

LA VALORACIÓN INCAPACITANTE DE LA FIBROMIALGIA Y DEL SÍNDROME DE FATIGA CRÓNICA EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y EN EL JUDICIAL

Este artículo ha sido publicado en la "Revista de Jurisprudencia", número 1, el 5 de abril de 2012.

Fuente: elderecho.com

Rubén López-Tamames Iglesias. Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria. Doctor en Derecho.

I. Las actuales insuficiencias del sistema de valoración judicial de las incapacidades

La fibromialgia (FM) y el síndrome de fatiga crónica (SFC), enfermedades de sensibilización central, no siempre se definen de forma científica. En algunos casos, utilizando un lenguaje poético y metafórico, se habla de "dolor del alma en el cuerpo" o incluso de "las enfermedades sin nombre".

Pero quizás la mejor calificación es la que las considera "enfermedades políticamente incorrectas", ya que su deficiente valoración deja entrever las carencias administrativas y también, de forma indirecta, judiciales, cuando se trata de apreciar su naturaleza incapacitante en los niveles contributivo y no contributivo.

Entre las deficiencias del sistema de valoración judicial, las hay genéricas y específicas. Respecto a las primeras, la Ley 24/1997, de 15 julio, de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social -EDL 1997/24024-, dispuso un nuevo contenido para el art. 137 LGSS -EDL 1994/16443-, referido a la graduación de la incapacidad. Se pretendió atender a la disminución del porcentaje de la capacidad conforme a una lista de enfermedades que iba a ser aprobada. Restado protagonismo a los jueces que siempre tuvimos en esta materia una importante discrecionalidad. Sin embargo, la nueva redacción de dicho precepto no era autosuficiente, ya que exigía un desarrollo reglamentario que, transcurridos tantos años, todavía no se ha producido ni posiblemente se producirá por las dificultades que supone. La aprobación de una lista de tales características hubiera sido una buena ocasión para incorporar, a la manera de otros sistemas extranjeros, la FM y el SFC.

Se nos ofrece entonces la paradoja que supone un sistema nuevo, que no rige, y un sistema antiguo que sigue, sin embargo, operativo: la regulación anterior y todavía vigente del art. 137 -EDL 1994/16443-, en sus diversos apartados: del 3 al 7, definidores de los distintos grados, cuando utilizan fórmulas abiertas. Sin embargo, este sistema tiene importantes deficiencias. Las definiciones del art. 137 LGSS son auténticas tautologías porque en realidad nada definen cuando explican la misma cosa con distintas palabras. Decir, por ejemplo, como en el apartado cuarto, que está incapacitado para su profesión habitual quien no puede realizar todas o las principales tareas de la misma, es más bien decir poco o, más bien, no decir nada.



Tales apartados -EDL 1994/16443-, como estrictos conceptos jurídicos indeterminados, no admiten tampoco varias soluciones justas sino tan sólo una: el beneficiario está incapacitado o no lo está, pero no existen términos intermedios.

Por último, su aplicación no supone una cuestión centrada en el derecho: escoger la norma adecuada o interpretarla, sino en el hecho, ya que consiste en subsumir el concreto supuesto, que la realidad ofrece, dentro de las previsiones amplias de referido artículo y concreto apartado -EDL 1994/16443-.

Las deficiencias y derivadas dificultades han obligado a los órganos judiciales a utilizar diversas técnicas. Por ejemplo, recuperar los escasos baremos o listas que ya no están vigentes. Es el caso del Reglamento de Accidentes de Trabajo del año 1956 -EDL 1956/43-, que no constituye una relación exhaustiva de enfermedades por lo que el SFC, la FM, o también el síndrome químico múltiple, que emparenta con las anteriores, no se encuentran lógicamente dentro de sus previsiones al tratarse de "enfermedades nuevas".

Tales carencias han obligado a la elaboración de imprescindibles pautas. Por ejemplo, que el estado físico no es susceptible de división en compartimentos estancos. Este criterio tiene una gran importancia en el ámbito de las enfermedades que estudiamos, ya que en los cuadros abordados de FM o SFC suelen aparecer otras enfermedades, consecuencia o no de aquellas, sobre todo de naturaleza psíquica.

