



Roj: **STSJ AS 1620/2023 - ECLI:ES:TSJAS:2023:1620**

Id Cendoj: **33044340012023100871**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2023**

Nº de Recurso: **657/2023**

Nº de Resolución: **920/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ISOLINA PALOMA GUTIERREZ CAMPOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00920/2023

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

Correo electrónico:

NIG: 33044 44 4 2022 0000575

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000657 /2023

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000098 /2022

Sobre: INCAPACIDAD PERMANENTE

RECURRENTE/S D/ña Carlos Antonio

ABOGADO/A: ROBERTO LEIRAS MONTAÑES

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FREMAP MUTUA DE AT Y EP Nº 61, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , LEROY MERLIN ESPAÑA SLU

ABOGADO/A: LUIS BENITO SÁNCHEZ, LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL , LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL , PAULA SANCHEZ RABADAN

PROCURADOR: , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , ,

Sentencia nº 920/23

En OVIEDO, a veintisiete de junio de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos Sres. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. ISOLINA PALOMA GUTIERREZ



CAMPOS, D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ y D. JOSE LUIS NIÑO ROMERO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 657/2023, formalizado por el Abogado D. ROBERTO LEIRAS MONTAÑES, en nombre y representación de Carlos Antonio , contra la sentencia número 582/2022 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OVIEDO en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 98/2022, seguidos a instancia de Carlos Antonio frente a FREMAP MUTUA DE AT Y EP N° 61, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LEROY MERLIN ESPAÑA SLU, siendo Magistrado-Ponente **la Ilma Sra D^a ISOLINA PALOMA GUTIERREZ CAMPOS.**

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Carlos Antonio presentó demanda contra FREMAP MUTUA DE AT Y EP N° 61, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LEROY MERLIN ESPAÑA SLU, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 582/2022, de fecha veintidós de diciembre de dos mil veintidós.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Don Carlos Antonio , con DNI NUM000 , nacido el día NUM001 de 1969, figura afiliado al régimen general de la Seguridad Social con el n° NUM002 / , siendo su profesión habitual la de comercial de proyectos, prestando servicios para la entidad LEROY MERLIN ESPAÑA SLU. La citada entidad tiene concertada con FREMAP la cobertura de las contingencias profesionales.

El actor ha solicitado la excedencia voluntaria en la empresa el 11 de agosto de 2022.

Obra aportado descripción del puesto de trabajo como doc 3 de la empresa y profesiograma en el ramo de prueba de Fremap, que se dan por reproducidos.

SEGUNDO.- El actor sufrió un accidente de trabajo el día 14- 11-2019 siendo descrito en el parte de accidente de trabajo del siguiente modo: "Ayudando a un compañero a mover un sanitario, tropezó y con la inercia de su peso cayó al suelo apoyándose sobre la rodilla izda".

Inició proceso de It derivado de accidente de trabajo el 30- 12-2019 con dx de fractura de rótula izda, siendo alta el 16-12-2019, iniciando proceso el 30-12-2019 por recaída y siendo alta el 11-11-21.

El 12-1-22 inicia proceso de It con dx de fractura de rótula, que fue declarada derivada de AT por resolución del INSS de 10-2-22.

Posteriormente ha iniciado nuevo proceso de It el 8.4.22 bajo la cobertura de otra Mutua.

TERCERO.- A instancias del INSS se inició expediente administrativo de invalidez resolviéndose finalmente por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social con fecha 11-11-21, previo dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 9-11-21, que el solicitante no estaba afectado de incapacidad permanente alguna, por no alcanzar las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de una incapacidad permanente; estando disconforme con dicha resolución, formula frente a la entidad reclamación previa sin que conste expresamente resuelta. .

CUARTO.- El demandante padece: Fractura de polo inferior de rótula izquierda (AT) y rotura meniscal de rodilla I.

A la exploración el 4-11-21 presenta: Acude con vestimenta deportiva. Bronceado marcado corporal. Acude con un bastón inglés de apoyo .RI: globulosa. . BA 120°/0°. Cepillo +++++. M. meniscales negativas . No inestabilidad.

No atrofia cuadrípital .



En informe de HUCA de 1-3-22 de Traumatología se recoge en la exploración de rodilla izda : "cojea pero no usa bastón no hinchazón de la rodilla Portales de artroscopia OK No derrame sinovial Cepillo ++ Cepillo +++ al flexionar y extender pasivamente la rodilla Sensibilidad en los bordes int y ext de la rótula así como en el polo inferior Cuadriceps 4/5."

