



LABORAL, y entablado por D. Nemesio frente a FREMAP, DIRECCION000 , C.B., D. Ovidio , D^a Luz , INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, 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:

PRIMERO. El demandante, D. Nemesio , con N.I.E. NUM000 y nacido el día NUM001 de 1966, se encuentra afiliado a la Seguridad Social con el nº NUM002 y ha sido alta en el Régimen General por la realización de las tareas propias de su profesión habitual de "peón agrícola", la cual ha venido desempeñando desde el día 12 de mayo de 2014 por cuenta y orden de la empresa " DIRECCION000 , C.B.", teniendo esta última entidad cubiertos los riesgos derivados de contingencias profesionales con la Mutua demandada, "Fremap, Mutual, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61".-

SEGUNDO. El demandante sufrió accidente de trabajo en fecha 26 de mayo de 2014 cuando prestaba sus servicios por cuenta y orden de la empresa codemandada " DIRECCION000 , C.B." consistiendo el accidente, según consta en el parte de accidente de trabajo, en que estando el trabajador recolectando albaricoques perdió el equilibrio cayendo al suelo desde un banco.-

TERCERO. A consecuencia del Accidente de Trabajo a que se refiere el ordinal precedente el demandante fue dado de baja por los servicios médicos de la mutua demandada, con el diagnóstico de "lumbalgia", permaneciendo en esta situación hasta que en fecha 25 de septiembre de 2014 fue dado de alta por los referidos servicios médicos, haciéndose constar en el parte de alta que la causa de esta era "mejoría que le permitía realizar su trabajo habitual".-

CUARTO. En fecha 28 de enero de 2015 la mutua demandada emite Informe- Propuesta Clínico- Laboral recogiendo en el apartado "Propuesta Provisional-Juicio Clínico Laboral" textualmente lo siguiente: "Paciente de 47 años agrícola que sufrió un accidente laboral (contusión de columna y cadera derecha), siendo diagnosticado mediante RMN de gran hernia discal migrada en L4-L5 y una E.M.G. de fecha 17 de junio de 2014 con cambios neurógenos crónicos en miotomas L4, L5 y S1 derechos de intensidad severos y sin signos de denervación actual. El paciente no acepta el tratamiento quirúrgico de dicha hernia por ahora: Por todo esto consideramos, por una parte que la patología de la columna es una patología crónica degenerativa anterior al accidente laboral y que no se ha visto agravada por el mismo (ya que presenta una gran hernia extruida y la contusión fue leve, y en la E.M.G. realizada al mes del accidente presenta una radiculopatía crónica sin reagudización, por lo que esto significa que esa radiculopatía es antigua), por otro que las posibilidades de tratamiento están agotadas por parte de la Mutua ya que el paciente no acepta el tratamiento quirúrgico, y además, después de valorar la exploración clínica realizada consideramos que no presenta limitaciones significativas.-

SEXTO. Iniciado expediente de determinación de contingencia respecto del proceso de IT iniciado por el actor en fecha 26 de mayo de 2014, mediante Resolución dictada por la Entidad Gestora en fecha 13 de octubre de 2015 se determinó que la referida situación de IT derivaba de Enfermedad Común.-

SEPTIMO. Mediante Sentencia dictada por el Juzgado de Lo Social nº 2 de esta Capital en fecha 30 de junio de 2016 en los Autos nº 42/2016 se estimaba la demanda interpuesta por el actor revocándose la Resolución dictada por el INSS en fecha 13 de octubre de 2015, declarando que la IT iniciada por el actor era derivada de Accidente de Trabajo y determinando la responsabilidad de "Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61" respecto del pago de la correspondiente prestación derivada de dicho proceso de IT.-

La meritada Resolución no es firme.-

OCTAVO. El demandante dedujo solicitud de Incapacidad Permanente en fecha 10 de diciembre de 2014.-

NOVENO. El INSS mediante Resolución dictada en fecha 31 de marzo de 2015 declaró la inexistencia de Incapacidad Permanente en ninguno de sus grados.-

El informe médico de síntesis es de fecha 25 de marzo de 2015; y el dictamen-propuesta del EVI es de fecha 26 de marzo de 2015.-



DECIMO. El trabajador demandante disconforme con la Resolución a que se refiere el ordinal precedente interpuso Reclamación Previa, que fue desestimada por nueva Resolución dictada por la Entidad Gestora en fecha 26 de mayo de 2015.-

UNDECIMO. Como derivadas del accidente de trabajo sufrido en fecha 26 de mayo de 2014, el trabajador demandante presenta las dolencias y secuelas siguientes: hernia discal extruida L4-L5, protusión discal L3-L4, radiculopatía severa en las raíces L4, L5 y S1 derechas, lumbociatalgia derecha. Limitado para esfuerzos físicos de gran intensidad en columna lumbar.-

DUODECIMO. Tanto la base reguladora diaria correspondiente a la prestación por Incapacidad Permanente Total que, con carácter principal, la parte actora insta en su escrito rector de demanda, como la base reguladora diaria correspondiente a la prestación por Incapacidad Permanente Parcial que el demandante reclama con carácter subsidiario ascendería a 32,50 euros.