La materia se rige en cualquier caso por unas circunstancias individualizadas, casuísticas, puramente circunstanciales. Decía el Doctor Marañón que no existen enfermedades sino enfermos, lo que ya constituye un tópico, y este rasgo también es predicable desde la perspectiva jurídica porque no existen incapacidades sino incapacitados cuando el mismo o semejante cuadro de dolencias puede repercutir de manera distinta según el tipo de trabajador o beneficiario de que se trate.

No hay, por ello, pronunciamientos definitivos en la Sala Cuarta respecto a las pautas que justifican el reconocimiento de una situación incapacitante cuando se trata de tales dolencias. El recurso para la unificación de doctrina no es instrumento adecuado para resolver sobre este tipo de cuestiones. Se trata de supuestos en los que el enjuiciamiento trasciende a la fijación y valoración de hechos singulares y no a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general (referido a la FM, entre otros, el Auto de 16-2-2011 -EDJ 2011/14523-).

Es cierto que en algunos casos se fuerza por la Sala Cuarta la finalidad del recurso para abordar cuestiones de hecho y referidas a



cuadros concretos, como ha sucedido en materia de limitaciones auditivas o visuales. No obstante, cuando los letrados lo pretenden en el caso de la FM o el SFC, supone osadía, o al menos ingenuidad no admisible, con la correspondiente pérdida de tiempo y de dinero de sus clientes.

II. La ausencia de las listas y de los baremos de uso común

El resto de los problemas que surgen respecto a la calificación de estas enfermedades les son específicos. Por ejemplo, el hecho de que no se contemplen específicamente en los correspondientes listados.

No lo están en el baremo de las lesiones permanentes no invalidantes. El art. 150 LGSS -EDL 1994/16443- se refiere a las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente, supongan una disminución o alteración de la integridad física y aparezcan recogidas en el baremo anejo a las disposiciones de desarrollo de dicha Ley. Parece lógica en este caso tal exclusión, ya que el SFC o la FM no derivan ordinariamente de contingencias profesionales y no son meras lesiones, deformidades o mutilaciones.

Tampoco se encuentran en el cuadro de enfermedades profesionales, aprobado por RD 1299/2006, de 10-11 -EDL 2006/311531-, aunque algunas de las sustancias que puedan motivar tales dolencias sí lo estén. Por ejemplo, la STSJ Cataluña de 10-1-2000 -EDJ 2000/1923- resolvió acerca de la exclusión en el listado precedente en un supuesto marcado por su excepcionalidad: se trataba de un trabajador que realizó un viaje a Miami por cuenta de la empresa en el curso de cual contrajo una enfermedad, borreliosis, una de cuyas secuelas fue una fibromialgia postinfecciosa. Se reconocía, sin embargo, la existencia de un accidente de trabajo-enfermedad del trabajo.

Se admite en términos generales la patología común de la FM o del SFC, salvo prueba en contrario. Tiene que justificarse entonces la existencia de un accidente de trabajo-enfermedad del trabajo, pero no es tarea fácil, ya que el trabajo ha de ser el único factor desencadenante de la enfermedad. En relación con el virus de Epstein-Barr, siquiera cuando pueda considerarse una de las causas, el hecho de que también pueda adquirirse por la saliva, permitió negar la calificación profesional del SFC al no existir una causa exclusiva (STSJ Cataluña de 29-12-2004 -EDJ 2004/243659-).

Motivado por la loable tarea de algunos colectivos, como el Colectivo Ronda en Cataluña, se ha generado una casuística importante en los supuestos relacionados con los organofosforados, calificándolos como derivados de accidente de trabajo. Se defiende que tanto el síndrome de



sensibilidad química múltiple, como el SFC, son dos patologías surgidas por la exposición de trabajadores a productos químicos tóxicos, tales como insecticidas y productos de limpieza (por todas, STSJ Cataluña de 27-1-2010 -EDJ 2010/55366-).

