

Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, Sentencia 1562/2022 de 22 Dic. 2022, Rec. 1594/2021

Ponente: Díez Moro, Javier Ramón.

Nº de Sentencia: 1562/2022

Nº de Recurso: 1594/2021

Jurisdicción: SOCIAL

ECLI: *ES:TSJICAN:2022:3402*

La fibromialgia por sí misma no es susceptible de encaje entre las enfermedades discapacitantes

RECONOCIMIENTO DE GRADO DE MINUSVALÍA. La fibromialgia no se contempla como una enfermedad discapacitante en el Anexo I del RD 1971/99, exige ser valorada atendiendo a los déficits o menoscabos que la patología reumatológica origina en los diversos órganos, sistemas o aparatos del afectado; lo valorable no es el diagnóstico clínico, sino la severidad de las consecuencias de la enfermedad, cualquiera que ésta sea. La causa por la que no se ha atribuido ningún porcentaje de discapacidad autónomo por dicha enfermedad, es precisamente porque la prueba pericial practicada no evidenció cual fuera la repercusión funcional de la patología en el caso concreto de la afectada, al limitarse a recoger consideraciones generales sobre sus manifestaciones clínicas, sin ni siquiera haber explorado a la demandante. VOTO PARTICULAR.

El TSJ Canarias desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social num, 3 de Las Palmas de Gran Canaria, confirmando la resolución administrativa que le declaró afecta de un grado de discapacidad del 42%.

TEXTO

Sección: MAR

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO

SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº 6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Impugnación de actos administrativos en materia laboral y seguridad social, excluidos los prestacionales N° proc. origen: 0000655/2019-00 Órgano origen: Juzgado de lo Social N° 3 de Las Palmas de Gran Canaria

Recurrente Sonia

Recurrido DIRECCIÓN GENERAL DE DEPENDENCIA Y DISCAPACIDAD

Rollo: Recursos de Suplicación

N° Rollo: 0001594/2021

NIG: 3501644420190006638

Materia: Impugnación de resolución

Resolución: Sentencia 001562/2022

Abogado:

TERESA DE JESUS VEGA SANTANA

SERV. JURÍDICO CAC LP

En Las Palmas de Gran Canaria, a 22 de diciembre de 2022.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Iltmos. Sres. Magistrados

D. ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ, Dña. GLORIA POYATOS MATAS y D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001594/2021, interpuesto por Dña. Sonia, frente a la Sentencia 000231/2021 del Juzgado de lo Social N° 3 de Las Palmas de Gran Canaria dictada en los Autos N° 0000655/2019 -00 en reclamación de Impugnación de resolución siendo Ponente el ILTMO. SR. D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D^a. Sonia, en reclamación de RECONOCIMIENTO GRADO DE MINUSVALÍA siendo demandada la DIRECCIÓN GENERAL DE DEPENDENCIA Y DISCAPACIDAD y tras celebrarse el acto del juicio se dictó Sentencia desestimatoria el día 5 de abril de 2021 por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

" PRIMERO.- Con fecha 1/6/14 se dictó resolución por la demandada reconociendo a la actora un grado de discapacidad del 10%.

La parte actora, con fecha de nacimiento NUM000/1957, con fecha 2/3/18 solicitó revisión del grado de discapacidad reconocido.

SEGUNDO.- El Dictamen Técnico Facultativo del Equipo de Valoración y Orientación del Centro Base de Las Palmas de Gran Canarias, de fecha 20/3/19, establecía un grado total de minusvalía o enfermedad crónica del 42%. Como factores sociales complementarios se le otorgaba 15 puntos.

TERCERO.- Por resolución de la Consejería de fecha 20/3/19 se acordó reconocer a la parte actora un grado de discapacidad del 42%.

CUARTO.- Se agotó la vía previa sin efecto.

QUINTO.- La actora se halla afecta a las siguientes patologías:

-CERVICODORSALGIA Y LUMBALGIA , de origen DEGENERATIVO-ARTROSIS DE COLUMNA con espondilosis y osteofitosis L1-L2 SIN HALLAZGOS ASOCIADOS A HERNIA/ PROTRUSION DISCAL . Estenosis congenita de canal lumbar . Fibromialgia, con movilidad de la columna dolorosa pero conservada.

-TENDINITIS DE HOMBRO DERECHO/ ROTURA TOTAL DE MANGUITO DE ROTADORES (tratada con infiltraciones y dos intervenciones quirurgicas en 2017 y 2018 por rotura del tendón del supraespinoso y rehabilitacion) CON DÉFICIT EN BALANCE ARTICULAR Y FUERZA MUSCULAR DE BRAZO DERECHO EN SITUACION DE ESTANCAMIENTO SIN MEJORIA HASTA LA ACTUALIDAD, presentando un balance articular de Antepulsion 110°-Abduccion 80° y rotaciones externa (mano-cuello -40°) e interna(dorso mano -lumbar 5) .

-UNIDAD DE SALUD MENTAL : Historia de maltrato y sintomatología ansiosos depresiva reactiva a patología dolorosa , ya estudiada por múltiples especialistas , importante componente de somatización y demanda de atención médica y psicológica. Quejas en relación a situación económica . ANSIEDAD -tratada con ansiolíticos .

-DISNEA/ASMA /tabaquismo BRONQUITIS CRÓNICA

-FIBROMIALGIA

-HIPERLIPIDEMIA /HIPERCOLESTEROLEMIA-

RIESGO CARDIOVASCULAR MODERADO

-ESTEATOSIS HEPÁTICA LEVE

Tratamiento actual SEGUN RECETA ACTUALIZADA con :

ANTIASMATICOS,ANTIHIPERTENSIVOS-ANALGESICOS-ANSIOLITICOS e HIPNOTICOS en situación según informes asistenciales de estabilidad clínica ; control por MEDICO DE CABECERA."

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:

"Que desestimando íntegramente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Sonia, frente a la DIRECCIÓN GENERAL DE DEPENDENCIA Y DISCAPACIDAD, sobre RECONOCIMIENTO DE GRADO DE

MINUSVALÍA, debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones frente a la misma formuladas, las cuales son expresamente desestimadas."

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por D^a. Sonia y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo pasándose a la Magistrada ponente a quien inicialmente por el turno establecido le correspondió su estudio, señalándose para votación y fallo.

Sin embargo, la referida Magistrada ponente en su día designada anunció en la deliberación su intención de hacer voto particular discrepante por no compartir el criterio del resto de integrantes de la Sala, razón por la que se acordó asignar el recurso a un nuevo ponente y que fuese deliberado en Sala General, señalándose así nueva fecha para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante impugnaba la resolución administrativa que le declaró afecta de un grado de discapacidad del 42%, incluidos 15 puntos en concepto de factores sociales complementarios, interesando en su demanda que se le reconociese un porcentaje de discapacidad superior al 65% y se le reconociera el derecho a percibir pensión no contributiva, viéndose desestimada su pretensión por el Juzgado de lo Social de instancia, que dictó sentencia considerando que la resolución impugnada era ajustada a Derecho.

Según se explicaba en la fundamentación jurídica de dicha sentencia, la Juzgadora de instancia sustentaba su pronunciamiento desestimatorio de la demanda en el contenido del informe del Médico Forense, el cuál coincidía en la valoración de alcance de las patologías de la actora con los criterios del EVO.

Frente a la sentencia desestimatoria la parte demandante se alza en suplicación a fin de que la Sala revoque la sentencia de instancia y estime su demanda, articulando en su escrito de recurso un doble motivo de revisión de hechos probados de dicha sentencia y un motivo de censura jurídica, todo ello en los términos que seguidamente expondremos, siendo el recurso impugnado de contrario.

