casos extremos, la procedencia de la declaración de I.P. Absoluta) o de la actividad propia de la profesión (también en pocos casos, como el de las sentencias de 17-11-05 ó 29-9-06) y declarando la improcedencia de la declaración de Incapacidad Permanente en la mayoría de los supuestos (sentencias de 23-5-05 y 19-6-06 , 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 diagnóstico 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 incapacidades permanentes.>>

En razón a ello, el recurso ha de ser estimado y revocada la sentencia de instancia.

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 26 de septiembre de 2007 , en virtud de demanda interpuesta por Encarna 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 formulada y absolviendo a la Entidad Gestora de las pretensiones deducidas en su contra .

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 1 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.