

NIG: XXXXXXXXXXXXXXX

**JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO 3 DE MADRID**

C/ Princesa 3, 2ª planta

Magistrado : Francisco José del Pozo Sánchez.

**Procedimiento: Seguridad Social 959/2018**

De: XXXXXXXXXXXXXXX

Letrado: Beatriz Álvarez

Contra: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Letrado de la Seguridad Social:

XXXXXXXXXXXXXXXX

FREMAP

Letrado: XXXXXXXXXXXXXXX

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 178/2020

En Madrid a diecinueve de noviembre de dos mil veinte.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El señor XXXXXXXX interpuso demanda en fecha de registro 17 de septiembre de 2018 frente a las entidades gestoras por la que se interesaba el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total con derecho de pedir prestación del 55 % de la base reguladora y efectos económicos de 3 de octubre de 2016.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda mediante decreto de 27 de septiembre de 2018 se citaba a las partes intervinientes de comparecencia para las 10:00 horas del día 25 de junio de 2020 al efecto de celebrar el acto de juicio, efectuándose nuevo señalamiento, por vicisitudes procesales, con emplazamiento a las partes a las 08:55 horas del día 19 de noviembre de 2020.

**TERCERO.-** El día señalado tuvo lugar la celebración de la vista, en la que la parte actora se ratificó en su escrito de demanda.

Por la asistencia letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social se realizó oposición a la demanda, al entender que las dolencias que tiene diagnosticadas la demandante no comportan un menoscabo funcional que le impidan el desempeño de su profesión habitual, así como de cualquier otra.

**CUARTO.-** Seguidamente se recibió el pleito a prueba, practicándose únicamente prueba documental y pericial de don XXXXXXXXXXX, tras lo que los Letrados de las partes formularon sus conclusiones quedando los autos conclusos para sentencia con el resultado que refleja el soporte de vídeo.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado, en esencia, todos los procedimientos legales.

### **HECHOS PROBADOS**

**1º.-** Don XXXXXXXXXXX, nacido el XX de XX de XXXX, está afiliado al régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos con número de afiliación XXXXXXXXXXXXXXX, siendo su profesión habitual la de albañil autónomo.

**2º.-** En fecha de registro de 5 de febrero de 2018 se emitió resolución por el Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que con fecha de efectos de 2 de febrero de 2018, se acordaba denegar la situación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones un grado suficiente de disminución de la capacidad laboral.

**3º.-** El dictamen propuesta del equipo de valoración de incapacidades emitido en fecha de 16 de enero de 2018, obrante en el expediente XXXXXXXXXXXXXXX, establece el siguiente cuadro clínico residual: “gonalgia izquierda por accidente de trabajo en enero de 2017. Rotura en asa de cubo compleja de CP y cuerpo ME más condromalacia grado II cóndilos femoral y platillo tibial externo condromalacia grado II-III rotuliano con intervención quirúrgica febrero de 2017”.

**4º.-** El informe médico forense de 11 de enero de 2019, señala en el apartado de conclusiones que el demandante es intervenido en febrero de 2017, mediante artroscopia, por presentar una rotura compleja en asa de cubo del menisco externo, una condromalacia de cóndilo femoral y platillo tibial externo y una condromalacia rotuliana en grado II de rodilla izquierda por una lesión en realizar su trabajo. La evolución no fue buena, encontrándose en la artroscopia y en las pruebas de imagen posteriores, una fractura de meseta tibial externa y condropatía de compartimento externo con afectación del cartílago de meseta tibial externa y cóndilo femoral externo.

En el momento actual, el paciente se encuentra limitado para tareas que requieran deambulación, bipedestación mantenida, subir y bajar escaleras o cuestas frecuentemente, manejar peso, trabajar en cuclillas.

La condromalacia rotuliana tiene un origen degenerativo. Las otras lesiones no aparecen en las últimas pruebas de imagen pero son secundarias del accidente de trabajo.

Las limitaciones para la flexión derivan de la patología rotuliana y las alteraciones en la deambulación de alteraciones en el compartimento externo por posible persistencia de condropatía, secuela de fractura tibial o alteraciones en remanente meniscal.

5º.- El demandante formuló reclamación previa en fecha 30 de mayo de 2018 siendo desestimada a medio de resolución comunicada por oficio de 2 de julio de 2018.