SEGUNDO.- En cuanto al primer motivo, recordemos con carácter previo que es constante la doctrina de la Sala 4º del Tribunal Supremo que indica que la revisión de hechos probados exige la concurrencia de determinados requisitos, que en síntesis son los siguientes:

a) La revisión de la versión histórica de una Sentencia no permite ni faculta al Tribunal "adquem" a efectuar nueva valoración global y conjunta de la totalidad de la prueba practicada, sino que la misma se limita y debe operar sólo sobre la invocada en el escrito de formalización, documental y/o pericial, que además debe de ser patentemente demostrativa del error de hecho denunciado.

b) No cabe admitir la variación fáctica de aquélla amparada en las mismas pruebas que han servido para su fundamento puesto que no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Magistrado "a quo" por un juicio valorativo personal y subjetivo del recurrente, parte interesada en el proceso.

c) En el supuesto de medios de prueba contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones opuestas e incompatibles, debe de prevalecer la solución fáctica adoptada por el Juzgador de instancia, a quien corresponde en el uso de las facultades a él conferidas en el [artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#) valorar de entre el material probatorio practicado el que

considere más atinado objetivamente o de superior valor científico, siempre que su libre apreciación sea razonable.

d) Finalmente, la modificación postulada ha de tener trascendencia para llegar a alterar el fallo recurrido pues, de no ser así, y aun cuando se aprecien los errores denunciados que pudieran propiciar la rectificación del relato fáctico, si los mismos carecen de virtualidad al indicado fin no podrán ser acogidos.

En el presente caso la parte recurrente propone dos concretas revisiones fácticas:

Primero.- Se interesa la adición al hecho probado 5º de un nuevo párrafo redactado del modo siguiente:

" Que la puntuación sobre padecimientos físicos y mentales otorgado por el Informe Médico Forense del IML, asciende aun 38 % de incapacidad, a lo que sumando el 15 % de factores sociales que reconoce el Equipo de valoración y orientación del Centro de Valoración de la discapacidad de Las Palmas de G.C., suman un total de 53 % de discapacidad, frente a 42 % de discapacidad que reconocía el EVO.

Puntuación informe Médico Forense

Limitación columna cervical 5 %

Limitación columna lumbar 5 % Limitación hombro 16 % enfermedad mental 12 %

Total 38 % de discapacidad

Si le añadimos los factores sociales complementarios valorados por el EVO, son de 15 puntos, sumados a los 28 puntos suman 53 puntos."

Se basa para ello la parte recurrente en el contenido del informe emitido por el Médico Forense (folios 231-233 de autos) y en el propio dictamen del EVO que obra en el expediente administrativo.

Pero el motivo debe desestimarse pues lo que se plantea por la parte recurrente no es en realidad una cuestión fáctica sino jurídica ya que, en definitiva, pretende que se sumen aritméticamente los guarismos correspondientes a los puntos de cada una de las patologías, en lugar de aplicar la tabla de valores combinados del anexo 1 del RD 1971/99 de 23 de diciembre (LA LEY 365/2000), tal y como hizo la Juzgadora de instancia.

Segundo.-Se solicita una segunda adición al mencionado hecho probado 5º consistente en otro nuevo párrafo, redactado del modo siguiente:

" Que la demandante padece fibromialgia desde el año 2012.

Que padece dolor generalizado.

Que tiene prescrita medicación crónica, entre las que aparece el tramadol, es un analgésico de tipo opioide, los opiáceos se usan para aliviar el dolor agudo, persistente y crónico: y palexia retard, estupefaciente que requiere receta especial - es un analgésico potente que pertenece a la clase de los opioides. Se utiliza para el tratamiento del dolor crónico intenso."

Se basa la recurrente en los informes médicos que como documentos nº 4, 5 y 6 se adjuntaron a la demanda, así como en los documentos nº 2, 3, 5 y 6 de los aportados junto con el escrito presentado por dicha parte en fecha 06/11/2020.

Es lo cierto que ya en el hecho probado 5º la Juzgadora de instancia incluye la fibromialgia entre las patologías que presenta la demandante, pero vamos a acceder a incorporar al relato de hechos probados lo que de forma literosuficiente se desprende de la documentación invocada, es decir, que la demandante presenta dolor generalizado (pues así consta en el informe acompañado a la demanda como documento nº 4) y que tiene prescritos los fármacos "tramadol" y "palexia retard" (tal y como consta en la receta electrónica del documento nº 6 de los aportados junto con el escrito de fecha 06/11/2020), adiciones fácticas a las que accedemos porque, pese a que creemos que carecen de trascendencia en orden a mutar el fallo, enriquecen el relato de hechos probados a los efectos de poder resolver el debate suscitado en suplicación, pudiendo también en su caso tener interés a efectos casacionales.

TERCERO.- Ya en lo referido a la aplicación del Derecho hemos de partir de que, aunque en la demanda se alegaba que al valorar el grado de discapacidad de la demandante el Órgano evaluador no había tenido en cuenta que padecía fibromialgia, explicaba la Juzgadora "a quo" en su sentencia que la fibromialgia no está prevista en el baremo contenido en el Real Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000) a efectos de determinación de un porcentaje de puntuación, sin perjuicio de que dicha enfermedad se manifiesta mediante distintas patologías que han de ser objeto de valoración independiente, tal y como había hecho en este caso el Médico Forense, cuyo informe

creó convicción en la Juzgadora de instancia a la hora de resolver la controversia, no pudiendo valorarse la fibromialgia como patología independiente.

Es por ello que la sentencia desestimó la demanda y confirmó la resolución impugnada, valorándose en la fundamentación jurídica de la sentencia la puntuación que debía asignarse a las patologías descritas en el hecho probado 5° del modo siguiente:

"La patología de cervicodorsalgia y lumbalgia con estenosis congénita de canal lumbar se ha de valorar con arreglo a las normas del Capítulo 2-Sistema musculoesquelético.

COLUMNA VERTEBRAL: VALORACION EBD

en su TABLA 48- TRASTORNO DEGENERATIVO CERVICAL-GRADO EBD CERVICODORSAL II-DEFICIENCIA MENOR por lo que se le debe otorgar un 5% de porcentaje de discapacidad.

Por el trastorno degenerativo lumbar, utilizando el modelo de lesión o estimaciones basadas en el diagnóstico, con arreglo a la tabla 48, dado que la actora presenta una deficiencia menor con signos clínicos de lesión lumbar sin radiculopatía ni pérdida de integridad del segmento de movimiento se debe otorgar un 5% de porcentaje de discapacidad.

La combinación de los dos segmentos de columna en la tabla de valores combinados da como resultado un 10% de limitaciones en la actividad.

Las limitaciones por deficiencias en miembro superior derecho por deficiencias en la articulación del hombro

CON LIMITACION EN LA MOVILIDAD ABDUCCION (5% FLEXION (7%) Y ROTACIONES

EXT /INT (3%-1%) se ha de valorar con arreglo al Capítulo 2 (Sistema musculoesquelético) extremidad superior y dentro de este apartado el punto 5 evaluación de las deficiencias de la articulación del hombro con arreglo a las tablas 18-19-20- se le debe conceder un porcentaje total de discapacidad del 16%. Este porcentaje ha de ser puesto en relación con las limitaciones en la actividad con arreglo a la tabla 3: Relación de la deficiencia de la extremidad superior con el

porcentaje de discapacidad lo que arroja un resultado de un 8% de discapacidad.

La combinación de la puntuación de los apartados de este capítulo (10% con 8%) da un resultado de 17% de discapacidad.

