

TSJ de Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 31-1-2011, nº 679/2011, rec. 344/2010
Pte: Valle Muñoz, Fco. Andrés

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 43148 - 44 - 4 - 2008 - 0010447

EL

ILMA. SRA. MA DEL CARMEN FIGUERAS CUADRA

Ilmo. Sr. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

Ilmo. Sr. FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

En Barcelona a 31 de enero de 2011

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. 679/2011

En el recurso de suplicación interpuesto por ... frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Tarragona de fecha 6 de noviembre de 2009, dictada en el procedimiento Demandas num. 216/2008 y siendo recurrido/a INSS T y TGSS T. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de marzo de 2008, 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 6 de noviembre de 2009, que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando la demanda deducida por ... contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; declarando que la parte actora se encuentra en situación constitutiva de invalidez permanente TOTAL para toda profesión u oficio, derivada de enfermedad común, con derecho a pensión vitalicia en la cuantía inicial del 55 por 100 de la base reguladora de 883,41 euros mensuales CATORCE veces al año, con efectos económicos desde el 27.09.07, condenando a la parte demandada a abonársela con los aumentos, mejoras y revalorizaciones procedentes."

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

"PRIMERO.- La parte actora, ..., nacida el 14.06.55, figura afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, siendo su profesión habitual la de auxiliar de clínica.

(exp. administrativo)

SEGUNDO.- Iniciado expediente de incapacidad permanente, la parte actora fue reconocida por el ICAM el 27.09.07. Tras emitir la CEI el preceptivo dictamen propuesta el 25.10.07, la Dirección Provincial del INSS en Tarragona dictó resolución de 14.11.07 por la que declaraba a la parte actora no afecta de incapacidad permanente en grado alguno derivado de enfermedad común al no suponer sus lesiones incapacidad laboral. Contra dicha resolución interpuso reclamación previa el 11.01.08 y al ser desestimada por resolución expresa, presentó demanda ante los juzgados de lo Social.

(exp. administrativo)

TERCERO.- La actora sufre: "carcinoma mamario. Neuropatía braquial post linfadenectomía axilar derecha. Trastorno distímico en tratamiento. Fibromialgia grado III y síndrome de Fatiga crónica en grado II."

CUARTO.- La base reguladora de la prestación es de 883,41 euros al mes, y la fecha de efectos en su caso de 27.09.07.

Respecto de la IPP la base reguladora sería 736,50 euros.

(no controvertido)"

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado, no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimó en parte la demanda formulada por la parte actora contra la demandada en reclamación de incapacidad permanente, interpone la parte actora, ahora como recurrente, el presente recurso de suplicación en base a dos motivos. El primero de ellos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.b) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, tiene por objeto revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

Concretamente pretende la parte recurrente la revisión del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia, al que ofrece la siguiente redacción alternativa: "La base reguladora de la prestación es de 978,90 euros al mes, y la fecha de efectos en su caso de 27-09-07. Respecto de la incapacidad permanente parcial la base reguladora sería de 1.661,44 euros". Se ampara para ello la recurrente en el documento obrante al folio 100 de autos, dentro del expediente administrativo, así como en los documentos que adjunta en su recurso de suplicación num. 1, 2, 3, 4, y 5. A juicio de la recurrente, los cálculos efectuados por el INSS contienen unas bases de cotización erróneas del período comprendido entre los meses de octubre de 2006 y agosto de 2007. Es por tal motivo que la actora presentó una denuncia ante la Inspección de trabajo (documento num. 1 adjunto), para que se regularizasen las bases de cotización, que fue resuelta mediante informe de la Inspección de fecha 30-06-08 (documento num. 2 adjunto), mediante el cual se estableció que las bases de cotización deberían regularizarse. Así que partiendo de ello, la recurrente aporta un cálculo estimativo y alternativo a la base reguladora que consta en el expediente administrativo (documentos 3º, 4º y 5º).

El motivo no puede prosperar. Con carácter previo ha de señalar esta Sala que la base reguladora que se declara probada en la sentencia de instancia, y que ahora se impugna, resultó ser un hecho no controvertido entre las partes, por lo que la recurrente no puede hacer valer dicha pretensión, y como una cuestión nueva, en esta fase procesal. Además, los documentos en que se ampara la recurrente para solicitar la modificación fáctica, son de fecha anterior al acto de juicio, por lo que bien pudo haberlos aportado en aquél momento. Desde esta perspectiva, y como ha señalado también el Tribunal Constitucional en su sentencia 294/93 de 18 de octubre, el recurso de suplicación no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso extraordinario de objeto limitado, en el que el Tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones plantadas por las partes en el acto de juicio, caso contrario se colocaría en indefensión a las partes demandadas.

