

# Boletín Oficial

## DE LA PROVINCIA DE TOLEDO

Depósito Legal: TO - 1 - 1958

Franqueo Concertado: Núm. 45/2

### PROVIDENCIAS JUDICIALES

#### JUZGADOS DE LO SOCIAL MADRID

Número 24

##### Cédula de notificación

Doña Marta Menárguez Salomón, Secretaria Judicial del Juzgado de lo Social número 24 de Madrid.

Hago saber: Que en el procedimiento 962 de 2010 de este Juzgado de lo Social, seguido a instancia de Víctor Manuel Tejero Giro, frente a Encofrados Sandín, S.L., Fremap Matep de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Kresmar Estructuras, S.L. y Tesorería General de la Seguridad Social, sobre Seguridad Social, se ha dictado la siguiente resolución:

En la ciudad de Madrid a 24 de febrero de 2014.

El ilustrísimo señor don Fernando Lisbona Laguna, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social número 24 de Madrid, ha dictado en nombre del Rey, la siguiente,

##### Sentencia número 55 de 2014

En los autos de Seguridad Social, seguidos entre las partes de la una, y como demandante, Víctor Manuel Tejero Giro, representado por el letrado María Adoración Sánchez López. Y de la otra, y como demandadas, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, representados por María Eva Burgos Herrera, Mutua Fremap representada por Diego Escolano Martínez, Kresmar Estructuras, S.L. y Encofrados Sandín, S.L., que no comparecen pese a estar citados en legal forma.

##### Antecedentes de hechos

Primero.—En fecha 8 de julio de 2010 tuvo entrada en el Registro de los Juzgados de lo Social de Madrid, la demanda formulada por don Víctor Manuel Tejero Giro, contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua Fremap y Kresmar Estructuras, S.L., afecto de una incapacidad permanente absoluta para toda profesión.

Segundo.—Tras ser turnada a este Juzgado, fue admitida a trámite la demanda por Decreto de 14 de julio de 2010, y se señaló para la celebración del acto de juicio la audiencia del día 8 de febrero de 2011, a las 9:15 horas. Siendo la hora y días señalados comparecieron las partes salvo Kresmar Estructuras, S.L., solicitando la parte actora a suspensión de la vista al no haber sido explorado por el Médico Forense, por lo que se acordó la suspensión y se señaló para la celebración la audiencia del día 19 de julio de 2011, a las 9:40 horas. En fecha 28 de julio de 2011 la parte actora procedió a ampliar la demanda frente a Encofrados Sandín, S.L., y se dictó diligencia de ordenación en fecha 1 de septiembre de 2011 acordando tener por ampliada la demanda y citando a las partes para la audiencia del día 28 de febrero de 2012, a las 9:40 horas. Siendo la hora y día señalados comparecieron la parte actora, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Mutua Fremap, no compareciendo Kresmar Estructuras, S.L., ni Encofrados Sandín, S.L., pese a estar debidamente citados. Y abierto el acto, las partes comparecientes solicitaron la suspensión de los actos señalados, acordándose de conformidad y señalando para la celebración del acto de juicio, la audiencia del día 10 de julio de 2012, a las 9:30 horas. Siendo la hora y día señalados, comparecieron la parte actora, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua Fremap, no compareciendo Kresmar Estructuras, S.L. ni Encofrados Sandín, S.L., no constando estos dos últimos debidamente citados, acordando la suspensión de la vista, y señalando para la celebración del acto de juicio, la audiencia del día 2 de abril de 2013, a las 10:10 horas.