En informe de HUCA de 25-10-22 del mismo servicio se refleja: RM rotura del asta posterior del menisco interno el paciente prefiere cirugía porque refiere padecer una sintomatología intensa. Quiste poplíteo pequeño le explico las características del problema y del tipo de cirugía (CAR) ambulatoria.....pido estudio de RM "

En RM de Rodilla izda de 29-3-22 se refleja: " Dx cambios postquirúrgicos en el menisco interno sin signos de rotura. Condromalacia grado II en el cóndilo femoral interno Rótula baja con leve tendinosis del tendón rotuliano Prominencia ósea del polo superior de la rótula con fibrosis en el paquete adiposo suprapatelar y sinovitis. Fibrosis en la grasa de HOFFA y microesquirlas metálicas postquirúrgicas Quiste de Baker Encondroma femoral.....No se observan alteraciones en el menisco externo Ligamentos colaterales ligamentos cruzados y porción visible del tendón del cuádriceps El resto de los tendones visualizados son normales..."

QUINTO.- La base reguladora de la prestación de Incapacidad permanente total derivada de accidente laboral asciende a la cantidad de 1746,25 euros mensuales. Obra aportado Certificado de salarios que se da por reproducido.

La fecha de efectos se fija al 9-11-21."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Desestimando la demanda formulada por DON Carlos Antonio frente al INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, frente a la TGSS frente a FREMAP y frente a la entidad LEROY MERLIN ESPAÑA SLU debo absolver y absuelvo a las entidades demandadas de las pretensiones frente a ellas formuladas."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Carlos Antonio formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 12 de mayo de 2023.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 1 de junio de 2023 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Disconforme el actor con la sentencia de instancia que desestimó su demanda tendente a ser declarado afecto de incapacidad permanente en el grado de total, interpone recurso de suplicación con la doble finalidad de revisar la declaración fáctica y examinar el Derecho aplicado en la sentencia.

SEGUNDO: Por la vía del artículo 193 b) LJS, solicita la modificación del hecho probado tercero, relativo al cuadro clínico, con el fin de que quede redactado en los siguientes términos:

"El demandante padece: Fractura de polo inferior de rótula izquierda (AT) y rotura meniscal de rodilla I.

A la exploración el 4-11-21 presenta: Acude con vestimenta deportiva. Bronceado marcado corporal. Acude con un bastón inglés de apoyo ,RI: globulosa. BA 120°/0°. Cepillo +++++. M. meniscales negativas. No inestabilidad. No atrofia cuadrípital.

Conclusiones: EXP. actual con BA 120° / 0° con dolor referido al forzar extensión y cepillo positivo , refiriendo uso de bastón en desplazamientos largos. Ver tareas.

En informe de HUCA de 1-3-22 de Traumatología se recoge en la exploración de rodilla izda: "cojea pero no usa bastón no hinchazón de la rodilla Portales de artroscopia OK No derrame sinovia! Cepillo ++ Cepillo +++ al flexionar y extender pasivamente la rodilla Sensibilidad en los bordes int y ext de la rótula así como en el polo inferior Cuádriceps 4/5."

En informe de HUCA de 25-10-22 del mismo servicio se refleja: RM rotura del asta posterior del menisco interno el paciente prefiere cirugía porque refiere padecer una sintomatología intensa. Quiste poplíteo pequeño le explico las características del problema y del tipo de cirugía (CAR) ambulatoria.....pido estudio de RM "

En RM de Rodilla izda de 29-3-22 se refleja: "Dx cambios postquirúrgicos en el menisco interno sin signos de rotura. Condromalacia grado II en el cóndilo femoral interno Rótula baja con leve tendinosis del tendón rotuliano Prominencia ósea del polo superior de la rótula con fibrosis en el paquete adiposo suprapatelar y sinovitis. Fibrosis en la grasa de HOFFA y microesquirlas metálicas postquirúrgicas Quiste de Baker Encondroma



femoral..... No se observan alteraciones en el menisco externo Ligamentos colaterales ligamentos cruzados y porción visible del tendón del cuádriceps El resto de los tendones visualizados son normales...