Finalmente, por su patología psiquiátrica, se debe valorar con arreglo al CAPITULO 16-

ENFERMEDAD MENTAL-

CAPITULO 3 -TRASTORNO DE LA AFECTIVIDAD :CLASE II (1-24) otorgando un porcentaje de discapacidad del 12%.

Obtenida la baremación individual de cada limitación, se procede a la combinación de los valores en la forma siguiente: primero se toma el valor más alto y se lleva a la línea vertical izquierda de la Tabla de valores combinados expuesta al final de la disposición legal referida y en la línea horizontal se toma el valor más bajo asignado a alguna limitación por lesión o enfermedad y el resultado de ambos se refleja en la intersección de las líneas vertical y horizontal de la tabla ; dicho resultado se lleva de nuevo a la línea vertical tomando como valor horizontal otro de los menores valores asignados en la baremación hasta la intersección de ambas líneas que nos dará el resultado total del menoscabo y así se debe proceder sucesivamente con los demás valores asignados, hasta que no quede ninguno por combinar. Esta es la fórmula $A\% + B\% (100\% - A\%) = \text{valor combinado de } A\% \text{ y } B\%$ (donde A y B se escriben como decimales) y por la que se ha confeccionado la Tabla de Valores Combinados.

En nuestro caso el grado de limitaciones en la actividad es del 27%

Obtenida así la puntuación total por padecimientos y secuelas físicas o psíquicas, a ella si se le suma ahora los puntos correspondiente a los Factores Sociales Complementarios (Disposición Adicional Segunda de la Ley 26/1.990 de 20 de Diciembre (LA LEY 3398/1990), actualmente [art 148.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social \(LA LEY 16531/2015\)](#) [RDL 1/1.994 de 20 de Junio \(LA LEY 2305/1994\)](#) y [artículo 5. 3 del RD 1971/1999 de 23 de Diciembre \(LA LEY 365/2000\)](#)).

Como factores sociales complementarios se conceden 15 puntos lo que da un resultado total de discapacidad del 42% que es el porcentaje de discapacidad reconocido en la resolución impugnada motivo por el que la demanda ha de ser desestimada."

Frente a ello alega la parte recurrente en el motivo de censura jurídica de su recurso, transcribiendo parte de una sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias Santa Cruz de Tenerife, que aunque la fibromialgia no esté contemplada en ningún capítulo del baremo contenido en el Real Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000) ha de acudirse a la reglas generales de valoración de la discapacidad contenidas en el capítulo 1 del anexo, debiendo a juicio de la recurrente en el caso aquí enjuiciado incardinarse en el grado 3, de discapacidad moderada, grado al que corresponde un porcentaje comprendido entre el 25% y el 49%.

Partiendo de tal planteamiento la parte recurrente afirma que correspondería asignar a la fibromialgia una puntuación del al menos el 25%, lo que sumado al 58% que -según su criterio- resultaba de la pericial Médico Forense, supondría un grado total de discapacidad de al menos el 83%, suplicando por ello que se le reconociese un porcentaje de discapacidad superior al 65% y el derecho a percibir pensión no contributiva.

CUARTO.- En primer lugar ha de dejarse claro que, independientemente de lo que pudiera decidirse respecto del porcentaje de discapacidad que pudiera declararse, difícilmente cabría reconocer a la demandante el derecho a percibir pensión no contributiva pues sabido es que el reconocimiento del porcentaje de discapacidad necesario es tan solo el requisito previo para instar el procedimiento de reconocimiento del derecho a la pensión no contributiva previsto en los artículos 22 y siguientes del RD 357/1991, de 15 de marzo (LA LEY 920/1991), resultando que en el caso que nos ocupa ni siquiera consta que así se haya instado en vía administrativa (desconociéndose, además, como es lógico, si la interesada cumpliría con todos los requisitos que reglamentariamente se exigen para poder ser beneficiaria de la pensión).

Puntualizado lo anterior, adelantamos ya que el criterio de mayoría de la Sala es que el recurso que nos ocupa ha de ser desestimado.

En primer lugar estimamos conveniente recordar lo razonado en nuestra sentencia de 08/11/2021, rec. 578/2021 (LA LEY 290093/2021), sentencia en la que se decía así:

«En el motivo de censura jurídica se alega respecto de la fibromialgia que en la exploración física y pruebas complementarias la Perito Médico Forense no había encontrado datos objetivos desde el punto de vista del sistema musculoesquelético (Capítulo 2) que permitan incluir aquella en ninguno de sus apartados, así como que la fibromialgia no es una enfermedad mental (pues la diagnostica y trata el Reumatólogo, con las derivaciones que posteriormente realice).

Exponía también la recurrente respecto de la fibromialgia que no puede ser valorada por el Capítulo 16, Enfermedad Mental, pues lo que se valora en este Capítulo son los cuadros, en muchos casos de tipo afectivo, que se asocian a la fibromialgia, y por ello entiende que la Médico Forense y el Juzgador de instancia habrían valorado dos veces lo mismo dado que la distimia, asociada al cuadro de fibromialgia ya se valoraba por el Capítulo 16 de enfermedades mentales.

Se argumenta después en el motivo que la valoración de la Médico Forense y del Juez no había sido correcta y que se debió aplicar las tablas como ha hecho la Entidad Gestora en base al dictamen del EVO, cuya objetividad e imparcialidad había de presumirse, sin que el referido dictamen del órgano evaluador incurriera en arbitrariedad o ausencia de justificación, o que otras pruebas evidenciaran que fuera erróneo. Y centra tal discurso impugnatorio en la valoración de la repercusión psíquica de la fibromialgia (alegando no quedar suficientemente documentado cuáles han sido las medidas terapéuticas anteriores al 2019, seguimiento actual ni constar que esté siendo o haya sido tratada por especialista en la red pública de salud mental) y en las limitaciones que generala prótesis de rodilla (ya que, a su juicio, un buen resultado supone según los criterios del Real Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000) un 15% de limitaciones en la actividad).

En realidad en el caso de autos la parte recurrente lo que hace es invocar la valoración del EVO para cambiar la calificación jurídica, olvidando que el Juez ha valorado la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. En efecto, sabido es que incumbe al Juez de instancia la valoración de la prueba, valoración que la Sala no puede rechazar salvo que crea extravagante, caprichosa, arbitraria o manifiestamente ilegal. No estamos ante una valoración judicial incorrecta de la prueba, ni existe aplicación inadecuada de la norma legal, sino que el Juez en su libre arbitrio, y desde su objetividad ha valorado las pruebas del modo antes expuesto.

Recordemos que el recurso de Suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite

excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado "a quo". El Tribunal Supremo tiene reiterado que el Juzgador de Instancia es soberano para apreciar y valorar la prueba acuerdo con las reglas de la sana crítica, correspondiendo al Juzgador «a quo» formar su propia convicción.

No obstante lo anterior, vamos a estimar parcialmente el recurso en cuanto que, como alega la recurrente, la fibromialgia por si misma no es susceptible de encaje entre las enfermedades discapacitantes que se fijan en el baremo de aplicación sino valorable en el capítulo que corresponda en función de la repercusión física o psíquica que produzca.

