



**JDO. DE LO SOCIAL N. 3
BURGOS**

SENTENCIA: 00167/2022

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. REYES CATÓLICOS (EDIF. JUZGADOS) 51-B-5ª (SALA DE VISTAS .-PLANTA 1ª) 09006
Tfno: 947284055
Fax: 947284056 947284145
Correo Electrónico:

Equipo/usuario: MIV

NIG: 09059 44 4 2020 0002316
Modelo: N02700

SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000766 /2020

Procedimiento origen: /
Sobre: SEGURIDAD SOCIAL

DEMANDANTE/S D/ña:
ABOGADO/A: GUSTAVO ADOLFO PIETROPAOLO JIMENEZ
PROCURADOR:
GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DIRECCION PROVINCIAL DEL INSS,
TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DIRECCION PROVINCIAL UNIDAD DE IMPUGNACIONES
ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
PROCURADOR: ,
GRADUADO/A SOCIAL: ,

En BURGOS, a siete de abril de dos mil veintidós.

D^a MARTA GOMEZ GIRALDA Magistrado-Juez del JUZGADO DE LO SOCIAL N° 3 de BURGOS y su Provincia, tras haber visto los presentes autos sobre SEGURIDAD SOCIAL, seguidos a instancia de DOÑA que comparece asistida por el Letrado Don Gustavo Adolfo Pietropaolo Jiménez contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que comparecen por medio del Letrado de la Administración de la Seguridad Social Doña

EN NOMBRE DEL REY

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA n° 167/22

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- presentó demanda de procedimiento sobre SEGURIDAD SOCIAL, contra el INSTITUTO

NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en la que exponía los hechos en que fundaba su pretensión, haciendo alegación de los fundamentos de derecho que entendía aplicables al caso y finalizando con la súplica de que se dicte sentencia accediendo a lo solicitado.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se ha celebrado el acto de juicio, con el resultado que obra en las actuaciones, acordándose como diligencia final requerir al INSS para que aportase la base reguladora derivada de enfermedad común, quedando los autos pendientes de dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante, DOÑA , con D.N.I. nº , nació el , está afiliada en el Régimen de la Seguridad Social con el nº , de profesión Auxiliar de enfermería de geriatría.

SEGUNDO.- Iniciado expediente en solicitud de incapacidad permanente, derivada de accidente de trabajo, se solicitó en el acto de la vista, incapacidad permanente derivada de enfermedad común, emitiéndose Dictamen propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades en fecha 2-4-2020.

Por resolución de 3-4-2020, la Entidad Gestora deniega la prestación solicitada por no ser las lesiones que padece susceptibles de determinación objetiva o previsiblemente definitivas. Contra la citada resolución se interpuso reclamación previa el día 25-6-2020, la cual fue desestimada por resolución de 21-8-2020.

TERCERO.- La actora estuvo en Incapacidad Temporal desde el 17-5-2019.

CUARTO.- La demandante presenta el siguiente cuadro clínico residual, según el EVI: *"Coxartrosis izquierda grado II-III: LEQ para prótesis cadera izquierda. Condromalacia rotuliana grado III. Gonartrosis bilateral."*

Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: *"Mujer 55 años, auxiliar de enfermería. Valoración de IP a instancia de parte. IT 17/5/19 por coxalgia izquierda. Condromalacia rotuliana grado III y mínima gonartrosis bilateral. Coxartrosis izquierda grado II-III. COT HUBU 25/6/19:*

inclusión en LEQ para prótesis cadera izquierda. Puede existir limitación para elevados requerimientos de deambulación, bipedestación, subir y bajar cuestas, cargar pesos, cuclillas".

QUINTO.- Según informe de COT del HUBU de 6-6-2019 presenta además "Deformidad tipo CAMP de ambas caderas. Recomiendo cambio de puesto laboral, y según informe del COT Hubu de 25-6-2019: "inclusión en LEQ para prótesis cadera izquierda. Persiste la misma sintomatología por lo que adelanto los rx: discreto pinzamiento de ambos compartimentos internos de rodillas caderas con coxartrosis grado II bilateral y II-III en cadera izquierda con rodete osteofítico alrededor de la cabeza, que contribuye a la restricción de la movilidad con estos hallazgos y la ausencia de mejoría con el tratamiento, ponemos en lista de espera quirúrgica para prótesis total de cadera izquierda. Obviamente esta patología le limita, en el momento actual, para realizar su trabajo habitual que consiste en levantar pesos, hacer esfuerzos y auxiliar a la movilidad, higiene, etc a pacientes mayores asistidos. Plan: pendiente de IQ se le recomienda reposo relativo. Cita preanestesia 24-11-2020." (folios 41 y 42 del expediente administrativo)

SEXTO.- En fecha 5-11-2020 una vez agotada la duración máxima de 365 días de la incapacidad, el INSS acordó iniciar un expediente de incapacidad permanente.