6º.- La base reguladora asciende a XXXXX euros mensuales y la fecha de efectos es la de 21 de febrero de 2020.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** El señor XXXXXXXXXX interpuso demanda en fecha de registro 17 de septiembre de 2018 frente a las entidades gestoras por la que se interesaba el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total con derecho de pedir prestación del 55 % de la base reguladora y efectos económicos de 3 de octubre de 2016.

Sostiene el demandante que por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 5 de febrero de 2018 se ha denegado la situación de incapacidad permanente, manifestando estar en disconformidad por sufrir las siguientes patologías: gonalgia izquierda, rotura en asa de cubo compleja de fe y cuerpo de menisco, condromalacia cóndilo femoral y platillo tibial externo, condromalacia rotuliana y, severa atrofia muscular del cuádriceps de la pierna izquierda.

Como consecuencia de lo anterior, sostiene encontrarse limitado para la bipedestación, para la manipulación de pesos, para la sobrecarga postural de la rodilla, para posturas forzadas o desplazamientos por terreno irregular y por falta de motivación laboral.

Postula una base reguladora de XXXXX €.

En el acto de la vista se manifestó por la parte demandante que no se combate la contingencia, que no se interesa que se declare al demandante afecto de incapacidad permanente derivada de contingencia profesional, que no se pide en el suplico y que si en el cuerpo de la demanda se alude al accidente de trabajo lo es a los solos efectos de reflejar el antecedente fáctico.

**SEGUNDO.-** Por las entidades gestoras se hizo oposición a la demanda manifestando que la profesión del demandante es la de albañil, desempeñando sus funciones afiliado al RETA. En fecha de 21 de febrero de 2020 el demandante inició nueva situación de incapacidad temporal en la que se encuentra aún en la actualidad. Para el supuesto de prosperar la demanda, la base reguladora asciende a XXXX euros mensuales y la fecha de efectos es la de 21 de febrero de 2020 con la regularización de las prestaciones percibidas en concepto de incapacidad temporal.

Por lo demás, se efectuaron alegaciones en cuanto al fondo del asunto que se dan por reproducidas en esta sede.

**TERCERO.-** El artículo 194 de la Ley General de la Seguridad Social establece, bajo la rúbrica “Grados de invalidez” los siguientes:

1. La invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a siguientes grados:
  - a. Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
  - b. Incapacidad permanente total para la profesión habitual.

- c. Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
  - d. Gran invalidez.
2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.
  3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 % en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.
  4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.
  5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.
  6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Establece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 30 de abril de 2008 que “La incapacidad permanente total viene definida por el Art. 137.4 de ley General de la Seguridad Social, como la situación de quien, por enfermedad o accidente, presenta unas reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que le inhabilitan al trabajador para el ejercicio de todas o las fundamentales tareas de su profesión, siempre que le deje una aptitud psicofísica suficiente para desempeñar las de otra distinta.

Esa valoración de la capacidad laboral residual tiene que verificarse teniendo en cuenta que la prestación de un trabajo o actividad debe ser realizado conforme a las exigencias de continuidad, dedicación y eficacia que son exigibles en condiciones normales de habitualidad, con el fin de obtener el rendimiento que sea exigible, con un esfuerzo normal, (SSTS de 11 de octubre de 1979, 21 de febrero de 1981; 22 de septiembre de 1989, y 7 de marzo de 1990). Tal incapacidad también ha de ser declarada, aunque teóricamente pueda desempeñarse las tareas habituales de la profesión, cuando esta sea incompatible con un ambiente determinado. Teniendo en cuenta que la profesión habitual, a efectos de reconocer este grado de incapacidad, es aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el tiempo anterior a la iniciación de la invalidez, lo que obliga asimismo a realizar una valoración concreta de todas las circunstancias en las que se desenvolvía la actividad laboral, incluida la compatibilidad con un ambiente determinado (SSTS de 18 de enero de 1988 y 30 de enero de 1989)”.

**TERCERO.-** La demandante postula la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual partiendo de una serie de patologías que no difieren sustancialmente de las que se han reconocido en el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, versando la discrepancia en el alcance limitador.

El dictamen propuesta del equipo de valoración de incapacidades emitido en fecha de 16 de enero de 2018, obrante en el expediente XXXXXXXXXXXXX, establece el siguiente cuadro clínico residual: “*gonalgia izquierda por accidente de trabajo en enero de 2017. Rotura en asa de cubo compleja de CP y cuerpo ME más condromalacia grado II cóndilos femoral y platillo tibial externo condromalacia grado II-III rotuliano con intervención quirúrgica febrero de 2017*”.