Al efecto, traemos a colación lo que esta Sala razonaba resolviendo una controversia semejante en sentencia de fecha 17/06/2015. rec. 344/2015 (LA LEY 145848/2015), en los siguientes términos:

«La Administración reconoció a la Sra. Lorenza una discapacidad del 45%, resultado de adicionar 2 puntos por factores sociales complementarios, al 43% de discapacidad orgánica, obtenido mediante la combinación de un 19% por limitaciones derivadas de sus afecciones lumbares (Capítulo II del Anexo al RD 1971/99 (LA LEY 365/2000)), un 6º por déficit visual (capítulo 12 del Anexo I a la norma reglamentaria), y un 25% por trastorno afectivo moderado (Capítulo 16, Clase III)

El Juzgado de Instancia rechazó la pretensión de la beneficiaria, dirigida a la baremación de la fibromialgia en un 40%, conforme al citado capítulo 16, equiparando dicha dolencia con un trastorno del estado de ánimo severo encuadrable en la clase 3, para la que se establece un arco de puntuación del 25% al 59%, razonando al efecto que la mera emisión de dicho diagnóstico sin haberse probado su repercusión funcional impedía la valoración autónoma de tal entidad clínica, habiendo sido objeto de la correspondiente baremación en vía administrativa la alteración psíquica que pudiera ser inherente a dicha patología.

En el motivo destinado al examen del derecho aplicado, la recurrente combate el pronunciamiento decisorio de dicha resolución y el razonamiento en que se asienta argumentando que la fibromialgia que padece se caracteriza por la presencia de positividad a la palpación de 17 puntos gatillo, por lo que, dadas las singulares características de esta enfermedad reumatológica, la misma se haya en el rango medio del baremo de las enfermedades mentales de la clase 3, y debe atribuírsele una puntuación independiente del 40%, a combinar con la ya reconocida por la entidad gestora por las restantes limitaciones funcionales.

A) Conforme al Art. 4 del RD 1971/99 (LA LEY 365/2000), la calificación del grado de discapacidad responde a criterios técnicos unificados fijados mediante los baremos descritos en el Anexo I y serán objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona como, en su caso los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa, y cultural que dificulten su integración social expresándose el grado de minusvalía en porcentajes.

La valoración de la discapacidad expresada en porcentaje se realizará mediante la aplicación de los baremos acompañados como Anexo I apartado A a la norma reglamentaria, y la de los factores sociales complementarios se obtendrá a través de la aplicación del baremo contenido en el apartado B del citado Anexo I, determinándose el grado de minusvalía mediante la adición al porcentaje obtenido en la valoración de la discapacidad de la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios (Art. 5)

El Anexo I sistemáticamente se divide en 16 capítulos, el primero de los cuales establece las pautas generales aplicables en la evaluación del grado de discapacidad y en los restantes se contienen las normas particulares para la calificación de las deficiencias y discapacidades de cada uno de los aparatos o sistemas.

B) Interpretando dicha normativa, la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS (SSTS 28/01/10 (LA LEY 3229/2010), Rec. 1.523/09 ;17/12/04, Rec. 753/04 (LA LEY 818/2005)) ha establecido los siguientes criterios:

1) El sistema establecido en la ley para la valoración de la discapacidad o minusvalía es la fijación de porcentajes de deficiencia o disminución de las "capacidades físicas, psíquicas o sensoriales", refiriendo la deficiencia o disminución a las "posibilidades de integración educativa, laboral o social" del discapacitado (art. 7 de la Ley de Integración Social de Minusválidos)

2) La determinación concreta de los porcentajes a tener en cuenta se remite en la ley a norma reglamentaria, que está constituida por el RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), en cuyo Anexo I se contiene un baremo de los valores porcentuales que corresponden a diferencias dolencias o enfermedades con secuelas discapacitantes.

3) En la aplicación de dicho baremo, cuando concurren patologías de diversa naturaleza éindole, el sistema correcto de cómputo de las dolencias o enfermedades crónicas a efectos de la valoración de la discapacidad no consiste en la suma de los porcentajes de las distintas dolencias, sino en la combinación de los mismos de acuerdo

con la tabla de valores combinados del Anexo I del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), tal y como expresamente ordena su art. 5 .

C) Aún cuando efectivamente la fibromialgia no se contempla como una enfermedad discapacitante en el Anexo I del RD 1971/99 (LA LEY 365/2000), ningún obstáculo legal existe para que cada una de los déficits o menoscabos que dicha patología reumatológica origina en los diversos órganos, sistemas o aparatos del afectado pueda ser objeto de la correspondiente valoración aplicando las reglas y criterios que en los correspondientes capítulos del Anexo se establecen, pues, tal y como disponen las reglas generales del Capítulo I, lo valorable no es el diagnóstico clínico, sino la severidad de las consecuencias de la enfermedad, cualquiera que ésta sea, es decir, lo que el legislador tiene en cuenta para establecer el grado de discapacidad, conforme al sistema reglado que diseña, son las limitaciones orgánicas o funcionales producidas por el proceso morboso de que se trate que tengan carácter permanente, tomando como guía para su evaluación, no el alcance general del menoscabo, sino su incidencia o efecto en la capacidad del sujeto para la realización de las actividades de la vida diaria.

D) La sentencia de instancia no desconoce dicho criterio, sino que lo aplica adecuadamente, por cuanto, la causa por la que no se ha atribuido ningún porcentaje de discapacidad autónomo por dicha enfermedad, tal y como se expresa en el cuarto fundamento de derecho, es precisamente porque la prueba pericial practicada no evidenció cual fuera la repercusión funcional de dicha patología en el caso concreto de la demandante, al limitarse a recoger consideraciones generales sobre sus manifestaciones clínicas, sin ni siquiera haber explorado a la demandante.

Los únicos datos que ofrece el histórico respecto a la citada enfermedad son que el servicio de reumatología del Hospital Insular confirmó el diagnóstico, al haberse constatado a la exploración clínica la presencia de 17/18 puntos gatillo (hecho probado cuarto), sin que en dicho informe médico se recoja cual es su sintomatología y manifestaciones clínicas en el caso de D^a Mónica.

El escrito de formalización hace hincapié en la existencia de un elevado número de puntos sensibles, sin embargo, dicho dato, no desvirtúa el acierto del criterio del Juzgador de instancia, pues esos signos no son marcadores de la gravedad del cuadro clínico, sino que únicamente constituyen uno de los criterios que han de cumplirse para la emisión del correspondiente diagnóstico.

En ausencia pues de cualquier información sobre el cortejo vegetativo acompañante al síndrome reumatológico que padece la Sra. Lorenza, su pretensión de asimilar genéricamente la fibromialgia a un trastorno psíquico de entidad moderada encuadrable en la clase III, no tiene de amparo legal.

Es más, como subraya el Juzgador de Instancia, las alteraciones en la esfera psíquica que acusa la demandante han sido objeto de la correspondiente valoración por la Administración, otorgándoles un porcentaje de discapacidad del 25%, careciendo de cualquier base normativa la pretensión de que esas limitaciones con independencia de que sean secundarias solo a la fibromialgia o a otro proceso psiquiátrico, o fruto de la confluencia de ambos, sean doblemente valoradas, que, en definitiva, es lo que pide la recurrente, pues, como ya hemos indicado, lo que debe evaluarse son las deficiencias que en cada concreto órgano o sistema presente el beneficiario, siendo indiferente al efecto que esas alteraciones, en el caso, a nivel mental, estén originadas por una u otra dolencia o por la concurrencia de varias, sin que en el recurso se aporte el más mínimo argumento dirigido a refutar la asignación de una puntuación del 25%, explicando las razones por las que ese porcentaje, en atención a la entidad de la alteración del estado de ánimo, es insuficiente, y resultaría más adecuado atribuirle una puntuación superior dentro del tramo establecido para la clase III en el capítulo 16.

En consonancia con lo previamente razonado, se impone la desestimación del motivo, y, por su efecto del recurso, y la confirmación de la resolución recurrida, que no ha cometido la infracción normativa que se le imputa»

Como en dicha sentencia decíamos, es irrelevante al efecto que las alteraciones a nivel mental estén originadas por una u otra dolencia o por la concurrencia de varias (siendo una de ellas la fibromialgia) pues lo que debe evaluarse son las deficiencias de cada concreto órgano o sistema.