SEPTIMO.- La actora fue intervenida el 21-4-2021 para la colocación de una prótesis total de cadera izquierda.

OCTAVO.- Según informe de traumatología de 4-3-2022 del Hospital Universitario de Burgos (documento 16 del ramo de prueba de la actora) presenta dolor en rodilla izquierda, en cadera derecha que le impide dormir y actividades de la vida normal. Prótesis cadera izquierda OK pero coxartrosis derecha grado II-III, pendiente de intervención quirúrgica.

Dolor e inflamación en ambas rodillas con limitación funcional y limitación para las actividades básicas de la vida.

Gonartrosis grado I también pendiente de evolución para decisión de tratamiento quirúrgico.

Plan: reposo relativo; ibuprofeno o enantyum si dolor. Advierto que tendrá temporadas malas y otras menos malas.

NOVENO.- Las tareas que realiza la demandante como Auxiliar de enfermería geriátrica requieren deambulación y bipedestación continuada, carga de pesos y adopción de posturas forzadas

para llevar a cabo la movilización y aseo e higiene de los pacientes asistidos.

DECIMO.- La base reguladora de la prestación de la incapacidad permanente total derivada de enfermedad común solicitada, asciende a 1.867,81 euros mensuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados se han obtenido de la valoración conjunta de las pruebas practicadas conforme a las reglas de la sana crítica e informe pericial del Dr. Arroyo Vecilla.

SEGUNDO.- El artículo 137.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y el actual art 194 de la LGSS aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, determina que 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.

Reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia del TS de 24-07-86 y 9-4-90) han establecido que, a los efectos de la declaración de invalidez permanente en el grado de total, debe partirse de los siguientes presupuestos:

a).- La valoración de la invalidez permanente ha de hacerse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en cuanto tales restricciones son las que determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia.

b).- Han de ponerse en relación las limitaciones funcionales resultantes con los requerimientos de las tareas que constituyen el núcleo de la concreta profesión.

c).- La aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia, sin que el desempeño de las mismas genere "riesgos adicionales o superpuestos" a los normales de un oficio o comporte el sometimiento a "una continuación de sufrimiento" en el trabajo cotidiano.

d).- No es obstáculo a la declaración de tal grado de incapacidad el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, más livianas y sedentarias, o incluso pueda desempeñar tareas "menos importantes o secundarias" de su propia profesión habitual o cometidos secundarios o complementarios de ésta, siempre que exista una posibilidad de

continuar trabajando en dicha actividad y conserve su aptitud residual que "tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concretar relación de trabajo futuro".

TERCERO.- Se interesa en la demanda el reconocimiento de una incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, pretensión frente a la que se opone el INSS, alegando que las patologías que presenta la trabajadora no son susceptibles de determinación objetiva o previsiblemente definitivas, pues en el momento de ser examinada por el EVI, se encontraba en lista de espera para intervención quirúrgica, consistente en colocación de prótesis en cadera izquierda, teniendo cita para preanestesia el 24-11-2020. Añade en el acto de la vista que en la actualidad también está pendiente de prótesis en cadera de derecha y en rodillas y que actualmente sus patologías no le limitan para su actividad habitual, debiendo estar al resultado de la intervención quirúrgica.

Al respecto cabe recordar lo previsto en el artículo 193 de la LGSS que señala que *"1. La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo."*

Examinado el expediente administrativo, cabe señalar que ni del Dictamen del EVI ni del informe médico de síntesis se desprende que las lesiones que padece la trabajadora no sean susceptibles de determinación objetiva o previsiblemente definitivas. En aplicación del precepto legal reseñado, el hecho de que en ese momento estuviera pendiente de intervención quirúrgica para colocación de prótesis de cadera, no obsta para que se encontrara limitada para el ejercicio de su profesión, pues aparte de la patología de cadera, la actora presenta condromalacia rotuliana grado III, gonartrosis bilateral, así como deformidad tipo CAMP de ambas caderas, reconociendo el propio EVI que puede existir limitación para elevados requerimientos de deambulacion, bipedestacion, subir y bajar cuestas, cargar pesos, cuclillas, requerimientos que exige la profesión de Auxiliar de enfermería Geriátrica que desempeña la actora.

La trabajadora fue examinada por el EVI el día 2-4-2020 y estaba en lista de espera para prótesis de cadera con cita

para preanestesia para el día 24-11-2020, esto es, seis meses después, sin tener fecha cierta para la intervención quirúrgica, que no tuvo lugar hasta el día 21-4-2020, por tanto un año después de ser examinada por el Equipo Técnico.

En cualquier caso, el perito Dr. ha manifestado en el acto del vista y recoge en su informe pericial que, en general, la inserción de prótesis no es una solución efectiva, por la incertidumbre en el tiempo y en el resultado que conllevan (desgaste, rechazo) y que de igual manera, en el mejor de los pronósticos, podría permitir reducir el dolor de la articulación afectada, pero no las limitaciones funcionales y de movilidad que conlleva toda prótesis.