En consecuencia, no se aprecia error en la valoración de la prueba realizada por el Juzgador "a quo", de conformidad con lo previsto en los artículos 97.2 y siguientes de la LPL, en relación con el artículo 348 de la supletoria LEC, que justifiquen la modificación que se interesa. Es al juzgador de instancia a quien corresponde valorar la prueba practicada para formar su convicción, con apreciación en sana crítica de todos los elementos probatorios. Y si llegó a una resolución fáctica, ésta debe de prevalecer como norma general, sobre cualquier interpretación subjetiva o interesada, por lo que debe respetarse la establecida por el Juez "a quo", a no ser que se demuestre palmariamente el error en que éste hubiese podido incurrir en su elección y que se acredite en todo caso que el error judicial se produjo de modo irrefutable y manifiesto. Además, tal y como ha señalado esta Sala (y valgan por todas las

sentencias de 22 y 29 de marzo y de 11 de noviembre de 1995; de 25 de abril, de 30 de octubre y de 9 de diciembre de 1996; de 26 de noviembre de 1997; de 2 y 30 de noviembre de 1998; y de 15 y 29 de enero de 1999): "solo de excepcional manera han de hacer uso los Tribunales Superiores de la facultad de modificar fiscalizándola, la valoración de la prueba hecha por el Juzgador de instancia, facultad que les está atribuida para el supuesto de que los elementos señalados como revisorios, ofrezcan tan alta fuerza de convicción que, a juicio de la Sala, declaren claro error de hecho sufrido por el Juzgador en la apreciación de la prueba".

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.c) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, presenta la recurrente el segundo motivo del recurso, motivo que tiene por objeto examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia por parte de la sentencia de instancia. Concretamente entiende la recurrente que la sentencia de instancia infringe lo dispuesto en el artículo 137.5 de la LGSS, ya que, a su juicio, las patologías que padece la parte actora, la incapacitarían de modo permanente, para el desempeño de cualquier profesión u oficio con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia.

El motivo debe prosperar. El artículo 137.5 de la LGSS en la redacción anterior a la dada por la Ley 24/1997 (vigente en cuanto no se desarrolle reglamentariamente el texto actual por aplicación de la Disposición Transitoria 5º bis de la LGSS), señala que se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo como "la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio". Según declara la jurisprudencia, para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones, hay que atender a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral, de forma que la invalidez merecerá la calificación de absoluta cuando al trabajador no le resta capacidad alguna (STS de 29-09-1987), debiéndose de realizar la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos (STS de 6-11-1987), sin que puedan tomarse en consideración las circunstancias subjetivas de edad, preparación profesional y restantes de tipo económico y social que concurran, que no pueden configurar grado de incapacidad superior al que corresponda por razones objetivas de carácter médico exclusivamente (STS de 23-3-1987, 14-4-1988, entre otras), debido a que tales circunstancias han de tomarse en consideración en la invalidez total cualificada, debiéndose valorar las secuelas en sí mismas (STS de 16-12-85).

Como mantiene la jurisprudencia, deberá declararse la invalidez absoluta cuando resulte una inhabilitación completa del trabajador para toda profesión u oficio, al no estar en condiciones de acometer ningún quehacer productivo, porque las aptitudes que le restan carecen de suficiente relevancia en el mundo económico para concertar alguna relación de trabajo retribuida (STS de 18-1-1988 y de 25-1-1988), implicando no sólo la posibilidad de trasladarse al lugar de trabajo por sus propios medios y permanecer en él durante toda la jornada (STS de 25-3-1988) y efectuar allí cualquier tarea, sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, actuando de acuerdo con las exigencias, de todo orden, que comporta la integración en una empresa, en régimen de dependencia de un empresario, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros (STS de 12-7-1986 y de 30-9-1986), por cuanto no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles esos mínimos de dedicación, diligencia y atención que son indispensables en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, salvo que se den un singular afán de superación y espíritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario pues, de no coincidir ambos, no cabe mantener como relaciones laborales normales aquellas en las que se ofrezcan tales carencias (STS de 21-1-1988).

Por tanto, no se trata de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia (STS de 6-2-1987), y estando por ello incapacitado para asumir cualquier género de responsabilidad laboral, por liviana o sencilla que sea la profesión u oficio elegido (STS de 29-09-87). En consecuencia, habrá invalidez permanente absoluta siempre que las condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabiliten para cualquier trabajo que tenga una retribución ordinaria dentro del ámbito laboral (STS de 23-3-1988 y de 12-4-1988). Es en tal sentido que se ha declarado que lo preceptuado en el artículo 137.5 de la LGSS no debe ser objeto de una interpretación literal y rígida, que llevaría a una imposibilidad de su aplicación, sino que ha de serlo de forma flexible.