Tercero.—Siendo la hora y días señalados, comparecieron la parte actora, y como demandadas Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Fremap, no compareciendo el resto de demandados, pese a estar debidamente citados, y abierto el acto se requirió a la parte actora para que en el plazo de cuatro días aportase las bases de cotización de los doce meses anteriores a cada uno de los dos accidentes sufridos por el trabajador, bajo apercibimiento de archivo de actuaciones, y presentó escrito, manifestando la imposibilidad de obtenerlo en el plazo indicado, pues se había solicitado al Banco dicha información, dictándose diligencia de ordenación en fecha 10 de abril de 2013, ampliando el plazo para la presentación

de la documental solicitada hasta el 15 de abril de 2013. En fecha 18 de abril de 2013 fue presentado escrito por la parte actora, adjuntando la documentación, dictándose diligencia de ordenación en fecha 19 de abril de 2013, teniendo por aportada la documental y acordando citar a las partes para la audiencia del día 11 de noviembre de 2013, a las 10:10 horas.

Cuarto.—En fecha 11 de noviembre de 2013, comparecieron la parte actora y como demandados Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua Fremap, no compareciendo Kresmar Estructuras, S.L., ni Encofrados Sandín, S.L., y se requirió a la Mutua Fremap para que hiciera el cálculo de la base reguladora del año 2007, con la documentación que fue aportada en su día por la parte actora, acordando citar a la partes para la audiencia del día 17 de febrero de 2014, a las 9:50 horas. Siendo la hora y día señalado comparecieron las partes, y se acordó la apertura del juicio, en el que la parte actora desistió de la petición de la incapacidad permanente absoluta, manifestando que la única petición era la de la determinación de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total, reconocida en su día y se ratificó y afirmó en dicha petición, oponiéndose las demandadas por las razones, que constan recogidas en el acta de juicio; recibido el pleito a prueba, se practicaron las que, tras ser propuestas por las partes, fueron declaradas pertinentes, con el resultado que se recoge en el acta de juicio; y en trámite de conclusiones, la parte actor aceptó la base reguladora calculada por la Mutua para el supuesto de estimación y las partes elevaron a definitivas sus posiciones iniciales provisionales, declarándose el juicio conclusivo y visto para la sentencia.

#### Hechos probados

Primero.—La parte actora, don Víctor Manuel Tejero Giro, con DNI 2238558-Z, nacido el 12 de mayo de 1971, está afiliado a la Seguridad Social con el número 28/04130534/74 y encuadrado en el Régimen General, ha prestado servicios como carpintero encofrador para Kresmar Estructuras, S.L., desde el 5 de junio de 2006 cuando en fecha 25 de septiembre de 2007 sufrió un accidente laboral, sufriendo una fractura subcapital desplazada de cuello de fémur izquierdo, de la que fue intervenido quirúrgicamente y una fractura de la cabeza del radio izquierda, siendo sometido a un tratamiento ortopédico. Tras la tramitación del correspondiente expediente por incapacidad, le fueron reconocidas, por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 20 de octubre de 2008, lesiones permanentes no invalidantes, con derecho al percibo de una indemnización por importe de 1.130,00 euros por baremo 73, consistente en una limitación en la movilidad del codo izquierdo en menos del 50 por 100 y una indemnización de 800,00 euros, por cicatrices no incluidos en los epígrafes anteriores según el caso, baremo 110, siendo responsable de su abono Mutua Fremap.

Segundo.—Posteriormente dicho trabajador prestó servicios para Encofrados Sandín, S.L., desde el 25 de marzo de 2009, cuando el día 4 de mayo de 2009, sufrió un nuevo accidente laboral, al pisar una viga, haciéndose daño en la pierna siendo diagnosticado de contractura, y siendo dado de baja por incapacidad temporal en dicha fecha y permaneciendo en dicha situación misma hasta el 6 de noviembre de 2009. Tras procederse a la tramitación del expediente por invalidez permanente, fue dictada Resolución por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social el 2 de marzo de 2010 por la que se le reconocía afecto de incapacidad permanente total, con derecho a una pensión en cuantía del 55 por 100 sobre una base reguladora de 1.299,40 euros, y efectos económicos de 1 de marzo de 2010 para su profesión de encofrador, objetivándose una coxartrosis secundaria a necrosis avascular de cabeza femoral y como limitaciones se objetivaba dolor y limitación funcional en cadera izquierda susceptible de prótesis, estando impedido para realizar tareas de sobrecarga de miembros inferiores, como las que requieran posturas forzadas, deambulación/bipedestación prolongada o manejo de cargas.