SEGUNDO .- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Que estimo la demanda interpuesta por D. Nemesio contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra "Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61" y contra las empresas " DIRECCION000 , C.B.", " Ovidio " y " Luz ", y en consecuencia, declaro que el demandante se encuentra en situación de INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL PARA LA PROFESIÓN HABITUAL, derivada del accidente de trabajo sufrido en fecha 26 de mayo de 2014.

En consecuencia, condeno a la Mutua demandada, como subrogada en las obligaciones de la empresa demandada, a que abone al demandante, la prestación derivada del reconocimiento de dicha situación equivalente al 55% sobre una base reguladora diaria de 32,50 euros, y con fecha de efectos económicos a 26 de marzo de 2015.-

Los anteriores pronunciamientos se extenderán al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en los términos legalmente previstos".

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

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por la Letrada D^a María Teresa Cobacho Illán, en representación de la parte demandada Fremap.

CUARTO .- De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por el Letrado D. Fermín Gallego Moya, 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 3 de junio de 2019 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 .- El Juzgado de lo Social nº 6 de Murcia dictó sentencia con fecha 26 de mayo de 2017, en proceso, nº 491/2015 , sobre incapacidad permanente y determinación de contingencia, por la que se estimó la demanda formulada por D. Nemesio contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61" y las empresas " DIRECCION000 , C.B.", " Ovidio " y " Luz ", y en consecuencia, declaró que el demandante se encuentra en situación de INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL PARA LA PROFESIÓN HABITUAL, derivada del accidente de trabajo sufrido en fecha 26 de mayo de 2014, con abono por la Mutua de la correspondiente prestación sobre una base reguladora diaria de 32,50 euros, y con fecha de efectos económicos a 26 de marzo de 2015.

Frente a dicho pronunciamiento se interpone recurso de suplicación por la parte Mutua demandada; basado, en primer lugar, en la revisión de hechos probados, al amparo del artículo 193, b) de la Ley de la Jurisdicción Social; y, en segundo lugar, en el examen del derecho aplicado, de conformidad con el artículo 193, c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

La parte actora se opone al recurso, habiéndolo impugnado.

FUNDAMENTO SEGUNDO .- En cuanto al primer motivo de recurso se interesa la revisión del hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, referido al informe propuesta clínico- laboral emitido por la Mutua en 28 de



enero de 2015, para que se adicione "Exploración clínica: Marcha normal. Se acuesta y se levanta de la camilla sin limitaciones. Lasegue negativo (refiere dolor en pierna derecha con la flexión de la misma). ROTS en MMII normales y simétricos", a cuyo efecto se alega el referido informe al folio 62 vuelto de los autos; adición que no puede aceptarse ya que, si bien el referido informe incorpora la mencionada exploración, nos encontramos con otros informes médicos que reflejan las secuelas que padece la actora y que derivan del accidente de trabajo sufrido, por lo que, en tales condiciones, no es posible sustituir el imparcial criterio alcanzado por la Magistrada de instancia, previa valoración conjunta del material probatorio aportado a los autos, conforme a las facultades otorgadas por el artículo 97.2 de la LRJS, por el más subjetivo de parte en legítima defensa de sus intereses, salvo que los informes médicos citados tenga mayor rigor o cualificación científicos, lo que no sucede en el caso de autos, lo que no sucede en este caso, y es que frente a la mencionada exploración nos encontramos con otros informes médicos (folios 224, 225, 233, 243 y 247) que ponen de manifiesto la presencia de radiculopatías de grado moderado severo que podrían estar inactivas en el momento de la exploración, pero que podrían activarse con la realización de esfuerzos físicos, sobrecargas o posturas forzadas de raquis lumbar.