Y en el caso que nos ocupa resulta que las alteraciones que en la esfera psíquica presenta la demandante han sido doblemente valoradas en la sentencia de instancia, en una primera apreciación con un 29% de discapacidad y en una segunda con un 24%.

Es claro que en el informe de la Médico Forense se valora doblemente la misma patología pues tanto al referirse a la fibromialgia (a la que se asignan 29 puntos) como a la distimia (a la que se asignan 24) se encaja la enfermedad mental de la demandante en la siguiente descripción: "La capacidad para llevar a cabo una vida autónoma está conservada o levemente disminuida excepto en períodos recortados de crisis o descompensación y puede mantener una actividad laboral normalizada y productiva

excepto en los momentos de descompensación o importante aumento del estrés psicosocial durante los que puede ser necesario un tiempo de reposo laboral junto a una intervención terapéutica adecuada."

Procediendo prescindir de una de tales porcentajes, es obvio que ha de mantenerse el de mayor entidad, es decir, el del 29% de discapacidad.

Ello va a comportar la anunciada parcial estimación del motivo pues a los referidos 29 puntos por enfermedad mental, 24 por patología de rodilla, y 10 por espondiloartrosis cervical y lumbar, ha de aplicarse la tabla de valores combinados del baremo, siendo el resultado de 51%, a lo que debemos sumar los 13 puntos por factores sociales complementarios, resultando así un grado total e discapacidad del 64%, procediendo en tal extremo la revocación de la sentencia de instancia.»

Extrapolando al caso que aquí nos ocupa el criterio que viene manteniendo la Sala en dicha sentencia y en la de 17/06/2015, rec. 344/2015 (LA LEY 145848/2015), que se cita en la misma, creemos que la solución que hemos de dar al presente recurso ha de seguir la misma línea que la fijada en dichas sentencias, lo que va a comportar que el recurso decaiga.

Decimos esto porque lo que pretende la parte recurrente supondría valorar doblemente las alteraciones que tanto en la esfera física como en la psíquica presenta la demandante.

En efecto, en el caso que nos ocupa tanto el Médico forense como la Juzgadora de instancia han valorado y puntuado ya el cuadro de limitación física que a nivel cervical, lumbar, de hombro y miembro superior derecho presenta, así como la repercusión que en su salud mental producen las dolencias que padece y la historia de maltrato que arrastra.

Como en las sentencias antes citadas decíamos, la fibromialgia por si misma no es susceptible de encaje entre las enfermedades discapacitantes que se fijan en el baremo de aplicación sino que ha de valorarse en el capítulo que corresponda en función de la repercusión física y/o psíquica que produzca, de manera que los déficits que dicha patología reumatológica origina en los diversos órganos, sistemas o aparatos solo podrán ser objeto de la correspondiente valoración aplicando las reglas y criterios que los correspondientes capítulos del Anexo establecen, pues lo valorable no es tanto el diagnóstico clínico como la entidad de las consecuencias de la enfermedad.

El legislador estableció que para fijar el grado de discapacidad se deben valorar en cada caso las concretas limitaciones que cada menoscabo ocasiona en la capacidad del sujeto,

pero ha de estarse al sistema reglado que el baremo diseña, y ello por aconsejables razones de seguridad jurídica, de manera que el recurso ha de ser desestimado.

Además de todo ello, es claro que en ningún caso sería posible la suma aritmética de porcentajes de discapacidad que postula la parte recurrente pues en todo caso habría de aplicarse la tabla de valores combinados que el anexo establece para los casos en que concurren patologías de diversa naturaleza e índole, resultando que en esos casos el sistema correcto de cómputo de las dolencias o enfermedades crónicas a efectos de la valoración de la discapacidad no consiste en la suma de los porcentajes de las distintas dolencias sino en la combinación de los mismos de acuerdo con la tabla de valores combinados del Anexo I del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), tal y como expresamente ordena su art. 5.

QUINTO.- Por otra parte, hemos de hacer expresa alusión a que la recurrente se remitía a la fundamentación jurídica de la sentencia dictada en fecha 25/04/2017 por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias - Santa Cruz de Tenerife, transcribiendo parte del fundamento de derecho 5º de la misma, y en concreto lo siguiente:

" QUINTO:Si se considera objetivada la fibromialgia como una enfermedad, desde el momento en que no existen en todo el anexo del Real Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000) ningún capítulo o sección específico para esa patología o en general para los trastornos de modulación del dolor, todo lo más que cabe hacer a efectos de valoración es lo mismo que hizo el Equipo de Valoración y Orientación en este caso, acudir a la reglas generales de valoración de la discapacidad contenidas en el Capítulo 1 del Anexo I del Real Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000), que establece cinco grados de discapacidad:

- Grado 1: discapacidad nula, cuando los síntomas, signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria. Y que se correspondería con la clase I, en la que se encuadran todas las deficiencias permanentes que han sido diagnosticadas, tratadas adecuadamente, demostradas mediante parámetros objetivos (datos analíticos, radiográficos, etc., que se especifican dentro de cada aparato o sistema), pero que no producen discapacidad, correspondiéndole un 0% de discapacidad.

- *Grado 2: discapacidad leve, cuando los síntomas, signos o secuelas existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas. Se corresponde con la clase II, deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad leve, y a las que corresponde un porcentaje comprendido entre el 1 por 100 y el 24 por 100.*

- *Grado 3: discapacidad moderada, que existe si los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado. Correspondiendo a la clase III, deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los sistemas o aparatos, originan una discapacidad moderada. A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 25 por 100 y 49 por 100.*

- *Grado 4: discapacidad grave. Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las actividades de la vida diaria, pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado. Equivalente a la Clase IV, a la que corresponde un porcentaje de discapacidad comprendido entre el 50 por 100 y 70 por 100*

- *Grado 5: discapacidad muy grave. Los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las actividades de la vida diaria. Y que se corresponden con la clase V, con un porcentaje del 75%.*

Sin embargo, no puede pasarse por alto que en su transcripción omite la parte recurrente la primera frase del referido fundamento de derecho 5º de dicha sentencia, resultando que al inicio del mismo se dice lo siguiente:

" QUINTO: El uso de la tabla 21 por el juzgador puede concluirse por tanto que ha sido caprichoso, arbitrario, injustificado y carente de toda fundamentación razonable."

Repárese además en que la parte allí recurrente era la propia Administración, limitándose la Sala de Santa Cruz de Tenerife a afirmar que desde el momento en que no existe en el anexo del Real Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000) ningún capítulo o sección específico para la fibromialgia, *"todo lo más que cabe hacer a efectos de valoración"* es lo mismo que hizo el Equipo de Valoración y Orientación en este concreto caso, es decir, acudir a la reglas generales de valoración de la discapacidad contenidas en el Capítulo 1 del Anexo I del Real Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000), que establece los mencionados cinco grados de discapacidad, criterio que nosotros respetamos pero no compartimos.

SEXTO.- A mayor abundamiento para la desestimación del recurso no podemos dejar de referirnos a que (si bien no es de aplicación temporal al caso enjuiciado pues ni siquiera ha entrado aún en vigor) en el BOE de 20/10/20022 se publicó [Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre \(LA LEY 22116/2022\)](#), por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, aprobando nuevos baremos con la finalidad de lograr una evaluación más completa y precisa y garantizar la igualdad de trato de la ciudadanía.

