

TSJ de Catalunya Sala de lo Social, sec. 1ª, S 6-6-2011, nº 4005/2011, rec. 5409/2010  
Pte: Falguera Baró, Miguel Ángel

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

MM

IL·LM. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

IL·LM. SR. DANIEL BARTOMEUS PLANA

IL·LM. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

Barcelona, 6 de juny de 2011

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA núm. 4005/2011

En el recurs de suplicació interposat per Institut Nacional de la Seguretat Social de Girona a la sentència del Jutjat Social 3 Girona de data 10 de juny de 2010 dictada en el procediment núm. 380/2009 en el qual s'ha recorregut contra la part Mutua

Universal, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Prof. de la Seguridad Social num. 10, ..., Hospital Residencia Josep Baulida i Tresoreria General de la Seguretat Social de Girona, ha actuat com a ponent Il·lm. Sr. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

Primer. En data 20 de març de 2009 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre Invalidesa grau, en la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 10 de juny de 2010, que contenia la decisió següent:

" Que, estimando, en la petición subsidiaria, la demanda interpuesta por Doña ... contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL y la empresa PATRONAT MUNICIPAL RESIDÈNCIA JOSEP BAULIDA, debo declarar que la actora se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, derivada de enfermedad común, con derecho al percibo de una pensión mensual equivalente al 100 por 100, de la base reguladora de 618,46 euros, sin perjuicio de ulteriores incrementos y mejoras y con efectos económicos a partir del 12 de febrero de 2009 y revisable a partir de 4 de marzo de 2010, condenado al INSS a su reconocimiento y abono y absolviendo, en consecuencia, al resto de codemandados de las pretensiones en su contra ejercitadas. "

Segon. En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

PRIMERO.- La demandante, nacida en 21 de junio de 1964, se encuentra afiliada y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, habiendo prestado servicios como auxiliar de geriatría por cuenta de la entidad empresarial codemandada, con riesgos de accidente de trabajo cubiertos por la también codemandada MUTUA UNIVERSAL, que manifiesta subrogarse en las

responsabilidades de la empresa, habiendo causado baja en la empresa por fin de contrato en fecha 11 de julio de 2007 (no controvertido).

SEGUNDO.- En fecha 28 de junio de 2007 la actora sufrió un accidente considerado de trabajo, al levantar de la cama a una persona, lesionándose la zona lumbar de la columna vertebral. Consecuencia del accidente sufrido, la actora inició proceso de incapacidad temporal, derivada de accidente de trabajo, en la misma fecha de 28 de junio de 2007, siendo dada de alta médica por curación en fecha 18 de noviembre de 2007. En fecha 17 de marzo de 2008 es nuevamente dada de baja médica por enfermedad común, con el diagnóstico de dolor espalda, permaneciendo en tal situación hasta 21 de octubre de 2009, en que se le deniega la incapacidad permanente (parte de accidente de trabajo, folios 419 a 421, partes de baja y alta médicas, folios 188 y 189 y certificado obrante a folio 164).

TERCERO.- Formulada reclamación por la actora, en fecha 30 de enero de 2009, de las prestaciones que ahora reclama, fue reconocida por el ICAM en fecha 10 de febrero de 2009, que emitió dictamen con el diagnóstico de: Fibromialgia. SD. Fatiga crónica. SD. Depresivo, fijando como contingencia la enfermedad común y sin presunción de incapacidad permanente (expediente administrativo: solicitud, folios 34 a 36 y dictamen del ICAM, folios 28 y 29).

La Dirección Provincial del INSS, en resolución de fecha 12 de febrero de 2009, declaró que las lesiones de la actora, derivadas de enfermedad común, no alcanzan grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de incapacidad permanente, en base al cuadro residual fijado por la CEI, de Fibromialgia. Síndrome de fatiga crónica post-vírica (resolución obrante a folios 27 y 30).

Interpuesta reclamación previa en fecha 2 de marzo de 2009, fue desestimada por resolución de la entidad gestora demandada, fechada en 4 de

marzo de 2009, por la que se ratifica la resolución anterior (reclamación previa, folios 8-9 y 15-16 y resolución denegatoria, folio 14).

Frente a la anterior resolución de 4 de marzo de 2009 se interpone la primera de las demandas acumuladas.

CUARTO.- En fecha 5 de octubre de 2009 la actora es nuevamente reconocida por el ICAM, que emite dictamen, con el siguiente diagnóstico: "Fibromialgia. SD. Fatiga crónica", fijando la contingencia determinante en enfermedad común y sin presunción de incapacidad permanente (dictamen del ICAM, folios 98 y 99).

