



Roj: **STSJ MU 1037/2017 - ECLI: ES:TSJMU:2017:1037**

Id Cendoj: **30030340012017100556**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2017**

Nº de Recurso: **274/2017**

Nº de Resolución: **610/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **RUBEN ANTONIO JIMENEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA : 00610/2017

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Pº GARAY, 5 - 2ª PLANTA - 30005 - MURCIA

Tfno: 968 22 92 16

Fax: 968 22 92 13

NIG: 30016 44 4 2014 0201459

Equipo/usuario: JLG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000274 /2017

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000465 /2014

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE: O.P. AGROMARK, S.L.

ABOGADO: ALFONSO MERCADER PARRA

RECURRIDOS: Darío , FOGASA

ABOGADO: JOSE ANTONIO IZQUIERDO MARTINEZ, LETRADO DE FOGASA

En MURCIA, a siete de junio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española , en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por ORGANIZACIÓN DE PRODUCTORES AGROMARK, S.L., contra la sentencia número 369/2016 del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena, de fecha 31 de octubre , dictada en proceso número 465/2014, sobre DESPIDO, y entablado por D. Darío frente a ORGANIZACIÓN DE PRODUCTORES AGROMARK, S.L. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

1º.- El trabajador demandante, ha prestado servicios para la empresa demandada, con antigüedad desde 23-01-2008, con categoría profesional de Peón Carretillero -Fijo- discontinuo- (860 días), 769 días antes de 12 de febrero de 2012 y 91 días después de esta fecha y salario diario de 85,04 euros.

2º.- Es de aplicación a la actividad de la empresa el Convenio Colectivo de Empresas Cosecheras y Productoras de Fruta, Uva de Mesa y otros Productos.

3º.- El demandante fue despedido por la empresa mediante carta de despido de 12 de mayo de 2014 y con esos efectos, debido "a ineptitud sobrevenida", y a tenor del art. 52 a) en relación con el art. 53 del ET , y que aportada en autos se da por reproducida en aras a la brevedad. Se abona indemnización al trabajador en importe de 3.099,41 euros y la correspondiente por falta de preaviso.

4º.- El trabajador el 28 de abril de 2014 fue sometido a reconocimiento médico por los Servicios Médicos del Servicio de Prevención de Ibermutuamur, entidad con la que la empresa tiene concertada la vigilancia de la salud, después de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social -INSS- le revocara la incapacidad permanente total reconocida el 29 de enero de 2013 y según el informe emitido en la misma fecha de 28 de abril de 2014 el trabajador fue declarado "no apto" para el trabajo que venía desarrollando en la empresa de Carretillero.

5º.- El trabajador demandante, nacido el NUM000 de 1981, y que había estado en baja médica por accidente laboral desde 21 de marzo de 2011 hasta 16 de septiembre de 2012, y a cargo de Ibermutuamur, fue declarado en situación de incapacidad permanente total -IPT- por resolución del INSS sobre el siguiente cuadro clínico: Artritis postraumática con afectación de t. flexor 1º. Alteración sensitiva. No realiza oposición del pulgar. Y las limitaciones funcionales y orgánicas siguientes: Severa limitación funcional de primer dedo de mano derecha dominante. Afectación de falanges (MTCF e IFD).

6º.- Iniciada revisión de oficio, fue sometido a reconocimiento médico, y el Equipo de Evaluación de Incapacidades -EVI- elevó propuesta de inexistencia de incapacidad permanente (mejoría), lo que reiteró tras reclamación previa.

7º.- La Entidad Gestora -INSS- en la resolución correspondiente, se pronunció en el sentido de revisar el grado correspondiente por mejoría y dejando sin efecto la situación de Invalidez Permanente en grado de Total a partir de 1 de abril de 2014.

8º.- El actor impugnó dicha resolución y se dictó sentencia desestimatoria por este Juzgado de fecha 10 de marzo de 2015, confirmada por sentencia de 9 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia -TSJ- de la Región de Murcia -Sala de lo Social-, sobre el siguiente cuadro clínico: Artritis traumática de interfalángica de primer dedo mano derecha. Exploración: dinámica pasiva normal y completa.

9º.- En dichas resoluciones judiciales se da por probado que la actividad del puesto de trabajo desarrollado por el demandante se caracteriza por exigencias físicas leves de las extremidades superiores. Realiza las funciones de manejo de carretilla elevadora eléctrica y maneja el volante sin ninguna dificultad (Informe de Ibermutuamur de 12 de septiembre de 2012).

10º.- De los citados procedimientos judiciales fueron parte tanto la Mutua Ibermutuamur como la misma empresa y se opusieron a la demanda e Ibermutuamur incluso impugnó el recurso de suplicación.

