

TSJ de Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 6-2-2009, nº 1085/2009, rec. 6119/2007
Pte: Arastey Sahún, Mª Lourdes

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG: 17079 - 44 - 4 - 2006 - 0001613

mm

ILMA. SRA. Mª LOURDES ARASTEY SAHÚN

ILMA. SRA. ASCENSIÓN SOLÉ PUIG

ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

En Barcelona a 6 de febrero de 2009

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 1085/2009

En el recurso de suplicación interpuesto por ... frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Girona de fecha 26 de abril de 2007 (que al parecer sufre un error mecanográfico y marca como fecha la de 26 de abril de 2006) dictada en el procedimiento Demandas núm. 454/2006 y siendo recurrido/a Tesorería General de la Seguridad Social Girona, Diputació de Girona, Instituto Nacional de la Seguridad Social Girona, Hospital de Palamos y Mutua Asepeyo. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Mª LOURDES ARASTEY SAHÚN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Invalidez general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 26 de abril de 2007 a pesar de que en la propia sentencia marca como fecha de la misma el 26 de abril de 2006, suponiendo esta Sala que se trata de un error mecanográfico. La mencionada sentencia contenía el siguiente Fallo:

"Desestimar la demanda presentada por ... contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA ASEPEYO, HOSPITAL DE PALAMOS Y DIPUTACION DE GIRONA no habiendo lugar a declarar la actora en situación de Invalidez Permanente Total para su profesión habitual de Enfermera ni en situación de Invalidez Permanente Absoluta, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos deducidos en su contra con todos los pronunciamientos favorables."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Dª..., con D.N.I. nº: NUM000, nacida el día 7 de noviembre de 1.966 y **profesión habitual Enfermera**, se encuentra afiliado en el Régimen General de la Seguridad Social. (Incontrovertido)

SEGUNDO.- Instada la vía administrativa ante la Dirección Provincial del INSS, se dictó resolución de fecha 10 de marzo de 2.006, en la que se reconocían las secuelas de: **SINDROME FATIGA CRONICA II, FIBROMIALGIA I, DISTIMIA Y TRANSTORNO NEUROCOGNITIVO**, pero se denegaba 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.... Presentada la correspondiente reclamación previa se dictó resolución de fecha 18 de mayo de 2.006., confirmando el pronunciamiento inicial.

TERCERO.- Las secuelas que padece el actor son:

Síndrome fatiga crónica II

Fibromialgia I

Distimia

Trastorno neurocognitivo

Las secuelas citadas provocan en la actora un dolor generalizado de difícil reparación a pesar de los tratamientos prescritos y cumplimentados y los síntomas inherentes al trastorno psiquiátrico (falta de atención, concentración, ansiedad generalizada etc.)

Presenta igualmente una marcada astenia, inestabilidad a la marcha, fatiga a esfuerzos prolongados, cefalea, mialgias, síndrome miofacial etc.

(Pericial de ambas partes y documentos acompañados, informe del ICAM)

CUARTO.- El virus de Epstein Bar le fue detectado a ... en el año 1999. (Folio 112)

QUINTO.- El virus de Epstein Bar aparece latente en un elevadísimo porcentaje de la población adulta que puede cifrarse hasta en un 90 %, tratándose de un virus que tras la infección permanece de por vida en el organismo, sufriendo reactivaciones periódicas.

El modo habitual de contraer la mononucleosis infecciosa que es la enfermedad relacionada con mayor frecuencia con el virus, es el contacto íntimo y en particular a través de la saliva.

En los países desarrollados la infección suele transmitirse durante la adolescencia o primer juventud y la mayor parte de los individuos no presentan sintomatología.

(Pericial de la Mutua Asepeyo y tratados médicos acompañados, folios 221 y ss., informe médico presentado por el Hospital de Palamós - folio 293)

SEXTO.- La base reguladora para la Invalidez Permanente Total y Absoluta asciende a la cantidad de 452,93 euros por enfermedad común, siendo la fecha a partir de la cual desplegaría efectos la de 10/3/06 y la de revisión de 17/5/07.

No pudo aportarse en juicio la base reguladora de las contingencias profesionales por falta de cualquier dato para su cálculo. (Incontrovertido).

SEPTIMO.- La actora ha figurado en el RETA desde 1/7/04 hasta el 10/3/06 y con anterioridad prestó servicios en las siguientes entidades:

Hospital de Palamos de 01/07/1987 a 30/09/1987

Hospital de Palamos de 07/10/1987 a 31/05/1992

Diputacion de Girona de 16/06/1992 a 30/09/1.992

Institut d'Assist. de 16/10/1992 a 31/03/1.993

Institut d'Assist. de 07/04/1993 a 26/01/1.994

Institut d'Assist. de 28/01/1.994 a 31/03/1.996

Unidad Reprod Humana de 15/09/1.997 a 30/11/1.997

Unitat % 425 de 11/01/2.002 a 15/01/2.003

(Folio 19)"

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza en suplicación la demandante inicial frente a la sentencia del Juzgado que desestima la demanda en la que dicha parte suplicaba el reconocimiento de prestación de incapacidad permanente absoluta o, subsidiariamente, total.