Tercero.—No conforme con esa última resolución, la parte actora interpuso reclamación previa en fecha 15 de abril de 2010, al considerar que las dolencias que padecía le incapacitaban para todo trabajo, siendo desestimada por resolución de fecha de salida de 12 de mayo de 2010, confirmando en todos sus extremos la resolución impugnada.

Cuarto.—La parte actora tiene el siguiente cuadro clínico residual: coxartrosis secundaria a necrosis avascular de cabeza femoral y como limitaciones funcionales presenta apoyo monopodal derecho izquierdo no, marcha independiente, puntillas y talones con dolor, posición de cuclillas posible con dolor, limitación de la movilidad de la cadera izquierda reflejando los siguientes valores goniométricos: Flexión 90°, (normal y contralateral 120°); extensión 5° (normal y contralateral 20°) abducción 20° (normal y contralateral 60°) adducción 0° (normal y contralateral 60°) rotación interna 10° (normal y contralateral 30°); Codo izquierdo: Extensión -20° (normal y contralateral 0°) flexión 110° (normal y contralateral 120°) supinación y pronación normal.

Quinto.—La base reguladora que postula la parte actora derivada del primer accidente es de 20.565,35 euros anuales, tomando como bases de cotización, la de los doce meses anteriores a la fecha del primer accidente, y la base que postula la Mutua Fremap para la prestación de incapacidad permanente total es de 15.592,82 euros anuales, tomando como bases de cotización, las de los doce meses anteriores a la fecha del segundo accidente. Datos todos ellos con los que las partes estuvieron conformes.

Sexto.—El demandante prestó servicios para Estructuras Kresmar, S.L., desde el 5 de junio de 2006, hasta el 17 de enero de 2009, y para Encofrados Sandín, S.L., desde el 25 de marzo de 2009 hasta el 28 de febrero de 2010.

Séptimo.—Agotada la vía previa se interpuso demanda en fecha 6 de junio de 2012.

### Fundamentos de derecho

Primero.—Al objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36 de 2011 reguladora de la Jurisdicción Social, los hechos primero, segundo y tercero se declaran probados por la documental consistente en el expediente administrativo, y el hecho cuarto del informe del Médico Forense; el hecho quinto por la documental de la Mutua Fremap consistente en los cálculos de las bases reguladoras obrantes en la documental; el hecho sexto de la documental de la Mutua Fremap consistentes en informes de vida laboral del demandante. El hecho séptimo es un hecho no controvertido.

Segundo.—El objeto del pleito consiste en determinar el importe de la base reguladora que corresponde a la incapacidad permanente total reconocida al demandante tras haber sufrido un segundo accidente. Para tal cuestión se debe acudir a la doctrina de los tribunales que han resuelto dicha cuestión en supuestos similares. Así la sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco de fecha 24 de noviembre de 2011 Rec. 2.110/2011 que en su Fundamento de Derecho Tercero dispone lo siguiente:

«Tercero.—Entrando por lo tanto sobre la cuantía que debe tener la base reguladora de la incapacidad permanente total que se le ha reconocido al señor Bruno, en el motivo segundo del recurso, por el cauce procesal previsto en el artículo 191 c) de la LPL, se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 60 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, señalando que la base reguladora facilitada por la Mutua en el acto del juicio, y acogida por el Juzgado, no tuvo en cuenta esa norma aplicando la base a la fecha del accidente de trabajo, sino las cotizaciones posteriores, aclarando que entonces no se formuló oposición en la creencia de que la indicada por la Mutua era la correcta.