La Dirección Provincial del INSS, en resolución de fecha 21 de octubre de 2009, declaró que las lesiones de la actora, derivadas de enfermedad común, no alcanzan grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de incapacidad permanente, en base al mismo cuadro residual indicado por el ICAM (resolución obrante a folios 97 y 100).

Interpuesta reclamación previa en fecha 12 de noviembre de 2009, fue desestimada por resolución de la entidad gestora demandada, fechada en 18 de noviembre de 2009, por la que se ratifica la resolución anterior (reclamación previa, folio 93 y resolución denegatoria, folios 90 y 91).

Frente a la anterior resolución de 18 de noviembre de 2009 se interpone la segunda de las demandas acumuladas.

QUINTO.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 618,46 euros mensuales, para el supuesto de que se declarara derivada de contingencia común (contestación a la demanda por parte del INSS y folios 46 a 52, con conformidad de la actora).

La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 13.829,88 euros anuales, para el supuesto de que se declarara derivada de contingencia profesional (contestación a la demanda por parte de la Mutua y folio 68, con conformidad de la actora).

SEXTO.- La actora, con posterioridad al accidente que sufriera en 28 de junio de 2007, al levantar a una paciente, en que se produjo un traumatismo en espalda, en concreto en la zona lumbar, unos dos meses después, ha presentado: Desarrollo de dolor intenso, que se ha ido generalizando. Posteriormente aparece fatiga a pequeños esfuerzos, tanto por actividades físicas, como neurocognitivas, con alteración de la memoria y la concentración. Controlada por reumatología, fue diagnosticada de Fibromialgia, que ha ido progresando. También presenta Síndrome de fatiga crónica, ambas de grado intenso, grado III. Ambos procesos están controlados por especialista, presentando en la actualidad fatiga a mínimos esfuerzos, tanto físicos como intelectuales y dolor intenso a mínimos esfuerzos. Presenta un cuadro distímico, secundario a la sintomatología crónica de dolor y

fatiga (dictámenes del ICAM, folios 28-29 y 98-99, informes médicos aportados por la actora, folios 195 a 238, 245 y 246, informes médicos aportados por el INSS, folios 248 a 262, informes médicos aportados por la Mutua, folios 264 y siguientes y periciales médicas practicadas).

SÉPTIMO.-La actora, en los días 1, 2 y 23 de marzo de 2010 ha realizado en su domicilio tareas domésticas, como recoger la ropa tendida, regar plantas, barrer la puerta de su casa o sacar a pasear al perro (documental obrante a folios 310 a 328 y testifical del detective privado Celso).

Tercer. Contra aquesta sentència la part codemandada INSS va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària que la part actora va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER. Postula l'entitat gestora demandada com a primer motiu de suplicació, amb empara en l'apartat b) de l'art. 191 LPL, la revisió de fets provats de la sentència, sol licitant el canvi en el redactat de l'ordinal sisè, amb el següent text alternatiu: "La actora, con posterioridad al accidente que sufriera en 28 de junio de 2007, al levantar a una paciente, en que se produjo una afectación lumbar, presenta en la actualidad el siguiente cuadro patológico: FIBROMIALGIA, SÍNDROME DE FATIGA CRÓNICA Y SÍNDROME DEPRESIVO"; la dita pretensió s'empara en allò que consta en els folis 28, 98 i 264 a 267 de les presents actuacions.

Escau tenir present que conforme constant doctrina jurisprudencial per a que prosperi aquesta causa de suplicació, en base al caràcter extraordinari d'aquest recurs, és necessària la concurrència dels següents elements: a) l'existència d'un error en el jutjador en la valoració de la prova, de forma clara i palesa, no basat en conjectures o raonaments; b) que aquest error es basi en documents o perícies que constin en les actuacions que ho posin en evidència; c) que el recurrent assenyali els paràgrafs a modificar, tot proposant una redacció alternativa que concreti la seva pretensió revisòria; d) que els resultats que es postulen, encara que es basin en els dits mitjans de prova, no quedin desvirtuats per altres proves practicades al llarg del judici, atès que en cas de contracció ha de prevaler el criteri del jutge d'instància, en tant que la llei li reserva la funció de valoració de les proves; i e) que les modificacions sol licitades siguin rellevants i transcendents per a la resolució de les qüestions plantejades.