11º.- Por otra parte el trabajador solicitó incorporarse a trabajar el 16 de abril de 2014 y con el resultado conocido, reconocimiento médico y despido.

12º.- La parte actora no ha ostentado cargo de representación unitaria o sindical en la empresa.

13º.- Presentada papeleta de conciliación ante el organismo administrativo oportuno, se celebró el acto el 25 de junio de 2014 con el resultado de Sin Avenencia.

SEGUNDO .- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Que estimando la demanda formulada por Darío frente a la Empresa ORGANIZACIÓN DE PRODUCTORES AGROMARK S.L., y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL -FOGASA-, debo declarar y declaro improcedente el despido de la parte actora y debo condenar y condeno a la parte empresarial demandada, a que en el plazo de 5 días desde la notificación de esta resolución y ante este Juzgado, proceda a optar entre readmitir al trabajador a su puesto de trabajo y en las mismas condiciones de trabajo anteriores al despido o el abono al mismo de la indemnización de 9.226,84 euros (a lo



que hay que descontar lo ya percibido: 3.999,41 euros), lo que supondría la extinción del contrato a fecha de efectos del despido -12-05-2015-, y de no producirse la opción en el plazo reglamentario y de forma adecuada, se entenderá que procede la readmisión y el abono a la misma parte de los salarios de trámite dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido -12 de mayo de 2015- a fecha de notificación de esta resolución y a razón de salario diario de 85,04 euros y ello solo para el caso de la readmisión y sin descuento alguno de la indemnización por falta de preaviso percibida que consolida el trabajador por la modalidad extintiva de que se trata. Debiendo igualmente durante todo el periodo de devengo de salarios de trámite, en su caso, la empresa condenada mantener de alta y cotización en la Seguridad Social al trabajador y a todo ello deberá estar y por ello pasar la referida empresa y respecto a Fogasa en su caso corresponderá responsabilidad ex lege".

TERCERO .- De la interposición del recurso y su impugnación.

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por el Letrado D. Alfonso Mercader Parra, en representación de la parte demandada Organización de Productores Agromark, S.L.

CUARTO .- De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por el Letrado D. José Antonio Izquierdo Martínez en representación de la parte demandante.

QUINTO .- Admisión del recurso y señalamiento de la votación y fallo.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 5 de junio de 2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO .- La sentencia de fecha 31 de Octubre del 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cartagena en el proceso 465/2014, estimó la demanda formulada por Darío frente a la empresa Organización de Productores Agromark, S.L. y Fondo de Garantía Salarial -FOGASA-, en virtud de la cual impugnaba despido de fecha 12/5/2015 por causa objetiva (ineptitud sobrevenida) y declaró la improcedencia del despido de la parte actora y condenó a la parte empresarial demandada, a que en el plazo de 5 días desde la notificación de esta resolución y ante este Juzgado proceda a optar entre readmitir al trabajador a su puesto de trabajo y en las mismas condiciones de trabajo anteriores al despido o el abono al mismo de la indemnización de 9.226,84 euros (a lo que hay que descontar lo ya percibido: 3.999,41 euros), lo que supondría la extinción del contrato a fecha de efectos del despido -12-05-2015-, y de no producirse la opción en el plazo reglamentario y de forma adecuada, se entenderá que procede la readmisión y el abono a la misma parte de los salarios de trámite dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido -12 de mayo de 2015- a fecha de notificación de esta resolución y a razón de salario diario de 85,04 euros y ello solo para el caso de la readmisión y sin descuento alguno de la indemnización por falta de preaviso percibida que consolida el trabajador por la modalidad extintiva de que se trata. Debiendo igualmente durante todo el periodo de devengo de salarios de trámite, en su caso, la empresa condenada mantener de alta y cotización en la Seguridad Social al trabajador y a todo ello deberá estar y por ello pasar la referida empresa y respecto a Fogasa en su caso corresponderá responsabilidad ex lege".

Disconforme con la sentencia, la empresa demandada interpone contra la misma recurso de suplicación, solicitando, tanto la revisión de los hechos declarados probados, como la revocación de la sentencia, para que se dicte otra desestimatoria de la demanda que declare la procedencia del despido objetivo, denunciando la infracción del artículo 54.2ª) del ET .

El trabajador demandante se opone al recurso, habiéndolo impugnado.

FUNDAMENTO SEGUNDO .- Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS se solicita la revisión de los hechos declarados probados que tiene por objeto la adición de dos apartados con los numerales Cuarto bis y Octavo bis.