Respecto a la fibromialgia, ésta es una enfermedad crónica reconocida por la OMS ya desde 1992. Es una enfermedad de etiología desconocida que se desencadena a partir de una enfermedad vírica o bacteriana, una situación traumática u otras causas, y en la que el estrés juega un importante papel de agudización de la enfermedad. Supone, según la ciencia médica, el padecimiento de una enfermedad crónica, de etiología incierta, que se caracteriza por una clínica de algias generalizadas, musculares, y óseas, incluso cefaleas, que cursan habitualmente con cansancio, alteraciones del sueño, ansiedad o depresión y déficit de fuerza muscular. Además de ser una enfermedad crónica, es discapacitante y puede llegar a producir incapacidad para el normal funcionamiento en la vida diaria en aquellos enfermos que alcanzan un nivel severo o grave de la enfermedad. Los criterios de diagnóstico son: a) dolor difuso al menos durante tres meses y que afecten tanto al lado derecho como al izquierdo del cuerpo y hacia arriba o por debajo de la cintura. Dolor en el esqueleto axial; b) puntos dolorosos, identificándose 18 puntos de dolor repartidos en 9 pares a ambos lados del cuerpo, considerándose que si son positivos 11 de los 18 puntos, el paciente tiene dolor difuso, y se han descartado otras patologías, el diagnóstico es claro respecto la fibromialgia. Respecto de los grados de fibromialgia, el Ministerio de Sanidad y Consumo, editó en 2003 un monográfico sobre la misma, en el que se determina que el grado I supone una afectación vital leve, el grado II una afectación vital moderada, y el grado III supone afectación vital severa, con marcada interferencia en actividades de la vida diaria.

Respecto al síndrome de fatiga crónica, ésta es una afección compleja y debilitante, caracterizada por una fatiga intensa que no remite tras el descanso en cama y que puede empeorar con la actividad física o mental. Es una situación clínica de causa poco

conocida y curso persistente en la cual predomina la presencia de una intensa e inexplicable fatiga a mínimos esfuerzos. La fatiga afecta tanto a la esfera física como mental y no mejora con el descanso. Según los diversos estudios médicos sobre dicha enfermedad, para alcanzar el diagnóstico es necesario cumplir los siguientes criterios: a) padecer una fatiga crónica grave durante seis o más meses que no sea consecuencia de ninguna dolencia conocida; b) presentar cuatro o más de los siguientes síntomas: deterioro sustancial de la memoria o la concentración a corto plazo, faringitis o amigdalitis, nódulos linfáticos sensibles, mialgias, altragias múltiples sin hinchazón o eritema, cefaleas de una clase e intensidad no sufrida anteriormente, alteración del sueño y malestar que persiste 24 horas después de un esfuerzo. Y tales síntomas tienen que haberse presentado, persistente o recurrentemente, durante un mínimo de seis meses y no haber antecedido a la fatiga; c) sintomatología neurovegetativa como por ejemplo disestesias y parestesias en extremidades; d) sintomatología inmunológica, como por ejemplo odinofagia de repetición. La gradación que para la misma establecen los cuadernos de buena praxis del colegio de médicos de Barcelona, en base a los criterios "Hochberg MC", se divide en cuatro grados: grado I: fatiga ocasional oscilante, sin limitación significativa en la actividad laboral y actividades de la vida diaria; grado II: fatiga persistente oscilante, pero sin mejoría, con marcada repercusión en la actividad laboral y actividades de la vida diaria; grado III: fatiga importante que no permite ni ocasionalmente realizar ninguna actividad laboral y que limita en más de un 80% las actividades de la vida diaria; grado IV: fatiga extrema que precisa ayuda de otras personas para las actividades personales básicas y que imposibilita la autonomía en las actividades de la vida diaria.

En el caso de autos, consta probado, y así se razona en la sentencia de instancia, que la actora sufre síndrome de fatiga crónica grado II, y fibromialgia grado III, como así lo evidencian los informes de la Unidad de Fatiga Crónica del Hospital Clínic de Barcelona, y de reumatólogo, concluyendo la severidad de la misma, y el seguimiento en clínica del dolor. Todo ello, con la tórpida y larga evolución que sigue dicha enfermedad en la actora, y atendiendo al grado III de la fibromialgia, el cual supone afectación vital severa, con marcada interferencia en actividades de la vida diaria, cabe concluir que ambas patologías que consideran invalidantes para cualquier profesión u oficio con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia.

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

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a ... contra la sentencia de 6 de noviembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Tarragona en los autos número 216/2008 seguidos a instancia de la parte actora, ahora recurrente, contra el INSS y la TGSS revocando íntegramente la misma y declarando a D^a ... en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta derivada de enfermedad común, condenando al INSS a abonarle una prestación periódica equivalente al 100% de una base reguladora mensual de 883,41 euros más las mejoras legales que correspondan, con fecha de efectos de 27-09-07.

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.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a esta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en los números 2 y 3 del Art.219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del texto procesal laboral, todo el que (a excepción de los trabajadores o causahabientes suyos, los beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social, quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los organismos dependientes de todos ellos) intente interponer recurso de casación, consignará como depósito la cantidad de 300 euros en la cuenta de consignaciones que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya tiene abierta en el Banco Español de Crédito-BANESTO-, en la Oficina núm.2015, sita en Ronda de Sant Pere, num. 47, num. 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

En caso de recurso de casación, la consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO, en la oficina indicada en el párrafo anterior, num. 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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.