El informe médico forense de 11 de enero de 2019, señala en el apartado de conclusiones que <<*el demandante es intervenido en febrero de 2017, mediante artroscopia, por presentar una rotura compleja en asa de cubo del menisco externo, una condromalacia de cóndilo femoral y platillo tibial externo y una condromalacia rotuliana en grado II de rodilla izquierda por una lesión en realizar su trabajo. La evolución no fue buena, encontrándose en la artroscopia y en las pruebas de imagen posteriores, una fractura de meseta tibial externa y condropatía de compartimento externo con afectación del cartílago de meseta tibial externa y cóndilo femoral externo.*

***En el momento actual, el paciente se encuentra limitado para tareas que requieran deambulación, bipedestación mantenida, subir y bajar escaleras o cuestas frecuentemente, manejar peso, trabajar en cuclillas.***

*La condromalacia rotuliana tiene un origen degenerativo. Las otras lesiones no aparecen en las últimas pruebas de imagen, pero son secundarias del accidente de trabajo.*

*Las limitaciones para la flexión derivan de la patología rotuliana y las alteraciones en la deambulación de alteraciones en el compartimento externo por posible persistencia de condropatía, secuela de fractura tibial o alteraciones en remanente meniscal >>.*

De otro lado, ha de tenerse en cuenta que el demandante inició nueva situación de incapacidad temporal en fecha de 25 de enero de 2018, hasta el 16 de julio de 2019, con nuevo proceso en fecha de 21 de febrero de 2020 por enfermedad común, con el diagnóstico de “dolor de rodilla”, pendiente de prueba de resonancia magnética (documento número 6 del ramo de prueba de la demandada). No obstante, aún cuando pudiera eventualmente discutirse acerca del agotamiento de las posibilidades terapéuticas, lo cierto es que el proceso de incapacidad temporal se inicia el 21 de febrero de 2020 por dolor de rodilla, pendiente de RNM sin que se infiera que pueda o no tratarse de la misma o distinta patología, lo que podría tener relevancia a efectos de valorar el agotamiento de las posibilidades terapéuticas.

No siendo así, el único dato fiable en términos de objetividad e imparcialidad con el que se cuenta en el presente expediente, desde la perspectiva probatoria, es la valoración efectuada por el médico forense, que como se avanzó, concluye que **el paciente se encuentra limitado para tareas que requieran deambulación, bipedestación mantenida, subir y bajar escaleras o cuestas frecuentemente, manejar peso, trabajar en cuclillas**, lo que habida consideración de la profesión habitual de albañil autónomo, debe llevar al reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para el desempeño de la profesión habitual de albañil autónomo con derecho a percibir prestación del 55% de la base reguladora de XXXXX euros mensuales y fecha de efectos de 21 febrero de 2020.

No se comparten las alegaciones efectuadas por la parte demandada al sostener que por su condición de afiliación al RETA, el demandante cuenta con cierto nivel de autonomía y

capacidad organizativa al efecto de poder contratar a terceros para el desempeño de su actividad. Piénsese que el análisis que cabe efectuar en esta sede no es tanto el de la capacidad organizativa de una empresa como las limitaciones funcionales que aquejan a persona física, debiendo realizarse un juicio valorativo del cuadro clínico exclusivamente relacionado con la capacidad funcional para una profesión que lo es la de albañilería, no la de empresario de la construcción, razón por la que la valoración ha de efectuarse sobre las funciones que el mismo desempeña como albañil.

Por todo ello procede desestimar íntegramente la demanda.

### **FALLO**

**ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por don XXXXXXXXXXXXXXXX frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, y en consecuencia, declarar al demandante en situación de incapacidad permanente total para el desempeño de la profesión habitual de albañil autónomo con derecho a percibir prestación del 55% de la base reguladora de XXXXX euros mensuales y fecha de efectos de 21 febrero de 2020.**

Notifíquese la presente Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella podrá interponerse recurso de SUPPLICACIÓN en el plazo de CINCO DÍAS, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a contar desde su notificación y conforme a los artículos 188 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pasados los cuales quedará firme en derecho.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

EL MAGISTRADO