El nuevo procedimiento, que deroga el anterior con efectos del 20/04/2023, reconoce las necesidades de las personas con discapacidad con mayores limitaciones y las situaciones de sus familias, incorpora el concepto de discapacidad de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y adecúa los baremos de valoración de la situación de discapacidad a la CIF-OMS-2001, así como la diversidad de fines para los que se requiere tener reconocido determinado grado de discapacidad.

En la exposición de motivos del mencionado [Real Decreto 888/2022 \(LA LEY 22116/2022\)](#) se afirma que *"... obedece al principio de necesidad, puesto que cumple con el fin de interés público y general de dotarnos de un procedimiento y nuevos baremos mucho más completos, con una definición más precisa de la discapacidad, que contemple todos los factores ambientales, sociales, psicológicos, de apoyo, etc., relacionados con las deficiencias.*

Obedece igualmente al principio de eficacia, puesto que el procedimiento y los nuevos baremos son idóneos para el cumplimiento de sus objetivos, esto es, lograr una evaluación mucho más completa y precisa de la situación de discapacidad y garantizar la igualdad de trato de la ciudadanía, así como homologar la regulación sobre la

materia conforme a los estándares internacionales y garantizar la homogeneidad en las valoraciones llevadas a cabo en los distintos territorios del Estado.

Atiende asimismo al principio de proporcionalidad, ya que la norma no contiene medidas restrictivas de derechos ni impone obligaciones a la ciudadanía o a las empresas.

Cumple con el principio de seguridad jurídica, puesto que es coherente con el ordenamiento interno y con el internacional, al adaptar los baremos para la valoración de la situación de discapacidad a la CIF-OMS/2001.

En virtud del principio de transparencia, se ha posibilitado que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de la norma mediante la realización de los trámites de consulta pública previa, audiencia e información pública, recabándose la opinión de las entidades representativas de los intereses de las personas con discapacidad y sus familias, de forma que se ha posibilitado el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y a los documentos propios de su proceso de elaboración."

A la vista de ello resulta lógico pensar que, si el legislador hubiera entendido que la fibromialgia debiera ser incluida en el baremo a fin de ser valorada de forma independiente, no hubiera dejado pasar la oportunidad que la promulgación del nuevo sistema de valoración le brindaba, no creyendo que sea a nosotros a quienes corresponda hacerlo.

Insistimos en que en la indicada exposición de motivos del Real Decreto 888/2022 se dice expresamente que los nuevos baremos son idóneos para lograr una evaluación mucho más completa y precisa de la situación de discapacidad y garantizar la igualdad de trato de la ciudadanía.

En atención a todo lo hasta aquí expuesto, procede la anunciada desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- En aplicación de lo dispuesto en el [Art. 235 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) la desestimación del recurso no lleva en este caso aparejada la condena en costas a la parte recurrente al disfrutar la misma del beneficio de justicia gratuita.

OCTAVO.- A tenor del [Art. 218 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

Vistos los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D^a Sonia frente a la sentencia dictada en fecha 05/04/2021 dictada por Juzgado de lo Social numero 3 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos nº 655/2019 de dicho Juzgado, sentencia que confirmamos.

VOTO PARTICULAR,

que emite la Magistrada D^a GLÒRIA POYATOS MATAS.

Haciendo uso de la facultad conferida por el [artículo 260.2 de la LOPJ \(LA LEY 1694/1985\)](#), formulo voto particular a la sentencia dictada en los presentes autos, por discrepar, con la mayor consideración y profundo respeto, de la opinión de la mayoría de la Sala, considerando que debió estimarse parcialmente el recurso de suplicación planteado por la actora y revocarse la sentencia de instancia reconociéndose a la demandante un grado de discapacidad del 75%, debiendo haberse valorado de forma independiente y no mezclada con otras dolencias, la enfermedad de la fibromialgia, de reciente reconocimiento médico y que afecta mayoritariamente a las mujeres.

Una aproximación al Anexo I del RD 1971/1999 de 23 de diciembre (LA LEY 365/2000), aplicable al caso que nos ocupa, evidencia que no hay ni rastro de la enfermedad de la fibromialgia, lo que supone desconocer que cuando alcanza determinada gravedad incide profundamente en la capacidad de las personas, y ello tiene un impacto incuestionable en las personas con discapacidad contraviniendo la previsión contenida en el [art. 49 de la CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) y la Convención de Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006, ratificada por España (BOE 21 de abril de 2008). **La decisión mayoritaria no ha integrado la perspectiva de derechos humanos (discapacidad)**, que se exige del poder judicial, como poder público, y más especialmente en el caso de las mujeres y niñas (art. 6 y 13 de la Convención).

A la anterior ausencia, se añade otra: la falta de perspectiva de género.

Ello es así porque está fuera de toda duda el impacto desproporcionado de género que tiene la enfermedad de la fibromialgia, no valorada en esta sentencia, al menos en igual medida que cualquier otra enfermedad de las que se integran en el Anexo 1.A del RD 1971/1999 citado, lo que evidencia que estamos ante una laguna normativa que exige de quienes juzgamos, su cobertura efectiva para evitar resoluciones judiciales discriminatorias por razón de sexo.

Según estudio realizado por La Sociedad Española de Reumatología (marzo-2001), la afectación de fibromialgia en hombres es del 0'2% frente al 4'2% en el caso de las mujeres lo que se traduce en una relación mujer hombre de 21 frente 1. Tal y como se recoge en este informe, el factor determinante para padecer la enfermedad es ser mujer.

Y a todo lo anterior se añade el hecho de que la actora fue víctima de violencia de género, lo que incrementa el impacto de género de la controversia.

Este impacto debió llevarnos a integrar necesariamente la perspectiva de género ausente en el RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), de acuerdo con lo previsto en el [art. 6.2º \(LA LEY 2543/2007\)](#) y 4 de la [LOIEMH \(LA LEY 2543/2007\) 3/2007](#), dando una valoración autónoma a la fibromialgia excluida del listado de dolencias valorables a efectos de discapacidad, como consecuencia del patrón de lo humano masculino sobre el que se ha esculpido el ordenamiento jurídico.

Considero que debimos cumplir el mandato internacional de *diligencia debida* que obliga a los poderes del Estado, a la remoción de los obstáculos (sustantivos) impositivos de la consecución de la igualdad sustancial, en armonía con el mandato contenido en el art. 9.2 en relación con el [art. 1.1 \(LA LEY 2500/1978\)](#) y [14 de la CE \(LA LEY 2500/1978\)](#), debiendo incluso apartar la norma interna con rango de ley y dar prevalencia aplicativa al Tratado internacional en cumplimiento del "*control de convencionalidad*" ([SSTC 140/2018 \(LA LEY 181538/2018\)](#) y [156/2021 \(LA LEY 164128/2021\)](#)).

En palabras del Tribunal Constitucional:

" Los valores no conciernen solo al legislador sino a todos lo poderes del Estado que deben tender a la igualdad sustancial (...) El art. 9.2 expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no solo la igualdad formal sino también la Igualdad sustantiva (...)" (STC 12/2008 de 29 de enero (LA LEY 42/2008))

" La virtualidad delart. 14 CE (LA LEY 2500/1978)no se agota en la proclamación del derecho a la igualdad, sino que a continuación el precepto se refiere a la prohibición de discriminación, entre otros motivos "por razón de sexo". Tal tipo de discriminación comprende no solo el tratamiento peyorativo que se funda en la pura y simple constatación del sexo de la persona afectada, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca" (STC 79/2020 de 2 de julio (LA LEY 65776/2020)).

La Observación N° 25 del Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la Mujer (CEDAW) señala que *"La situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente"*.