Se solicita la adición de un apartado Cuarto Bis del siguiente tenor: "Cuarto bis: En el informe emitido por la Sociedad de Prevención de Ibermutuamur, se refiere que el trabajador percibe su salud como deficiente, manifiesta sufrir pérdida de fuerza y parestesias en primer dedo de la mano derecha y seguir tratamiento antihipertensivo, hipoglucemiante e hipolipemiante. Se considera al trabajador como especialmente sensible a los riesgos de su puesto de trabajo por su estado biológico, alcanzando en el juicio clínico como conclusión la de alteraciones en análisis de sangre, que requieren un control directo por su médico, y calificando al actor como no apto para su puesto". La ampliación se fundamenta en el informe emitido por facultativo de la Sociedad de Prevención de Ibermutuamur (folios 225 y ss) por lo que debe prosperar.



Se solicita la inclusión de un nuevo apartado, con el numeral Octavo bis, del siguiente tenor: "Octavo bis: El actor, en su demanda frente a la Resolución del INSS que dejaba sin efecto la situación de Incapacidad permanente en grado de Total a partir de 1/04/2014, manifestaba expresamente que "la pérdida de función de pinza con el dedo pulgar implica que no pueda coger objetos, así como la reducción de fuerza en la misma impide que el trabajador pueda desarrollar la actividad principal de su trabajo que es el manejo de carretillas mecánicas...". La ampliación se fundamenta en la demanda de referencia, por lo que debe prosperar, aunque carezca de trascendencia para alterar el sentido de la sentencia.

FUNDAMENTO TERCERO .- La sentencia recurrida ha estimado la demanda y declarado la improcedencia del despido del actor porque el servicio de prevención de riesgos laborales no justifica adecuadamente las causas por las que declara la falta de aptitud del trabajador para desempeñar su puesto de trabajo, cuando previamente existe una resolución del INSS, confirmada por la jurisdicción laboral que declara que el trabajador no se encuentra en situación de invalidez permanente total.

Los hechos declarados probados dejan constancia de que, con ocasión de la revisión del grado de incapacidad anteriormente reconocido, se constató que el trabajador presentaba "artritis traumática de las interfalángicas del primer dedo de la mano derecha y que, a la exploración, la dinámica pasiva era normal y completa", así como que en las resoluciones judiciales recaídas como consecuencia de la impugnación de la resolución recaída en el expediente administrativo para la revisión de la incapacidad, se deja constancia de que el trabajador "realiza las funciones de manejo de la carretilla elevadora eléctrica y maneja el volante sin ninguna dificultad"; todo ello fue determinante de la revisión del grado de incapacidad y de la declaración de que al actor no se encontraba afecto de incapacidad permanente alguna.

Ante la revisión del grado de incapacidad, el trabajador solicitó su reincorporación al trabajo y, ante tal solicitud, se pidió por la empresa que el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales informara acerca de su aptitud para desempeñar su puesto de trabajo, con el resultado de declaración de no apto. No consta en el expediente que la empresa intentara la recolocación del trabajador en otro puesto compatible con sus limitaciones y ciertamente el informe del Servicio de Prevención de Riesgos es claramente insuficiente, pues del mismo no consta que se llevara a cabo ninguna exploración ni la práctica de pruebas de diagnóstico; no se deja constancia en el mismo de la existencia de limitaciones funcionales en el primer dedo de la mano derecha, sino que de su contenido se pone de manifiesto que la ineptitud que se declara se fundamenta en las propias manifestaciones del trabajador que dice sufrir pérdida de fuerza y parestesias en primer dedo de la mano derecha, así como seguir tratamiento antihipertensivo, hipoglucemiante e hipolipemiante; el Servicio de Prevención alcanza su conclusión de ineptitud, porque las alteraciones del análisis de sangre requieren un control directo por su médico, lo que determina que el desempeño de su puesto de trabajo comporta riesgos por su estado biológico. Los argumentos del informe de prevención son netamente insuficientes, pues la ineptitud no se fundamenta en limitación funcional de la mano derecha, sino en el seguimiento de tratamiento para la hipertensión, hiperglucemia e hiperlipidemia, sin argumento alguno por el que se pueda concluir su incompatibilidad con el trabajo. Es por ello que, esta Sala, coincidiendo con el criterio de la sentencia recurrida, estima que no está acreditado un impedimento sobrevenido para llevar a cabo su trabajo y, en consecuencia que no procede la extinción acordada al amparo de lo que dispone el artículo 52 del ET .

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y condenar a la empresa autora del mismo a pagar las costas, con aplicación del artículo 235 de la LRJS .

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de octubre del 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cartagena en el proceso 465/2014, revocarla y, en su lugar, desestimar la demanda formulada por Darío frente a la empresa ORGANIZACIÓN DE PRODUCTORES AGROMARK S.L. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL - FOGASA-; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales del recurso, de conformidad con el artículo 235 de la LRJS , fijándose en 300 euros el importe de los honorarios del Letrado de la parte contraria.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES



Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco de Santander, cuenta número: ES553104000066027417, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese 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 y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco de Santander, cuenta corriente número ES553104000066027417, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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