En RM rodilla izquierda de 9-8-22: Entesopatía del tendón del cuádriceps. Bursitis suprapatelar. Patella baja. Tendón rotuliano y grasa de Hoffa normales. Rotura en cuerno posterior de menisco interno. Menisco externo normal. Ligamentos cruzados normales. Pequeño encondroma en metáfisis de fémur. Quiste poplíteo".

Apoya dicha revisión:

-Informe Médico de síntesis de 4 de noviembre de 2021.

-Informe de Resonancia Magnética del Hospital Universitario Central de Asturias de 9 de agosto de 2022.

TERCERO: Reitera la Sala a propósito de esta revisión, que son reglas básicas de la doctrina de suplicación sobre la forma de realizar la revisión fáctica, de un lado, que la revisión de hechos no faculta al Tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba alegada que demuestre patentemente el error de hecho, y de otro, que no es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada. La aplicación de las mismas al supuesto enjuiciado determina el fracaso del motivo invocado, pues los informes médicos que amparan la revisión solicitada no demuestran la equivocación de la Juzgadora de instancia. En cuanto al primero de ellos, el Informe Médico de Síntesis del que extrae el cuadro clínico omitiendo las conclusiones, esta omisión no puede ser suplida por esta Sala. La Juzgadora no hace suyas tales conclusiones y ello no cabe calificarlo como un error en la valoración de la prueba sino simplemente el uso de la facultad que tiene para valorar la prueba de forma discrecional. Respecto al segundo documento, la RMN de 9 de agosto de 2022, esta ofrece datos objetivos de la lesión que presenta la rodilla sin aportar datos relevantes respecto de la realizada en el mes de marzo del mismo año y sin que se haga referencia "a esa la falta de certeza o indeterminación de la posible resolución quirúrgica de la lesión" a la que alude el recurrente.

CUARTO: Por el cauce procedimental del artículo 193 c) LJS, denuncia la infracción de los artículos 193.1 194.1 letra b) y 196.2 LGSS, en relación con los artículos 45.1, 80.2 letra a) y 156.2 letra e) del Real Decreto Legislativo 8/2015; aduciendo que la sentencia de instancia no es ajustada a Derecho, por entender que las lesiones que presenta le impiden realizar las funciones esenciales de su profesión de comercial de proyectos. El actor presenta un cuadro de limitación de la movilidad de la rodilla izquierda tras tres intervenciones quirúrgicas, habiendo permanecido en largos periodos de incapacidad temporal (del 14-11-2019 a 16-12-2019; del 30-12-2019 por recaída al 11-11-21; nuevamente, desde el 12-1-22 y posteriormente, desde el 8-4-22), por lo que deben entenderse agotadas las posibilidades terapéuticas, no habiendo, siquiera, cuestionado la Entidad Gestora el carácter crónico o definitivo de las dolencias.

Señala, asimismo, que el Servicio de prevención ajeno de la empresa ha procedido a declararle "APTO CON LIMITACIONES" tras comprobar que las limitaciones que presenta "su puesto no requerirá adoptar postura de rodillas o en cuclillas o utilizar escalera de mano para subir a altura"-Informe de aptitud laboral de "Quirón Prevención" de 8 de junio de 2022.

QUINTO: Se ha señalado por los Tribunales de forma reiterada que la incapacidad permanente es aquella situación en la que se encuentra un trabajador que padece una alteración de su salud grave, y presenta reducciones anatómicas o funcionales objetivamente determinadas y presumiblemente definitivas que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

A los afectos de la declaración de la incapacidad permanente total debe entenderse conforme reiterada doctrina judicial que ha de 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 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 imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad y conserve una aptitud residual que "tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concretar relación de trabajo futuro".

E). Debe entenderse por profesión habitual no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en la movilidad funcional.

La incapacidad permanente total para la profesión habitual, se caracteriza por un doble elemento: primero, por su carácter profesional lo que implica que, para su calificación jurídica, habrá de valorarse más que la índole y naturaleza de los padecimientos que presenta el trabajador, la limitación que ellos generen en cuanto impedimentos reales, esto es, susceptibles de determinación objetiva y suficiente para dejar imposibilitado a quien los padece, de iniciar y consumir las tareas propias de su oficio, por cuanto son esas limitaciones funcionales las que determinan la efectiva reducción de la capacidad de ganancia; y segundo, por su carácter de permanencia que implica la necesidad de estabilización de su estado residual en el sentido que las patologías o secuelas tengan un carácter previsiblemente definitivo dado que la posibilidad de recuperación clínica se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

SEXTO: En el supuesto aquí enjuiciado, el relato fáctico de instancia, confeccionado con base en el Informe Médico de Síntesis, recoge como diagnóstico: "Fractura de polo inferior de rótula izquierda (AT) y rotura meniscal de rodilla I".