La más injusta de las exclusiones es, sin embargo, la correspondiente al baremo de las prestaciones no contributivas. Pese a que se afirma en la Introducción del Anexo 1 del RD 1971/1999, de 23-12, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad -EDL 1999/64271-, que se sigue la Clasificación Internacional de Enfermedades y el SFC como la FM se encontraban dentro de ella, el Anexo 1.A no las incluye. Tal ausencia obliga a valorar esas patologías como si sus síntomas constituyeran dolencias autónomas y sí previstas (limitaciones artrósicas, psíquicas, problemas digestivos, por ejemplo). La utilización de la tabla de valores combinados, siquiera cuando se apliquen los factores sociales complementarios, tampoco permite superar el 45% o 50% de minusvalía en la mayoría de los casos, lo que resulta insuficiente para alcanzar una incapacidad no contributiva, exigente del 65%.

Se trata de una carencia importante que ha de ser integrada con la mayor brevedad posible, ya que supone factor importante de discriminación para los enfermos que padecen este tipo de dolencias.

III. El contraste con la misma definición de incapacidad del artículo 136 LGSS -EDL 1994/16443-

Otro de los inconvenientes nace de la misma definición de incapacidad que contiene el art. 136 LGSS -EDL 1994/16443-. 1: En la modalidad contributiva, es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

Sin embargo, este tipo de enfermedades siempre se han considerado de difícil, si no imposible, objetivación, dado su carácter sintomático, la pura subjetividad del dolor y la imposibilidad de identificarlas a través de pruebas de laboratorio o radiológicas. Justificó tal realidad una actitud de recelo en todas las instituciones, administrativas y judiciales, frente a los beneficiarios, muchas veces calificados de simuladores y que se explicaba también por la protección de la Seguridad Social respecto a las reclamaciones fraudulentas.

La presión de los propios afectados y la importancia social de FM y del SFC, así como la existencia de nuevos métodos científicos, que permiten incluso la medición del dolor, ha justificado un progresivo y paulatino arrumbamiento de los prejuicios. Incluso quizás del diagnóstico tardío se ha pasado al precipitado en el caso, por ejemplo, de la FM, lo que



lleva a veces al sobrediagnóstico y a calificar como enfermas de esta padecimiento a muchas personas con dolor crónico pero que no cumplen los criterios para ello.

Todas estas circunstancias justifican también que se replanteen caducos criterios y que se utilicen nuevos argumentos. Algunos más difíciles de entender porque constituyen quizás sutiles juegos dialécticos como que, partiendo de la exigencia legal comentada: "susceptibles de determinación objetiva", se reconozca la imposibilidad actual de la objetivación, pero se admita, sin embargo, la posibilidad de la determinación. Otros quizás más comprensibles, en el sentido de entender que la ley exige tal objetivación pero no fija los medios a través de los que se puede obtener. Lo exigido legalmente es la posibilidad de determinación objetiva, no que tal objetivación tenga que resultar acreditada a través de un diagnóstico exclusivamente clínico.

IV. La objetivación de estas enfermedades. Aportación y valoración de los informes periciales

La objetivación ha de realizarse a través de la aportación de los correspondientes informes médicos. La historia clínica suele ser más amplia en el caso del SFC que en el de la FM, si en este último supuesto son muchos los casos en los que la pericial comienza a configurarse a través del urgido y socorrido argumento de acudir a los médicos de atención primaria cuando se pretende demandar ante los juzgados.

Debe aportarse, desde luego, el informe de los especialistas: un reumatólogo en el caso de la FM y un internista en el supuesto del SFC. No son especialistas, en cambio, porque a ellos no les corresponde diagnosticar la enfermedad, los médicos de atención primaria ni los especialistas en la valoración del daño corporal. También deben aportarse los informes de las correspondientes unidades del dolor, en el caso de haber tenido que recurrir a ellas.

La pericial ha de ser honesta, por supuesto, que es exigencia derivada de la mínima deontología profesional y que no merece más comentario. Pero, además, y esto es especialmente importante y no se presume, ha de ser clara. Existen buenos clínicos que son malos peritos y peritos que son malos clínicos, de tal manera que los requerimientos ideales para esta prueba pasarían por un buen clínico y también un buen perito. Lo será cuando actúa con precisión, lo que pasa por elaborar una pericial que no sea un mero informe médico para los compañeros, lleno de tecnicismos, sino de un verdadero dictamen médico laboral que analiza las dolencias desde la perspectiva funcional y en un lenguaje comprensible, dirigido a un lego en medicina, al destinatario último, que lo es el juez. Son, en cambio, muchos los informes, excesivos, estereotipados, con hojas y hojas de literatura médica, en los que el juez sólo comprende y acoge sus conclusiones pero no el resto desmedido.