Asimismo, se pretende la adición de un hecho probado quinto para que se diga que "La actora rechazó la operación quirúrgica propuesta por la Mutua y el SMS", a cuyo efecto se alegan los informes de los folios 65 vuelto, 66 y 72 vuelto de los autos; adición que se estima innecesaria ya que tal cuestión la tiene en cuenta la Juzgadora de instancia en el penúltimo párrafo del Fundamento de Derecho Quinto, y ello se estima innecesario para dictar la correspondiente resolución, pues no afectaría al fallo que se pudiese dictar.

También se solicita la adición al hecho probado noveno de la exploración efectuada por el médico evaluador en el informe médico de síntesis de 25 de marzo de 2015, con base en dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (folio 66 vuelto) e informe médico de síntesis (folios 67 y 67 vuelto); adición que se considera innecesaria ya que la Juzgadora de instancia ha llegado a la misma conclusión que la mencionada exploración y es que el actor está limitado para la realización de esfuerzos físicos de gran intensidad sobre columna lumbar, y, asimismo, el hallazgo casual de hernia tras contusión lumbar en accidente laboral lo que viene a poner de manifiesto es que la hernia que presentaba el actor, y que se encontraba inactiva, se ha activado a causa del accidente y presenta una sintomatología que le limita la actividad laboral en los términos expresados.

Igualmente se interesa la modificación del hecho probado undécimo, referido a las dolencias y limitaciones derivadas del accidente de trabajo sufrido por el actor, para que se diga que "Como derivado de accidente de trabajo el actor sufrió contusión lumbar y cadera derecha de las que se encuentra recuperado. De origen común a la fecha del accidente el actor presenta las dolencias y secuelas siguientes: hernia discal L4-L5 y protusión discal L3-L4 con lesión radicular L4-L5 y S1 derecha. RMN lumbosacra (12-06-2014): Gran hernia discal migrada en L4-L5- EMG (17-06-2014): Cambios neurógenos crónicos con miotoma L4,L5 y S1 derechos, de intensidad severa y sin signos de reactivación actual", a cuyo efecto se alegan los documentos de los folios 67 vuelto y 70 vuelto y 71 vuelto, lo que asimismo se ha de rechazar ya que no solamente no se evidencia error en la valoración de dichos medios probatorios por parte de la Juzgadora de instancia, sino que la valoración del conjunto del material probatorio aportado a los autos está suficientemente justificada y argumentada en la resolución recurrida.

Finalmente, se pretende la modificación del hecho probado duodécimo para que se diga que el importe de la base reguladora diaria no es 32,50 euros, como refiere la Magistrada de instancia, sino 24,49 euros, a cuyo efecto se alega el documento del folio 149 de los autos (certificado de salarios por contingencias profesionales emitido por FREMAP), lo que no puede ser aceptado ya que se basa en las cantidades ingresadas por el empresario y no en la base de cotización realmente expresada por el certificado de empresa correspondiente al mes de mayo y en la retribución mínima por jornada real de peón agrícola según convenio, como se efectúa por la Magistrada de instancia; lo que implica que no existe error de valoración.

Por todo ello, debe desestimarse este primer motivo de recurso.

FUNDAMENTO TERCERO .- Como segundo motivo de recurso, en primer lugar, se alega la infracción de la Ley 28/2011, del Decreto 1646/1972 y del Criterio Orientativo del INSS 4/2012 donde a falta de desarrollo reglamentario de la Ley 28/2011 se establecen unos criterios orientadores, y en particular en el apartado seis se establece la forma de cálculo de la base reguladora cuando se realiza la cotización por jornadas reales, ya que deberá aplicarse a la base de cálculo el coeficiente reductor de partes proporcionales de domingos, festivos no recuperables, gratificaciones y vacaciones; denuncia normativa que no puede prosperar ya que el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social. (BOE 22/1996, de 25 de enero de 1996), dispone en su artículo 41.2 que "La base de cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales estará constituida por las remuneraciones que los trabajadores efectivamente perciban o tengan derecho a



percibir por el trabajo que realicen por cuenta ajena, computadas de acuerdo con las normas establecidas para el Régimen general de la Seguridad Social, en los arts. 23 y 24", y el artículo 85 de la Ordenanza General del Trabajo en el Campo, Orden Ministerial de 1 de julio de 1975, que señala que el salario mínimo interprofesional de los trabajadores eventuales y temporeros deberá incluir la parte proporcional de los domingos, festivos no recuperables, gratificaciones y vacaciones, sin perjuicio de los pactos que puedan establecerse sobre fijación de plus con estos trabajos temporeros o eventuales; por lo tanto, la base de cotización por contingencia de accidente de trabajo estará constituida por las remuneraciones que percibía el trabajador o tenga derecho a percibir y, en este caso, el salario mínimo diario de un peón agrícola según el convenio colectivo aplicable es de 43,46 euros, incluidas Las partes proporcionales de domingos, festivos, vacaciones y gratificaciones extraordinarias de navidad y verano, así como beneficios, por lo que ello se ha de multiplicar por el número de jornadas reales al año, que es de 273, y su resultado, tras dividirlo entre 365 días, arroja una base reguladora diaria de 32,50 euros como refiere la Juzgadora de instancia.