Cal recordar a la recurrent que no correspon a aquesta Sala jutjat de nou les patologies concorrents, sinó únicament valorar si el magistrat d'instància ha caigut en error en la valoració de la prova. És criteri sostingut pacíficament i des d'antic per aquesta Sala (entre moltes d'altres, SS números 4985/1994, de 26 de setembre; 5654/1994 de 24 d'octubre; 6495/1994 de 30 de novembre; 102/1995, de 16 de gener, 1397/1995, de 28 de febrer; 1701/1995 i 2009/1995, d'11 i 22 de març; 3284/1995 i 3330/1995 de 23 i 24 de maig; 3633/1995 i 3915/1995 de 9 i 23 de juny; 4890/1995 de 19 de setembre; i 6023/1995, 2300/1995 y 6454/1995, de 7, 20 i 28 de novembre, 1028/1996, 1325/1996 i 8147/1996, de 19 de febrer, 1 de març i 9 de desembre; 3397/1997, 4317/1997, 4393/1997 i 4828/1997, de 9 de maig, 12 i 14 de juny i 4 de juliol; i 6002/1998, 14 de setembre i 7068/1998, de 16 d'octubre) tot aplicant la constant jurisprudència del Tribunal Suprem (també entre d'altres, Sentències de la Sala del Social del Tribunal Suprem de 12 de març, 3, 17 i 31 de maig, 21 i 25 de juny i 10 i 17 de desembre de 1990 i 24 de gener de 1991, que davant dictàmens mèdics contradictoris, llevat la concurrència de circumstàncies especials, s'ha d'atendre la valoració realitzada pel magistrat d'instància en virtut de les competències i atribucions que li atribueix l' article 97.2 de la Llei de Procediment Laboral, l' article 218.2 de la Llei d'Enjudiciament Civil i l' art. 120.3 de la Llei Orgànica del Poder Judicial.

En la mesura en què la jutjador d'instància ha valorat la prova i ha arribat a determinades conclusions, sense que s'indiqui en el recurs els possibles errors que pot haver comès, el dit motiu de suplicació ha de decaure, doncs, com s'ha dit, davant informes contradictoris ha de prevaler la valoració de la prova que s'ha efectuat a la instància.

SEGON. A través del segon dels motius del recurs, emparat en l'apartat c) de l' article 191 de la Llei foral es denuncia pel recurrent la infracció de l' art. 137. 5 i 4 LGSS, per entendre que les lesions que pateix la demandant no són constitutives de cap grau d'incapacitat o, subsidiàriament, ho són en grau de total.

Reiteradament la jurisprudència ve assenyalant -entre moltes d'altres, SSTS 15.06.1990, 18.01.1991, 29.01.1991, etc.- que "para la valoración de la incapacidad permanente, las lesiones y secuelas en cuanto concurren en el sujeto afectado han de ser apreciadas conjuntamente, de tal modo, que aunque los diversos padecimientos que integren su estado patológico, considerados aisladamente, no determinen un grado de incapacidad, sí pueden llevar a tal conclusión, si se ponderan y valoran conjuntamente". I, pel que fa al grau d'incapacitat permanent absoluta, la dita doctrina cassacional ve insistint des d'antuvi -entre moltes d'altres, SSTS 22.09.1988, 21.10.1988, 07.11.1988, 09.03.1989, 17.03.1999, 13.06.1999, 27.07.1989, 23.02.1990, 27.02.1990, 14.06.1990, etc.- que "la realización de un quehacer asalariado implica no sólo la posibilidad de efectuar cualquier faena o tarea, sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, y la necesidad de consumarlo en régimen de dependencia de un empresario

durante la jornada laboral, sujetándose a un horario, actuando consecuentemente con las exigencias que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros, en 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 incluso en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, salvo que se dé un verdadero afán 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, al ser inquestionable que el trabajador ha de ofrecer unos rendimientos socialmente aceptables"

D'altra banda, pel que fa al grau de total postulat subsidiàriament, com s'indica a la STS de 26.06.1991, l' art. 137, en referir-se a la incapacitat permanent total -en relació, mentre no es produeixi el desenvolupament reglamentari amb l'establert a l' art. 12.2 de l'Ordre de 15 d'abril de 1969 - la refereix a la professió habitual. Això ha comportat que la jurisprudència hagi vingut destacant reiteradament -entre d'altres, SSTS de 12.06.1986 i 24.07.1986, entre moltes d'altres- el caràcter essencial i determinant de la professió en la qualificació jurídica de la situació residual de l'afectat; de tal forma que, unes mateixes lesions o seqüeles poder ser constitutives o no d'incapacitat permanent en funció de les activitats o tasques que requereixi la professió del presumpte incapacitat.