Y más recientemente tampoco ha tenido problema la Sala social del Tribunal Supremo en reinterpretar la enumeración de actividades que pueden generar una enfermedad profesional incluida en la lista tasada contenida en el [RD 1299/2006 de 10 de noviembre \(LA LEY 12147/2006\)](#), integrando la perspectiva de género. Específicamente, en la [STS de 20 de septiembre de 2022 \(Rec. 3353/2019 \(LA LEY 208076/2022\)\)](#), que califica de enfermedad profesional para la profesión de limpiadora, la rotura del manguito rotador de hombro izquierdo, a pesar de la ausencia de inclusión de la actividad de limpiadora entre las actividades capaces de producir enfermedad profesional. La evidente ausencia de perspectiva de género en el [RD 1299/2006 \(LA LEY 12147/2006\)](#) ha llevado al poder legislativo a la creación de una Comisión de estudio con la única función de integrar la perspectiva de género en el cuadro de enfermedades profesionales del Sistema de Seguridad Social tal y como se establece en la [Disposición Adicional Cuarta del RD-Ley 16/2022 de 6 de septiembre \(LA LEY 19449/2022\)](#) para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

Y, como se ha dicho, en el caso que nos ocupa, además, **estamos ante una víctima de violencia de género que incluye, entre las patologías a valorar a efectos de discapacidad, dolencias psicológicas directamente anudadas a la violencia padecida por el hecho de ser mujer**, lo que conlleva aplicar los arts. 5, 6, 7 y art. 18.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (2011) - **Convenio de Estambul**-, que exige que los Estados partes velen por lograr *"la autonomía e independencia económica de las mujeres víctimas de violencia"*.

Volviendo al principio de diligencia debida (arts. 9.2 ([LA LEY 2500/1978](#)),10.2 ([LA LEY 2500/1978](#))y96.1 CE ([LA LEY 2500/1978](#))), **debe recordarse que vincula a todos los poderes del Estado** y cuando se trata de derechos fundamentales ([art. 14 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) y 21.1, 24.2 de la [CDFUE \(LA LEY 12415/2007\)](#)), protegidos,

además, por Tratados internacionales y Regionales de Derechos Humanos (CEDAW, CEDH (LA LEY 16/1950), Convenio de Estambul), debe prevalecer el principio "*pro persona*" frente a interpretaciones legales rigoristas que limiten el acceso a la justicia, de las mujeres.

Conforme a las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los Estados están en la obligación adoptar todo tipo de medidas positivas para materializar el derecho a la igualdad, con la finalidad de eliminar los obstáculos que impiden el goce los derechos de las mujeres, en especial el derecho de acceso a la justicia. Ello se traduce en la deconstrucción de la tradicional forma de argumentar, no sólo en cuanto al positivismo jurídico y la aplicación mecánica de la ley, por las razones expuestas, sino también, porque las resoluciones judiciales no deben basarse únicamente en argumentos jurídicos, sino también sociales, a efecto de analizar la existencia de discriminaciones indirectas, sistémicas y estructurales hacia las mujeres y otros sectores de la población, como son las personas discapacitadas.

Descendiendo al caso que nos ocupa, el criterio mayoritario ha entendido que en la valoración y puntuación otorgada por el médico forense, al cuadro de limitación física a nivel cervical, lumbar (10%) de hombro y miembro superior derecho presenta(8%), así como la repercusión que en su salud mental producen las dolencias que padece y la historia de maltrato que arrastra(12%), cuya suma total arroja un 27% , ya se incluye la valoración de la fibromialgia por vía de su "*repercusión física/psíquica*" , lo que hace innecesaria una valoración independiente de la fibromialgia que, a criterio de la Sala, supondría valorar dos veces la enfermedad y otorgar a la actora más grado de discapacidad del que merece.

Mi criterio, con el máximo respeto a la decisión mayoritaria, es que los tres porcentajes de valoración responden a otras dolencias autónomas que sí se hallan incluidas en el RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), pero que de no haber padecido la actora fibromialgia hubieran tenido idéntica valoración.

Por tanto, la fibromialgia no solo ha sido excluida del cuadro de dolencias de la normativa aplicable sino que, además, tampoco ha recibido una valoración autónoma y adecuada, en la forma que lo hubiera sido cualquier enfermedad expresamente incluida en el listado.

Su aparente valoración de forma disipada con otras dolencias de la demandante supone devaluar la enfermedad que, dado su impacto desproporcionado sobre la población femenina, se alza como un impedimento en el acceso a la justicia de las mujeres. Una

prueba de lo anterior es que no se determinan de forma independiente en las valoraciones efectuadas por el forense la concreta valoración del dolor derivado de la fibromialgia y el dolor vinculado a las dolencias traumatológicas, también padecidas por la actora, que son fuente de dolor independiente de la fibromialgia. De igual modo, en la valoración de la repercusión psíquica, tampoco se escinde la supuesta valoración asociada a la fibromialgia y aquella que deriva del maltrato sistemático padecido por la actora como víctima de violencia de género, que en este caso, fue valorado en su totalidad, tan solo en un 12%.

No se trata de decir que se han valorado los efectos físicos/psíquicos de la enfermedad de fibromialgia diagnosticada a la actora sino de determinar con especificidad cómo se ha efectuado tal valoración, y en qué porcentaje, cosa que brilla por su ausencia en el caso que nos ocupa.

A continuación, detallo mi propuesta de resolución, respecto al motivo de infracción jurídica, mostrando conformidad con lo resuelto por la Sala respecto al motivo de revisión fáctica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, **al amparo de lo previsto en elart. 193 c) de la LRJS (LA LEY 19110/2011)**, se plantea el examen de infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia, **al amparo de lo preceptuado en elart. 193 c) de la LRJS (LA LEY 19110/2011)**.

Por la recurrente se denuncia la infracción del RD 1971/1999 de 23 de diciembre (LA LEY 365/2000). Lo hace partiendo de la falta de valoración efectuada respecto a la "fibromialgia" padecida por la actora. Según la actora tal valoración debe efectuarse, a pesar de no incluirse esta enfermedad en el anexo al RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), acudiendo a las reglas generales de valoración de la discapacidad contenidas en el capítulo 1, en el que se establecen 5 grados de discapacidad, debiendo incardinarse la fibromialgia a tenor de los informes médicos en el grado 3, lo que se traduce en una **puntuación mínima** del 25% que debe sumarse al porcentaje de discapacidad ya valorado (58%), lo que resulta un 83% de minusvalía, según la recurrente. Se invoca la doctrina contenida en la STSJ Canarias (Tenerife) de 25 de abril de 2017.

La parte actora impugnante se opuso porque la fibromialgia desde un punto de vista musculoesquelético (capítulo2) **no encuentra ningún criterio objetivo que permita incluirla en ninguno de sus apartados.** Además, tampoco puede calificarse la

fibromialgia de enfermedad mental por lo que tampoco puede incluirse en este concreto capítulo.

La cuestión que se debate, una vez integrado en el relato fáctico que la actora padece fibromialgia y tiene prescrito " *un tratamiento farmacológico perteneciente a la clase de los opioides para combatir el dolor generalizado que padece*", consiste en determinar si tal dolencia (fibromialgia), que no aparece en el amplísimo cuadro de dolencias contenidas en el anexo al RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), merece tener una valoración propia e independiente a efectos de discapacidad o no.