En segundo lugar, se alega la vulneración del artículo 157 de la Ley General de la Seguridad Social, al entender que las patologías que presenta el trabajador demandante derivan de enfermedad común, lo que no puede ser aceptado, ya que los hechos probados dejan plena y total constancia de que en la fecha del accidente de trabajo sufrido aquél presentaba una patología lumbar pues, tras la contusión lumbar y de cadera que fue determinante del accidente de trabajo, se detectó una hernia discal que, si bien tal hallazgo fue causal al no haberse diagnosticado previamente, permanecía inactiva, pero que la contusión derivada de la caída puso de relieve y generó una agravación hasta el punto de que se diagnosticó una gran hernia discal emigrada L4-L5 y finalmente en EMG se observó una radiculopatía severa en L4, L5 y S1 derechas de grado moderado-severo o severo, y que en la actualidad, según informe del médico evaluador y del dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades le limitan para la realización de esfuerzos de gran intensidad sobre columna lumbar; lo que implica que, si bien el actor ha venido trabajando con la patología lumbar expresada, la misma permanecía inactiva y no le impedía su trabajo como peón agrícola, la referida caída le ha provocado una agravación de aquellas hasta el punto de generarle la expresada limitación funcional; no cabe duda de que las exploraciones médicas efectuadas no muestran limitación funcional relevante, pero ello no se compagina bien con que a renglón seguida se indique aquella limitación, y es que mientras no se realizan esfuerzos significativos no se muestra actividad en la hernia, pero al efectuarse esfuerzo reaparece la limitación funcional; porque nos encontramos ante la presencia de una patología degenerativa previa que se ha visto agravada por el accidente de trabajo sufrido.

En tercer lugar, se alega la infracción de los artículos 193 y 194 de la Ley General de la Seguridad Social; denuncias normativas que no puede prosperar ya que, de un lado, el hecho de que la actora se hubiese negado a someterse al tratamiento quirúrgico recomendado, lo que implicaría que no se han agotado las posibilidades terapéuticas, no puede tener la transcendencia que se pretende por la parte recurrente, pues tal circunstancia no puede ser determinante de la pérdida del derecho a la prestación de incapacidad permanente correspondiente, pues no solamente toda intervención quirúrgica comporta un riesgo para la salud que el mismo puede no asumir, sino que tampoco existe la certidumbre de la curación y la garantía de la intervención; y, de otro lado, y tal como ya se ha dicho, la limitación funcional que presenta el trabajador demandante le impide la realización de todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual de peón agrícola, la cual requiere de esfuerzos físicos de elevada intensidad incompatibles con la radiculopatía de grado moderado-severo o severo detectada a nivel lumbar.

Por todo ello, y con aceptación de los argumentos del Magistrado de instancia, debe desestimarse el recurso de suplicación planteado, confirmándose la sentencia recurrida, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales del recurso, de conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, fijándose en 500 euros el importe de los honorarios del letrado de la parte contraria.

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 por FREMAP, contra la sentencia número 21/2017 del Juzgado de lo Social número 6 de Murcia, de fecha 26 de enero, dictada en proceso número 491/2015, sobre ACCIDENTE LABORAL, y entablado por D. Nemesio frente a FREMAP, DIRECCION000, C.B., D. Ovidio, D^a Luz, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales del recurso, fijándose en 500 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, S.A.

Dicho ingreso se podrá efectuar de dos formas:

1.- Presencialmente en cualquier oficina de Banco de Santander, S.A. ingresando el importe en la cuenta número: 3104-0000-66-0786-18.

2.- Mediante transferencia bancaria al siguiente número de cuenta de Banco de Santander, S.A.: ES55-0049-3569-9200-0500-1274, indicando la persona que hace el ingreso, beneficiario (Sala Social TSJ Murcia) y en el concepto de la transferencia se deberán consignar los siguientes dígitos: 3104-0000-66-0786-18.

En ambos casos, los ingresos se efectuarán 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, S.A., cuenta corriente indicada anteriormente.

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.