El recurso plantea un primer motivo amparado en el apartado a) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pidiendo que la Sala declare la nulidad de la sentencia por no haberse fijado en ella la cuantía de la base reguladora de contingencias profesionales.

La nulidad de actuaciones constituye un remedio último al que cabe acudir de forma restrictiva, en tanto que supone una excepción al principio de seguridad jurídica que dimana de la preclusión de los actos procesales; excepción válida en tanto estén en juego valores superiores, como son los que justifican la protección de las garantías procesales de defensa de las partes.

En el presente caso el juzgador de instancia indica que no se han aportado pruebas que permitan el cálculo de la base reguladora y esto es un dato extraído de la realidad procesal que no supone infracción de norma alguna, ni cabe ser subsanado por más que se decrete la nulidad de lo actuado.

Era la parte que reclamaba el derecho a la prestación la que debía acreditar los elementos fácticos sobre los que asentar el eventual reconocimiento de la misma y, por ello, no puede afirmarse que haya indefensión cuando lo que el juzgador "a quo" constata es, precisamente, la falta de actividad probatoria al respecto.

SEGUNDO.- En línea con lo que se viene diciendo, la parte recurrente pretende que se modifique el hecho probado sexto para que se diga que la base reguladora derivada de contingencias profesionales sería de 2.130,52 € mensuales.

Llegamos así al núcleo de la cuestión relativa a la base reguladora. Lo que el Sr. Magistrado de instancia pone de relieve en la edición que ha dado al citado hecho probado es que no hay diferencia de la base reguladora en atención a la contingencia, en el caso del actor.

Y ello es así porque, como se desprende del último de los hechos probados, resulta que la actora había permanecido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos durante todo el periodo que había de tomarse en consideración para el cálculo de la base reguladora en el caso de las contingencias profesionales. Cuando la incapacidad deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional la base reguladora se calcula sobre salarios reales, y será el cociente de dividir por 12 la suma del salario anual, incluidas las pagas extraordinaria o de devengo superior al mes, además de las horas extraordinaria, en su caso.

El periodo a considerar es el inmediato anterior al hecho causante y es ésta una cuestión que ha de analizarse detenidamente, ya que, en caso de acceder a la pretensión de la trabajadora de que estemos ante una enfermedad profesional, debería fijarse el momento en que se habría de entender causada la misma.

De ahí que la cuestión de la base reguladora devenga una cuestión enteramente jurídica, y no fáctica, y haya de quedar a expensas de la calificación de la contingencia.

A su vez, ésta se halla a merced de la consideración que merezcan las dolencias de la parte actora, puesto que, de no valorarse su estado como incapacitante, tampoco cabría atribuir a contingencia alguna una incapacidad permanente inexistente.

TERCERO.- Llegados a este punto, se trata de examinar el cuadro de dolencias que presenta la actora, tal y como resultan de los hechos probados de la sentencia recurrida (no combatidos en este punto en esta alzada), y ponerlas en relación con la capacidad laboral.

Puede decirse que la trabajadora presenta dos tipos de afecciones distintas: de un lado, el síndrome de fatiga crónica y la fibromialgia, a la que se liga la distimia y el trastorno neurocognitivo, con las secuelas que se relatan en el hecho tercero; de otra parte, el virus de Epstein Bar.

Se hace evidente que el primer grupo de enfermedades no guarda relación alguna con el desarrollo de la profesión y que no pudieron ser causadas por ésta.

Por otra parte, la infección por virus de Epstein Bar no supone incapacidad permanente alguna y no puede justificar la pretensión, en ninguno de sus grados, puesto que se trata de un virus muy común, no siempre generador de enfermedad - infección subclínica- y, en último caso, cursa con procesos agudos de fiebre o procesos inflamatorios de páncreas o hígado. Ninguna constancia existe en el presente caso sobre la afectación en la trabajadora. Por ello hemos de centrar el análisis de la incapacidad permanente en el resto de las patologías, lo que, como hemos apuntado, descarta toda posibilidad de calificación profesional de la contingencia.

Finalmente, valorando las dolencias citadas en relación con la profesión habitual de la actora, discrepamos de la decisión última de la instancia y consideramos que el grado de afectación del síndrome de fatiga crónica habrá de impedirle el desempeño de las tareas propias de la misma y, por consiguiente, estimamos en parte el recurso en el sentido de declarar a la trabajadora en situación de incapacidad hermanen total, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión mensual del 55% de la base reguladora de 452,93 € con efectos de 10 de marzo de 2006 de cuyo pago será responsable el INSS.

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

FALLO

Que, estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por D^a ... contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Girona, dictada el 26 de abril de 2006 (26 de abril de 2007) en los autos núm. 454/06, seguidos frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Tesorería General de la Seguridad Social, el HOSPITAL DE PALAMÓS, la DIPUTACIÓN DE GIRONA y MUTUA ASEPEYO, debemos revocar y revocamos en parte la misma en el sentido de declarar a la trabajadora en situación de incapacidad hermanen total, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión mensual del 55% de la base reguladora de 452,93 € con efectos de 10 de marzo de 2006 de cuyo pago será responsable el INSS.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.