Esta misma cuestión ya fue resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Tenerife), en la sentencia de 25 de abril de 2017 (LA LEY 117070/2017) (Rec. 604/2016) en cuya fundamentación jurídica se recurre a otros criterios de valoración alternativa, ante la ausencia de reconocimiento explícito en la literalidad legal, en aplicación de las reglas generales de valoración de discapacidad contenidas en el capítulo 1. De esta forma se explica en la citada resolución en el Fundamento jurídico quinto y sexto de la sentencia:

" El uso de la tabla 21 por el juzgador puede concluirse por tanto que ha sido caprichoso, arbitrario, injustificado y carente de toda fundamentación razonable. Si se considera objetivada la fibromialgia como una enfermedad, desde el momento en que no existen en todo el anexo del Real Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000) (RCL 2000, 222 y 686) ningún capítulo o sección específico para esa patología o en general para los trastornos de modulación del dolor, todo lo más que cabe hacer a efectos de valoración es lo mismo que hizo el Equipo de Valoración y Orientación en este caso, acudir a la reglas generales de valoración de la discapacidad contenidas en el Capítulo 1 del Anexo I del Real Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000) (RCL 2000, 222, 686), que establece cinco grados de discapacit ad:

- Grado 1: discapacidad nula, cuando los síntomas, signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria. Y que se correspondería con la clase I, en la que se encuadran todas las deficiencias permanentes que han sido diagnosticadas, tratadas adecuadamente, demostradas mediante parámetros objetivos (datos analíticos, radiográficos, etc., que se especifican dentro de cada aparato o sistema), pero que no producen discapacidad, correspondiéndole un 0% de discapacidad.

- Grado 2: discapacidad leve, cuando los síntomas, signos o secuelas existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son

compatibles con la práctica totalidad de las mismas. Se corresponde con la clase II, deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad leve, y a las que corresponde un porcentaje comprendido entre el 1 por 100 y el 24 por 100.

- Grado 3: discapacidad moderada, que existe si los síntomas, signos o secuelas causan unadisminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado. Correspondiendo a la clase III, deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los sistemas o aparatos, originan una discapacidad moderada. A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 25 por 100 y 49 por 100.

- Grado 4: discapacidad grave. Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las actividades de la vida diaria, pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado. Equivalente a la Clase IV, a la que corresponde un porcentaje de discapacidad comprendido entre el 50 por 100 y 70 por 100

- Grado 5: discapacidad muy grave. Los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las actividades de la vida diaria. Y que se corresponden con la clase V, con un porcentaje del 75%.

(...)El único medicamento específico para el dolor es paracetamol, un analgésico de primer escalón, con lo cual pese a que se considere acreditado que la actora no puede andar o estar de pie más de 10 minutos, y que "la autonomía respecto a los actos fundamentales de la vida cotidiana y las actividades domésticas es parcial, precisando ayuda para algunas tareas" (lo cual se dice en términos generales y sin individualizar esa limitación como derivada de una patología concreta), no puede comparirse que el grado de discapacidad atribuible a la fibromialgia sea de un 50%, equivalente a una discapacidad grave. A lo sumo solo cabría considerar que lo que ocasiona la fibromialgia es alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero que el tratamiento para el dolor difuso de la fibromialgia sea solo paracetamol indica que las limitaciones propias de esa patología son compatibles con la práctica totalidad de las mismas, y solo cabría considerarla tributaria de una discapacidad leve, valorable con entre un 1 y un 24%. En la medida en que la sentencia de instancia entiende que la afectación de actividades es más intensa que la admitida por el Equipo

de Valoración y Orientación, lo único que cabe es entender que a tal patología le corresponde un porcentaje de discapacidad del 19%."

En la línea de valorar la enfermedad de fibromialgia a efectos de discapacidad y cubrir la laguna legislativa existente en el RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), se ha pronunciado la STSJ de Galicia de 18 de septiembre de 2015 (Rec. 4843/2015).

Y de igual modo la STSJ de Galicia de 16 de septiembre de 2021 respecto de otras enfermedades feminizadas como el lupus Eritematoso. En este caso, se procede a la cobertura de la laguna normativa proyectando una valoración independiente de esta dolencia proyectada sobre el sistema inmunológico, osteoarticular, genito-urinario, dermatológico y circulatorio de esta dolencia.

Por lo expuesto, dada la feminización de la fibromialgia debemos extremar las cautelas en la resolución del caso que nos ocupa y aplicar **la perspectiva de género (art. 4 LOIEMJ) en aplicación del principio de diligencia debida derivado de la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de discriminación contra la mujer (LA LEY 2640/1979) (CEDAW)** pues no hacerlo puede limitar el acceso a la justicia de la actora que es, además, víctima de violencia de género, lo que exige, un enfoque de género en la valoración de su discapacidad al incluirse dolencias directamente anudadas a su situación de **víctima de violencia de género**, tal y como expresamente se recoge en el hecho probado quinto que en relación a la enfermedad mental **valorada en un 12%**, dice:

" Historia de maltrato y sintomatología ansiosos depresiva reactiva a patología dolorosa, ya estudiada por multiples especialistas, importante componente de somatizacion y demanda de atencion medica y psicologica. Quejas en relacion a situacion económica. ANSIEDAD tratada con ansioliticos "

Lo anterior exige de quienes juzgamos la aplicación de los arts. 5, 6 7 y 18.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (2011) - **Convenio de Estambul**- que exige que los Estados partes velen por lograr *"la autonomía e independencia económica de las mujeres víctimas de violencia"*

Igualmente, en aplicación de la **Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad**, aprobada el 13 de diciembre de 2006, en relación con los principios inspiradores del **Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LA LEY 19305/2013)** aprobado por

el RD legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (art. 3), también debió integrarse la perspectiva de discapacidad en el enjuiciamiento.

En base a lo anterior, habiéndose reconocido la patología a la actora (fibromialgia), una vía para cubrir la laguna normativa existente es proceder a su valoración independiente a través de las reglas generales de valoración contenidas en el capítulo 1 del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), como solicita la recurrente. Así, procede su valoración de acuerdo con la gravedad de la misma que en el presente caso, dado el dolor generalizado continuo que le produce a la actora, conectado con el tratamiento farmacológico que tiene prescrito, que es de tercer escalón, de acuerdo con la escalera analgésica de la OMS y los fármacos del dolor, debemos encuadrar la fibromialgia que padece la actora en el grado 3 de las reglas generales de valoración de discapacidad contenidas en el capítulo 1 del Anexo I aplicable, tal, Dicho grado se prevé para aquella discapacidad moderada que afectan a la capacidad de la persona para la realización de algunas actividades de la vida diaria, sin que incida en la independencia para llevar a cabo las actividades de autocuidado.

Aplicando el porcentaje previsto para dicho grado (que va del 25% al 49%), dada la gravedad de la fibromialgia diagnosticada a la actora que se evidencia en el tratamiento farmacológico prescrito para el dolor: "*entre las que aparece el tramadol, es un analgésico de tipo opiode, los opiáceos (...)*", debimos aplicar un porcentaje del 45% derivado de la fibromialgia.

Si aplicamos, a continuación, la tabla de valores combinados previsto en el RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000) (27% y 45%), nos resulta un grado total de discapacidad del 60%, al que deben añadirse los 15 puntos por factores sociales complementarios, lo que arroja **un grado total de discapacidad del 75% en total**.

En base a lo expuesto considero que debió estimarse parcialmente el recurso planteado, revocando la sentencia recurrida por lo que respecta al grado de discapacidad debiendo haberse reconocido a la actora **una discapacidad del 75%**, y desestimarse la petición relativa al reconocimiento de "pensión contributiva", al depender de otros requisitos legales que no se contienen en el relato fáctico.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **Recurso de Casación para Unificación de doctrina**, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo

dispuesto en los [artículos 220 \(LA LEY 19110/2011\)](#) y [221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#).

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c 3537000066159421 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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