

Id Cendoj: 38038340012008100280
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 173/2008
Nº de Resolución: 264/2008
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: EDUARDO JESUS RAMOS REAL
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 21 de abril 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. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas y D./Dña. Eduardo Jesús Ramos Real (Ponente) , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000173/2008 , interpuesto por Instituto Nacional De La Seguridad Social , frente a la

Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000665/2006 en reclamación de

PRESTACIONES , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Eduardo Jesús Ramos Real .

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por Dª María Rosario contra el INSTITUTO NACIONAL de la SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y que en su día se celebró la vista, dictándose sentencia con fecha 11 de octubre de 2007 por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 2 de los de Santa Cruz de Tenerife .

SEGUNDO.- En la sentencia de instancia y como hechos probados se declararon los siguientes:

PRIMERO.- La demandante Dª María Rosario, nacida el día 3-11-1967, con documento nacional de identidad nº NUM000, se encuentra afiliado a la Seguridad Social en el Régimen General con el nº NUM001, por consecuencia de los trabajos prestados como Administrativa. SEGUNDO.- La demandante inició un proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común el día 18-8-04, con el diagnóstico de " **fibromialgia** ", siendo dada de alta el 12-2-06 por agotamiento de plazo. TERCERO.- Iniciado expediente de invalidez permanente, por la contingencia de enfermedad común, la Entidad Gestora por resolución de fecha 18-4-06 denegó 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 la misma interpuso la parte actora reclamación previa en fecha 21-6-06 que fue desestimada por resolución de 28-7-06. CUARTO.- Que el informe medico de síntesis fue emitido en fecha 7-4-06 determinando el siguiente juicio diagnóstico: "Diagnosticada de Sd. **Fibromialgia** Vs fatiga crónica. Hiperlaxitud articular. Actualmente presenta limitación movimientos del cuello y del MSI en menos del 50 %, secundarios a contractura paravertebral izda. Resultado EMG dentro de la normalidad. LIMITACIONES ORGANICAS Y FUNCIONALES: Las limitaciones que presenta no impiden de forma permanente el desempeño de su actividad laboral. El Dictamen propuesta del EVI se dictó el 18-4-06 siendo coincidente con el citado informe médico de síntesis y ratificado por el propio EVI el 21-6-06. QUINTO.- La

demandante fue diagnosticada de **fibromialgia** por el Servicio de Reumatología del HUC en septiembre de 2004, reiterado en enero y junio de 2006, donde se señala que presenta un cuadro de varios años de evolución de dolor músculo esquelético difuso que empeora con la sobre carga mecánica y emocional, rigidez, sensación de hinchazón, cansancio que se acentúa con la actividad física, vértigos, sueño no reparador, cansancio persistente, cefalea migrañosa, parestesias y distimia con dificultad para concentrarse. Se le realizaron estudios analíticos e inmunológicos que descartaron la enfermedad inflamatoria. Presenta también un cuadro depresivo reactivo grave con alteraciones cognitivas y está en tratamiento continuo con AINEs, antidepresivos, ansiolíticos y moduladores de la sensibilidad dolorosa sin mejoría apreciable. Presenta 11 puntos dolorosos de