Por tanto, el hecho de que estuviese pendiente de intervención quirúrgica para colocación de prótesis en cadera izquierda, desconociendo si va a tener una respuesta favorable o no, no obsta para que la trabajadora pueda ser calificada como afecta de incapacidad permanente, sin perjuicio de un revisión posterior en caso de mejoría. A mayor abundamiento, a fecha de hoy, la demandante está pendiente de colocación de prótesis en cadera derecha e incluso se está valorando su colocación en las rodillas, de manera que la actora no puede estar de manera permanente en situación de IT, al existir unos plazos máximos legales, y no se puede demorar su calificación, máxime en un caso como el que nos ocupa, en que resulta evidente que ya en el momento de ser examinada por el EVI, la trabajadora se encontraba limitada para el ejercicio de las actividades propias de su profesión de Auxiliar de enfermería, al estar limitada, según el propio EVI para elevados requerimientos de deambulacion, bipedestacion, cargar pesos, cuclillas... requerimientos que exige la profesión de Auxiliar de enfermería Geriátrica que desempeña la actora.

Por lo expuesto, procede estimar la presente demanda toda vez que las patologías que presenta la demandante le imposibilitan para efectuar su trabajo con las garantías mínimas necesarias e imprescindibles para su salud, sin perjuicio de la posibilidad de revisión en caso de mejoría.

CUARTO.- La fecha de efectos será, según las circunstancias fácticas que concurran, o bien el día siguiente al de la extinción de la incapacidad temporal si se encontrara en dicha situación, el día siguiente al cese en el trabajo si se hubiera reincorporado, o en otro caso, la fecha del dictamen EVI; en el caso de autos debemos estar a la fecha del Dictamen del EVI, 2-4-2020, sin perjuicio de tener en cuenta los periodos posteriores en que la trabajadora ha estado en situación de incapacidad temporal.

La base reguladora será la que ha aportado el INSS como diligencia final, de 1.867,81 euros.

El porcentaje sobre la base reguladora será del 75%, al tener la trabajadora 55 años en el momento de ser examinada por el EVI mientras permanezca en situación de desempleo.

QUINTO.- En virtud de lo establecido en los artículos 190 y 191 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, contra esta sentencia cabe recurso de suplicación.

Vistos los preceptos legales citados y de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta por DOÑA contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro que la parte demandante se encuentra afecta de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de Auxiliar de enfermería geriátrica, y condeno al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por la anterior declaración y a abonar a la demandante una pensión en la cuantía equivalente al 75% de su base reguladora de 1.867,81 euros, con las revalorizaciones y mejoras que legalmente le correspondan y con efectos de 2-4-2020, sin perjuicio de tener en cuenta los periodos posteriores en que la trabajadora ha estado en situación de incapacidad temporal.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que en aplicación del mandato contenido en el artículo 53.2 de la LJS, en el primer escrito o comparecencia ante el órgano judicial, las partes o interesados, y en su caso los profesionales designados, señalarán un domicilio y datos completos para la práctica de actos de comunicación. El domicilio y los datos de localización facilitados con tal fin, **surtirán plenos efectos y las notificaciones en ellos intentadas sin efecto serán válidas** hasta tanto no sean facilitados otros datos alternativos, siendo **carga procesal de las partes** y de sus representantes **mantenerlos actualizados**. Asimismo, deberán comunicar los cambios relativos a su número de teléfono, fax, dirección electrónica o similares, siempre que estos últimos estén siendo utilizados como instrumentos de comunicación con el Tribunal.

Advierto a las partes que:

- Contra esta sentencia pueden **anunciar Recurso de Suplicación** ante el Tribunal Superior de Justicia de CASTILLA-LEON y por conducto de este JDO. DE LO SOCIAL N. 3 en el plazo de **cinco días** desde la notificación de esta sentencia.

- En ese momento deberán designar Letrado o Graduado Social colegiado que se encargará de su defensa en la tramitación del recurso que anuncia.

- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita o no estuviese en alguna de las causas legales de exención, deberá, al momento de anunciar el recurso y en el plazo de cinco días señalado, **consignar** la cantidad objeto de condena o formalizar aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de anunciar el Recurso de Suplicación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber **depositado** la cantidad de **300 euros**, en la cuenta de este órgano judicial abierta en la Entidad Bancaria SANTANDER, cuenta n° **ES55 0049 3569 9200 0500 1274**, agencia sita en Burgos, C/ Madrid incluyendo en el concepto los dígitos **1717.0000.65.0766.20**.

-Igualmente, y en cumplimiento de la ley 10/2012 de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses se deberá acompañar, en el momento de interposición del recurso de suplicación, el justificante de pago de la tasa, con arreglo al modelo oficial debidamente validado.

-En caso de no acompañar dicho justificante, se requerirá a la parte recurrente para que lo aporte, no dando curso al escrito hasta tal omisión fuese subsanada.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.