El informe pericial ha de ser también ratificado en juicio porque, si no sucede así, se queda en un mero certificado médico, que no permite el debate y la contradicción. En este momento el profesional ha de ser modesto, evitando una lucha de egos (del médico y del juez, situación

frecuente), lo que no significa tampoco ser pusilánime ni inseguro cuando se responde a las preguntas de las partes o del mismo juez.

También resulta conveniente la presencia del beneficiario, ya que a veces se otorga especial importancia al propio reconocimiento judicial, cumplida manifestación del principio de inmediación que, si bien no es prueba definitiva en este tipo de enfermedades, puede contribuir de forma poderosa a la convicción de quien va a decidir respecto a una situación incapacitante y a su trascendencia. El juez también ha de apreciar si se dice verdad, la sinceridad de las palabras

Desde luego, éste es libre a la hora de valorar las periciales siempre que justifique mínimamente el sentido de la opción. También puede acudir a la prueba forense que generalmente no tiene una gran significación en estos casos por tres razones fundamentales. La primera es su excepcionalidad, ya que sólo se acude a ella cuando se aprecian contradicciones importantes. En segundo lugar, no suelen existir forenses asignados específicamente a los juzgados de lo social. En tercer lugar, tampoco su criterio va a ser especialmente cualificado porque no se trata de especialistas en este tipo de enfermedades, al margen de que se aprecie la objetividad que tales informes destilan, derivados de la condición de funcionarios públicos y de la imparcialidad que tal condición les confiere.

De ordinario, la preferencia por el informe del EVI también existe en este tipo de dolencias, lo que justifica que, ya en la suplicación, la revisión de los hechos probados de la sentencia, y a la que está supeditado en la mayoría de los casos el éxito del recurso, sólo pueda aceptarse cuando la prueba ofrecida a tales efectos revisorios tenga una mayor solvencia científica o especialización que la pericial escogida por el magistrado.

Sería aquella la derivada de los servicios especializados de la medicina pública o también de la privada pero siempre que traiga causa en un mayor rigor, tecnicismo, con medios, por ejemplo, de tercera generación. Por tal motivo, parece inevitable que quienes pueden acceder a estas cualificadas periciales, porque disponen de medios económicos, cuentan con una innegable ventaja adicional respecto a quienes ha acudido a servicios especializados pero de la medicina pública (Clinic, Vall d'Hebrón). En este último caso habrá, como es lógico, una razonable tardanza u otras servidumbres inevitables en cuanto inherentes a los servicios públicos.

V. El criterio restrictivo utilizado por las Entidades gestoras y por las mutuas.
La respuesta judicial

El último de los factores que ha incidido de forma negativa a la hora de reconocer la naturaleza incapacitante de este tipo de enfermedades es el criterio restrictivo utilizado por las Entidades gestoras y por las mutuas.



Nos sirve como muestra la Guía de Valoración de la Incapacidad Laboral para Médicos de Atención Primaria, documento nacido de la colaboración entre la Escuela Nacional de Medicina del Trabajo (ENMT), el Instituto de Salud Carlos III y el INSS (www.seg-social.es). A la hora de valorar las limitaciones que sufren los pacientes diagnosticados de fibromialgia, admite, por ejemplo, que el único instrumento validado suficientemente es el llamado FIQ aunque pueda resultar demasiado subjetivo cuando se utiliza en valoración laboral, de manera que el número de puntos dolorosos no es un criterio de gravedad, solo un criterio diagnóstico.

Pero lo importante también es que desvincula la gravedad de la FM de la utilización de analgésicos o la dosis que recibe el paciente. Se considera asimismo sin trascendencia la evolución hacia la cronicidad cuando ni siquiera la concesión de una pensión por incapacidad parece mejorar la evolución de estos pacientes, y descartada también la presencia de una patología psiquiátrica tipo asociada a la dolencia.