un esquema de 18 preestablecidos posibles (gatillo). SEXTO.- Por el perito médico D. Evaristo se emitió informe en fecha 12-6-06, ratificado en el acto del juicio, con las siguientes conclusiones: "1. María Rosario padece una patología en la que destacan dos procesos fundamentales que son una **fibromialgia** severa, sin respuesta al tratamiento, y una depresión de carácter crónico y resistente a los tratamientos actuales. Se trata de procesos de carácter crónico y que, por su persistencia y resistencia a los tratamientos, podemos considerar de carácter permanente. Debemos también señalar que ambos procesos se interrelacionan y agravan recíprocamente entre sí. 2. Sus procesos la imposibilitan no sólo para sus actividades domésticas sino también para cualquier actividad laboral que le requiera un horario normal, diario y con una mínima disciplina laboral, aunque sólo le exija esfuerzos físicos mínimos". SÉPTIMO.- Por la médico forense se emitió informe en fecha 14-9-07 de cuya exploración resulta: "Consideraciones médico forenses: - Ya el historial de síntomas compatibles con **fibromialgia**, es de años de duración, lo que apoya la veracidad de su diagnóstico. - El estado depresivo es acompañante y consecuencia, lo que agrava el cuadro clínico general. Criterios para el diagnóstico de FM 1ª: mayores-exigibles. - Dolor difuso durante, al menos, 3 meses. - Múltiples puntos sensibles en, por lo menos, 6 localizaciones anatómicas especificadas: occipucio en las inserciones del musculo suboccipital. - Cervicales bajas en la cara anterior y lateral de C5 a C7 entre las apofisis transversas. - Trapecio en el punto medio del borde superior en su borde interno, origen del músculo. - Segunda costilla a nivel de articulación costocondral, por fuera. - Epicondilo humeral externo a 2cm de distancia distal. - Gluteos en los cuadrantes superiores externos de las nalgas. - Trocanter mayor por detrás. - Rodilla en la almohadilla grasa interna, junto a la interlínea articular. - Ausencia de enfermedad subyacente como causa de **fibromialgia**. Menores. - Intrusión de ondas alfa en sueño EEG no-REM. - Sueño no reparador. - Incremento nocturno de la fatiga y rigidez matutinas. - Fatiga o cansancio durante el día. - Subjetiva tumefacción o disestesias. - Agravamiento con el frío, stress o actividad. - Mejoría con el descanso, calor y mejora de la forma física. - Dolor de cabeza crónico (migraña, tensión). - Trastornos funcionales intestinales (colon

irritable). Conclusión: Al presentar su cuadro depresivo y doloroso; así como precisar, de forma alternante, periodos de encamamiento por falta de energía para las funciones básicas de la vida, no se considera compatible con la realización de un trabajo con horario fijo y que requiere orden, concentración y energía mental mínimos para responder a los requerimientos laborales de su profesión de auxiliar administrativo". OCTAVO.- La demandante presenta un cuadro de **fibromialgia** de larga evolución y de carácter severo que se ve agravado por un cuadro ansioso depresivo reactivo grave y de evolución crónica y permanente, a la que se une la fatiga crónica y la hiperlaxitud articular, con cuadro doloroso. Está imposibilitada para realizar cualquier actividad que requiera un esfuerzo físico por mínimo que sea. NOVENO.- La base reguladora asciende a la cantidad mensual de 1.287,54 euros siendo la fecha de efectos el 12-2-06 (hecho conforme).

TERCERO.- La sentencia de instancia contiene el siguiente fallo:

Estimando la demanda promovida por Dª María Rosario contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro que la parte actora se encuentra en situación de invalidez permanente en grado de incapacidad permanente absoluta, con origen en enfermedad común; y, en consecuencia, condeno a la Entidad Gestora a estar y pasar por ésta declaración y a abonar a la demandante una pensión vitalicia y mensual en la cuantía del 100% de la base reguladora de 1.287,54 euros, con los incrementos y los límites legales correspondientes, con efectos desde el día el 12-2-06.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la Entidad Gestora demandada, siendo impugnado de contrario. Remitidos los autos a esta Sala se señaló fecha para la votación y fallo de la resolución, habiéndose cumplido con las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la pretensión ejercitada por la actora, Dª María Rosario, trabajadora que reclamaba ser declarada en situación de invalidez permanente, grado de incapacidad

permanente absoluta para toda profesión u oficio, derivada de enfermedad común, revocando así la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de fecha 18 de abril de 2006 que, en la vía administrativa, desestimaba tal solicitud por considerar que las limitaciones funcionales que padece la actora no alcanzan un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de invalidez permanente en ninguno de sus grados. Frente a la misma se alza la Entidad Gestora mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de dos motivos de revisión fáctica y uno de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia de instancia, se dicte otra por la que se desestime íntegramente la demanda que da origen al presente procedimiento.

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* solicita la Entidad recurrente la modificación del relato fáctico declarado probado por el Magistrado de instancia con la finalidad de:

A) Suprimir de la actual redacción del ordinal quinto, expresivo de las dolencias y limitaciones funcionales de la actora, la siguiente frase:

"Presenta también un cuadro depresivo reactivo grave con alteraciones cognitivas".

B) Suprimir de la actual redacción del ordinal octavo, expresivo igualmente de las dolencias y limitaciones funcionales de la actora, la siguiente frase:

"Cuadro ansioso-depresivo grave y de evolución crónica y permanente..., está imposibilitada para actividad que requiera esfuerzo físico por mínimo que sea".

En ambos casos no señala documento alguno que sirva de base a sus pretensiones revisorias, limitándose a argumentar que dichas manifestaciones son de carácter subjetivo y que no hay prueba que las avale.