En informe de HUCA de 25-10-22 del Servicio de Traumatología se refleja: "RM rotura del asta posterior del menisco interno el paciente prefiere cirugía porque refiere padecer una sintomatología intensa. Quiste poplíteo pequeño le explico las características del problema y del tipo de cirugía (CAR) ambulatoria.....pido estudio de RM".

De acuerdo con este informe y no obstante los tratamientos quirúrgicos y bajas médicas previas, ha de mostrar la Sala conformidad con la conclusión de la Juzgadora de instancia pues las secuelas han de ser irreversibles o de naturaleza definitiva, de suerte que la posibilidad razonable y objetiva de mejoría o recuperación, a través del adecuado tratamiento médico, quirúrgico, rehabilitador o analítico, configura motivo suficiente para que no pueda ser reconocida ninguna incapacidad permanente en su modalidad contributiva, con arreglo a los conceptos, definiciones y clasificaciones reguladas específicamente en los artículos 193 y 194 LGSS. Conforme a lo anterior no procede aún efectuar la declaración que se pretende. A mayor abundamiento, y aun prescindiendo de este argumento no es el cuadro clínico declarado probado determinante de la declaración de la incapacidad permanente total para la profesión habitual de comercial de proyectos, pues, "el Servicio de prevención ajeno de la empresa ha procedido a declararle "APTO CON LIMITACIONES" tras comprobar que las limitaciones que presenta "su puesto no requerirá adoptar postura de rodillas o en cuclillas o utilizar escalera de mano para subir a altura".

Lo expuesto, conduce a la desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

SEPTIMO: La Mutua codemandada en su escrito de impugnación muestra disconformidad con la base reguladora establecida en la sentencia tal como manifestó en trámite de diligencias finales y en la impugnación del certificado patronal de salarios aportado por la empresa.

Al amparo del artículo 197 LJS, entiende infringida en la sentencia de instancia las previsiones del artículo 60 del RD de 22 de junio de 1956, del Reglamento de Accidentes de Trabajo.

Tal causa de oposición no puede ser estimada pues el artículo 197.1 LJS dispone:

"Interpuesto el recurso en tiempo y forma, el secretario judicial proveerá en el plazo de dos días dando traslado del mismo para su impugnación, a la parte o partes recurridas por un plazo común de cinco días para todas ellas. En los escritos de impugnación, que se presentarán acompañados de tantas copias como sean las demás partes para su traslado a las mismas, podrán alegarse motivos de inadmisibilidad del recurso, así como eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia, con análogos requisitos a los indicados en el artículo anterior"

En relación con tales requisitos el artículo 196 párrafos 1 y 2 establece:

"2. En el escrito de interposición del recurso, junto con las alegaciones sobre su procedencia y sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos, se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o



los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas. En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos.

3. También habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca e indicando la formulación alternativa que se pretende".

Resuelta imposible estimar la petición de la Mutua y fijar la cuantía de la base reguladora en 19.584,96 euros anuales pues no se identifica correctamente el documento en que apoya su pretensión y, asimismo, no se ha instado la modificación del ordinal quinto de los hechos declarados probados en el que se cuantifica esta en 1.746,25 euros mensuales.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Carlos Antonio contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Oviedo, dictada en los autos nº 98/2022, seguidos a su instancia contra FREMAP MUTUA DE AT Y EP Nº 61, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la empresa LEROY MERLIN ESPAÑA SLU, sobre INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €)**, estando exento el recurrente que: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguidos de otros 6: los cuatro primeros conforman el nº de rollo - empezando por ceros si es preciso-, y después otros 2, que corresponden a las dos últimas cifras del año del rollo. Es obligado indicar en el campo concepto: **"37 Social Casación Ley 36-2011"**.

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho, y rellenar al campo concepto aludido.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, cuando obedezcan a otros recursos de la misma o distinta clase, debe contar -en el campo de observaciones- la fecha de la resolución recurrida el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **notificación** y registro de la Sentencia.

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