Centrats així els termes del debat volem recordar que en forma reiterada venim exigint -respecte la fibromiàlgia, amb lògica extensió a la SFC- que la simple concurrència de punts dolorosos no és incapacitant "per se", atesa l'evident subjectivitat de la sensació àlgida. La concurrència dels punts gallet pot ser significativa a efectes de diagnòstic, però cap incidència té en relació a la qualificació de la incapacitat permanent. I, en aquest terreny, s'haurà de provar les característiques concretes dels brots de dolor i la seva periodicitat ( sentències de la Sala de 01.10.2004, 16.03.2005, etc.) O la intensitat del dit dolor, la concurrència d'astènia i cansament i els seus efectes sobre la capacitat laboral de la persona afectada, doncs la fibromiàlgia no incideix sempre igual sobre la dita capacitat, poden, per tant, ser incapacitant o no ser-ho. Com indicàvem a la nostra sentència de 10 de desembre de 2005, la fibromiàlgia "puede oscilar desde la absoluta imposibilidad de realizar tareas tan livianas como levantar o asir un objeto de escaso peso, pasando por la limitación exclusivamente para esfuerzos intensos por aparecer un cansancio precoz, y hasta la inexistencia de repercusión funcional alguna, al ser posible el desarrollo de las actividades cotidianas sin interferencia del dolor músculo-esquelético". I, en tot cas, haurà d'acreditar-se -en relació a les prèvies reflexions- el grau i gravetat de la dita malaltia.

Doncs bé, en el present supòsit la demandant presenta una fibromiàlgia i una SFG de caràcter greu, que li provoca astènia i cansament. És obvi, per tant, que del dit quadre allò que es desprèn és la impossibilitat de la demandant per a realitzar feines d'esforç -sense que òbviament la prova de detectius cap valor pugui tenir en el present supòsit, atès que una cosa és que la demandant exerceixi amb normalitat la seva vida quotidiana i una altra molt diferent que estigui en condicions de prestar serveis laborals al llarg d'una jornada de treball-, d'aquí que haguem de compartir l'argumentació del recurs en relació a la declaració del grau d'absoluta, atès que es mantenen capacitats laborals per dur a termes tasques sedentàries. Ara bé, caldrà indicar que la professió de la demandant -auxiliar de geriatria- sí exigeix el dit requeriment, pel que a judici de la Sala el grau aplicable és el postulat subsidiàriament a la demanda -i en el recurs- de total.

TERCER. Les anteriors consideracions, doncs, han de comportar l'estimació en part del recurs, amb la conseqüència de la revocació en part de la sentència, declarant la demandant en situació d'incapacitat permanent total amb el dret a percebre les prestacions contributives corresponents en quantia del 55 % de la base reguladora de 618 euros amb 46 cèntims mensuals, d'acord amb el que estableixen l' article 139 LGSS , l' OM de 15.4.1969 i l'art. 12.2 del Decret 3158/66, de 23 de desembre, i els efectes que ja consten a la sentència, atès que no han estat discutits.

Atesos els preceptes legals esmentats, els seus concordants i demès disposicions de general i pertinent aplicació,

## FALLO

Que hem d'estimar i estimem en part el recurs de suplicació interposat l'INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentència dictada pel jutjat del social número 3 dels de Girona en data 19 de juny de 2010, recaiguda en les actuacions 280/2009, acumulades a les 1435/2009 del mateix jutjat, en virtut de demanda deduïda per ...contra el dit recurrent i contra la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL i HOSPITAL RESIDENCIA JOSEP BAULIDA n reclamació per incapacitat permanent i, en conseqüència, hem de revocar i revoquem la dita resolució, únicament als efectes de declarar la demandant en situació d'INCAPACITAT PERMANENT TOTAL, amb el dret a percebre les prestacions contributives corresponents en quantia del 55 % de la base reguladora, mantenint la resta de condemnes i declaracions del pronunciament.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts en els apartats 2 i 3 de l'Art.219 de la Llei de Procediment Laboral.

Així mateix, de conformitat amb allò disposat en els articles 227 i 228 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts i que intenti interposar recurs de cassació per unificació de doctrina, consignarà com dipòsit la quantitat de 300 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el Banc Espanyol de Crèdit - BANESTO-, en l'Oficina núm.2015 situada a la Ronda de Sant Pere, núm. 47 de Barcelona, n° 0965 0000 66, afegint a continuació els números indicatius del recurs en aquest Tribunal.

La consignació de l'import de la condemna, quan així procedeixi, s'efectuarà en el compte que aquesta Sala té obert en l'oficina bancària esmentada al paràgraf anterior, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació els números indicatius del Recurs en aquest Tribunal, i havent d'acreditar que s'ha fet efectiva al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, el Magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.