En primer lugar centraremos la cuestión señalando que, tal como resulta del relato fáctico revisado, al demandante se le ha reconocido en la instancia la incapacidad permanente total para su profesión habitual de encofrador como consecuencia del accidente de trabajo que sufrió el 4 de julio de 2008 cuando trabajaba para la empresa Altuna y Uría, S.A. y por el que se le reconocieron inicialmente lesiones permanentes no invalidantes por el baremo 110, volviendo posteriormente a trabajar con la misma categoría en otra empresa del mismo sector (Construcciones Masabe XXI, S.L.) con nuevas cotizaciones, e iniciando el 21 de mayo de 2009 una baja médica por recaída que se prolongó hasta el 26 de febrero de 2010, restándole secuelas que han determinado, tras la tramitación del correspondiente expediente de revisión, el reconocimiento efectuado por el Juzgado (el Instituto Nacional de la Seguridad Social le reconoció nuevas lesiones permanentes no invalidantes con el baremo 89).

El artículo 60 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956), en su apartado segundo, dispone que el salario base anual de la pensión o renta por incapacidad permanente o muerte se calculará atendiéndose, entre otros conceptos, al jornal o sueldo diario, entendiéndose por tal el que por jornada normal de trabajo perciba el trabajador en la fecha del accidente multiplicado por 365 días del año.

Con amparo en dicha norma el recurrente interesa ahora el reconocimiento de una base reguladora mensual de 3.074,10 euros mensuales por ser la base de cotización del mes anterior al del accidente, tal como se hace constar en el documento obrante al folio 90 de las actuaciones. Aquí debemos destacar que esa base reguladora no se corresponde con la de 2.823,00 euros mensuales interesada en el suplico de la demanda.

Pues bien, centrada la discusión en si, como ocurre en este caso, las nuevas cotizaciones existentes con posterioridad al accidente de trabajo deben ser computadas para el cálculo de la base reguladora, diremos que dicha cuestión fue abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1975, en la que se declara que «como el obrero accidentado continuó trabajando en la misma empresa y después en otras dos, percibió salarios y se cotizó por él a la Seguridad Social en cuantías superiores a las de la fecha del alta médica y se elevaron los topes máximos computables para la indemnización que le ha sido reconocida, es obligado, considerar estos aspectos, pues el verdadero daño económico causado a la víctima del accidente laboral, es la pérdida del salario que efectivamente percibía el 14 de julio de 1970, fecha de la baja por agravación de sus lesiones». Con posterioridad el extinto Tribunal Central de Trabajo asumió dicho criterio (por todas Sentencia de 20 de abril de 1982); en esta sentencia se afirmaba que «esta Sala, siguiendo la jurisprudencia del TS, viene declarando que en casos como el del recurso, en que se producen una o más recaídas de un mismo accidente y durante los intervalos de sanidad del trabajador éste se incorpora al trabajo, el salario regulador de la incapacidad permanente se determinará por el que efectivamente le correspondería en la fecha del alta definitiva, aunque el percibido en la fecha del siniestro fuera menor, criterio que incluso es de aplicación a los casos de revisión por agravación de las lesiones sufridas en accidente de trabajo, porque, en uno u otro caso, el perjuicio sufrido por el operario se cifra en el pérdida o aminoración de este último salario». Éste ha sido también el criterio de algunos Tribunales Superiores de Justicia: Cataluña, sentencia de 17 de diciembre de 2004, recurso 9081/2003; Aragón, sentencia de 6 de febrero de 2003; Andalucía, Málaga, de 11 de enero de 1994; Andalucía, Sevilla, de 23 de mayo de 1996 y 11 de febrero de 1998; Madrid, sentencia de 8 de febrero de 1995; Andalucía, Granada, de 12 de diciembre de 1995; y Castilla León, Valladolid, de 11 de noviembre de 1997, entre otras.