Negada la situación incapacitante, salvo casos excepcionales, en que la sintomatología dolorosa produzca un deterioro del estado general, y en general serán pacientes sólo subsidiarios de situaciones de incapacidad temporal, que deberá mantenerse en las fases agudas.

La tendencia aparecida en las mutuas tiene igualmente este contenido restrictivo. Cuando se trata de la incapacidad temporal, recomiendan que la duración sea lo más corta posible. Con especial cautela si existe un contexto médico-legal (tráfico, solicitud de minusvalía, etc.) que pueda recomendar al trabajador la prolongación de la baja. Se utiliza el manual de tiempos estándar publicado por el INSS y que establece una duración promedio de catorce días, el tiempo requerido para descartar otras patologías.

La justificación de que la baja no se alargue se disculpa por los inconvenientes que puede acarrear una situación prolongada como una mayor consciencia del dolor, el sentimiento de aislamiento, de inutilidad, con la pérdida de la autoestima que esto conlleva, así como los problemas económicos que puede suponer una prestación menor o las dificultades que pueden plantearse cuando se suscita la reincorporación. Todo en un contexto estadístico de aumento espectacular de casos en los últimos años y casi siempre en puestos de trabajo que tienen poco o nada gratificante.

La intervención de los Equipos de Valoración se salda lógicamente después con una propuesta desestimatoria. A veces con un signo interrogatorio incluido en el propio dictamen, que genera mayor desconcierto sobre la realidad y alcance de estas enfermedades.



Adobada a veces tal actitud restrictiva con inverosímiles episodios que trascienden a tal valoración, como lo sucedido en Vigo en el año 2008, cuando, entre otros argumentos, se le reprochó a una señora que su aspecto, peinada, maquillada, con complementos, no era propio de los enfermos de este tipo de enfermedades, lo que implícitamente se utilizaba también como argumento desestimatorio.

La reclamación administrativa posterior se desestima en el 90% de los casos, de manera que queda abierta la única opción, el protagonismo de los jueces de lo social si, cada vez más, estiman la pretensión deducida. La naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación favorece que se confirme habitualmente la sentencia de instancia.

Cuando los pronunciamientos son desestimatorios, además de la falta de gravedad suficiente, las motivaciones son las referidas y tradicionales: básicamente la falta de objetivación de este tipo de dolencias (sólo datos clínicos) la subjetividad del dolor y la semejanza de los síntomas con los que son propios de otras enfermedades.

El criterio de algunos cualificados profesionales (Doctor J. Fernández-Solá, coordinador de la Unidad de Fatiga Crónica del Clinic. Rev, Esp. Reumatol. 2004; 31: 535-7.- vol.31 núm 10) cuestionaría sin embargo, la efectividad de tales criterios en relación con el SFC. Como expone, la falta de un marcador analítico o bioquímico específico hizo pensar inicialmente que los criterios basados únicamente en datos clínicos y, por lo tanto, relativamente subjetivos, no serían útiles para el diagnóstico. Pero se trata de una postura superada si se valoran (Criterios de Fukuda) la presencia y características de la fatiga y de los demás síntomas asociados (febrícula, trastornos del sueño, del estado de ánimo, etc.). En este caso con la prevención de utilizar también las causas de exclusión que los mismos criterios establecen (enfermedades previas orgánicas o mentales que cursen con fatiga o la obesidad mórbida). Parece que la diferenciación entre las enfermedades primariamente mentales o psicosomáticas y el SFC está al alcance de cualquier facultativo con experiencia.

En definitiva, de la asimilación de esta realidad médica y social, por letrados y jueces, dependerá el éxito de las reclamaciones. También que otras enfermedades en ciernes de reconocimiento, y emparentadas con la aquí analizadas, como el síndrome químico múltiple, o la electrohipersensibilidad, no se sigan considerando todavía de manera caricaturesca, como he llegado a leer (excuso la cita por lo que puede tener de peyorativa), dolencias asimilables a la posesión demoníaca o a la licantropía.