Con carácter previo, la Sala, a la vista de la fundamentación del recurso, realizará las siguientes precisiones. Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o me-nos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coinciden-tes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho la "prueba negativa", consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (sentencias del Tribunal Supremo 14 de enero, 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986) y sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1990 : "...sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...");

c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y,

f) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Sobre tales premisas, la Sala llega a la conclusión de que los dos motivos de revisión fáctica han de fracasar, porque no se señala documento alguno por parte de la Entidad recurrente que evidencie el error padecido por el Juzgador de instancia en la valoración del material probatorio incorporado a las actuaciones,

encontrándonos ante un supuesto paradigmático de lo que doctrinalmente se denomina "prueba negativa", es decir, invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador, mecanismo procesal no apto para invocar la revisión de los hechos probados en el recurso extraordinario de suplicación.

Se desestiman, por tanto, los dos motivos de revisión fáctica, quedando los hechos probados firmes e inalterados.

TERCERO.- Por el cauce del *apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* denuncia el INSS la infracción de los *artículos 136 párrafo 1º y 137 párrafo 1º letra c) del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social*, definidores de la invalidez permanente y, dentro de ella, del grado de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio. Argumenta en su discurso impugnatorio, en esencia, que a pesar de las dolencias que padece la actora en la actualidad ésta aun conserva la capacidad física y psíquica suficiente para desempeñar actividades laborales livianas, sedentarias y sencillas.

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 (*artículo 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 mismas, 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 sentencias de 24 de febrero y 16 de julio de 1987). La jurisprudencia viene entendiendo que la declaración de invalidez permanente absoluta debe hacer-se 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 las 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).

Del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia se desprende que la actora está afectada del siguiente cuadro médico (hechos probados quinto y octavo): **fibromialgia** de larga evolución y de carácter severo (once de dieciocho puntos gatillo) y cuadro ansioso depresivo reactivo grave y de evolución crónica y permanente, a lo que se une fatiga crónica e hiperlaxitud articular con cuadro doloroso.

Tales padecimientos le producen como limitaciones funcionales: imposibilidad de realizar cualquier actividad que requiera un esfuerzo físico por mínimo que sea, no puede estar sometida a tensión o estrés por el deterioro cognitivo que le produce su cuadro depresivo, por su **fibromialgia** se produce una interrelación entre el dolor crónico y la depresión, los cuales se potencian mutuamente (hechos probados

quinto y octavo).

Teniendo en cuenta tales complicaciones y menoscabos, puede afirmarse que la actora no posee la suficiente aptitud física ni psíquica residual para afrontar con rendimiento, eficacia y profesionalidad el ejercicio de cualquiera de las ocupaciones que puede ofrecerle el mercado laboral, incluso para aquellas profesiones livianas, sedentarias o sencillas. Por un lado, nos encontramos con las limitaciones de tipo físico derivadas de la **fibromialgia** que padece son de por sí suficientes como para impedirle el ejercicio de cualquier profesión que exija esfuerzo físico y a movilidad de la columna vertebral y de las extremidades, por otro, nos encontramos con que su patología psiquiátrica, un cuadro complejo consistente en síndrome ansioso-depresivo, la incapacita radicalmente para someterse a disciplina, horario y control laboral, así como para relacionarse con otras personas (necesidad de trato personal inherente a cualquier relación laboral), por lo que la Sala no vislumbra qué actividad sedentaria podría realizar en tales condiciones.

En consecuencia, entendemos que se dan los presupuestos fácticos exigidos legalmente para la declaración de invalidez permanente, en grado de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, prevista en el *artículo 137 párrafo 1º letra c) del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social*.

Lo expuesto conduce a la Sala, al haberlo entendido así el Magistrado de instancia, a la desestimación del motivo de censura jurídica y, por su efecto, a la del recurso de suplicación interpuesto por la Entidad Gestora, debiendo ser confirmada la sentencia combatida en todos sus pronunciamientos

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL de la SEGURIDAD SOCIAL (INSS) contra la sentencia de fecha 11 de octubre de 2007, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 2 de los de Santa Cruz de Tenerife en los autos de juicio 665/2006, la cual confirmamos íntegramente.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y al Ministerio Fiscal.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO cuenta número: 3777/0000660173/08 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 € en la entidad de crédito de BANESTO cuenta corriente número 2410000066 0173/08, Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón de su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.