Sentado lo anterior, no puede prosperar la pretensión del recurrente. Aunque es cierto que en los supuestos analizados por las sentencias anteriores el trabajador se veía favorecido por sus cotizaciones posteriores al accidente de trabajo por ser de cuantía superior, debe seguirse el mismo criterio en supuestos como el presente en que las cotizaciones posteriores fueron inferiores a pesar de que el demandante continuó con el mismo trabajo aunque en otra empresa,

porque, primero, el artículo 60 del Reglamento de Accidentes de Trabajo contempla el cálculo de la base reguladora de la pensión o renta por incapacidad permanente derivada directamente del accidente de trabajo sufrido, y segundo, se trata de una renta sustitutiva derivada de la pérdida de capacidad de trabajo que, como señalan las inveteradas sentencias de las que se derivan los pronunciamientos aludidos, compensa la pérdida del salario que efectivamente percibía a la fecha de la baja por recaída o agravación de sus lesiones, puesto que el perjuicio sufrido por el operario se cifra en la pérdida o aminoración de este último salario.

En consecuencia, sin que pueda prosperar la tesis defendida por el recurrente, debemos confirmar la sentencia de instancia».

Por lo tanto, la cuestión ha de resolverse de forma desestimatoria, de conformidad con la doctrina arriba relatada, pues habiendo prestados servicios con posterioridad al primer accidente, han de ser tenidas en cuenta para determinar la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total que se le reconoció al demandante con efectos de 1 de marzo de 2010, y que fue posterior al segundo accidente que tuvo el demandante y en el que sólo se le reconoció afecto de lesiones permanentes no invalidantes, dada su situación objetivada. Por ello, la base reconocida por el INSS tomando en consideración las bases de cotización de los doce meses anteriores a la fecha del segundo accidente es ajustada a Derecho y a la doctrina consolidada. Por todo lo cual, procede la desestimación íntegra de la demanda.

Tercero.—Contra esta sentencia cabe interponer recurso de suplicación de conformidad con lo prevenido en el artículo 191.3.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### Fallo

Que desestimando la demanda formulada por don Víctor Manuel Tejero Giro, frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua Fremap, Kresmar Estructuras, S.L. y Encofrados Sandín, S.L., debo absolver y absuelvo a los referidos demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Notifíquese esta sentencia a las partes advirtiéndoles que contra ella podrán interponer recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito en este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación.

Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o causahabiente suyo, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300,00 euros en la cuenta abierta en Banesto, a nombre de este Juzgado con el número 2522-número expediente-año, indicando la persona o empresa que efectúa el ingreso, acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la cuenta abierta en la misma entidad con el número 2522-número expediente-año la cantidad objeto de condena, siendo posible la transferencia del importe a la misma entidad o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a este Juzgado con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

En caso de condena solidaria, la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos.

Si al recurrente no se le ha reconocido el beneficio de justicia gratuita deberá abonar para recurrir una tasa de 500,00 euros y adicionalmente el 0,5 por 100 del importe de la cuantía del procedimiento o 90,00 euros si la cuantía del procedimiento es indeterminada (artículo 6 de la Ley 10 de 2012 en relación con los artículos 251 y 252 de la LEC).

Si quien recurre ostenta la condición de trabajador por cuenta ajena o autónomo tiene una exención del 60 por 100 del precio de la tasa.

Si quien recurre tiene reconocido el beneficio de justicia gratuita está exento del abono de tasas.

Al momento de la formalización del recurso el recurrente deberá aportar el justificante del pago de la tasa al Tesoro Público conforme se dispone en el artículo 8 de la Ley 10 de 2012 o en su caso que le ha sido reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio mando y firmo.

Publicación.—En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el ilustrísimo señor Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

Diligencia.—Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Y para que sirva de notificación en legal forma a Kresmar Estructuras, S.L., en ignorado paradero, expido el presente para su inserción en el «Boletín Oficial» de la provincia de Toledo.

Se advierte al destinatario que las siguientes comunicaciones se harán fijando copia de la resolución o de la cédula en la oficina judicial, por el medio establecido al efecto, salvo las que revistan la forma de auto, sentencia o decretos que pongan fin al procedimiento o resuelvan un incidente o se trate de emplazamiento.

En Madrid a 24 de febrero de 2014.—La Secretaria Judicial, Marta Menárguez Salomón.