

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 70/2019 de 29
Ene. 2019, Rec. 226/2017**

Ponente: Salinas Molina, Fernando.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 226/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 70/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

En Madrid, a 29 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador D. Martin , representado y asistido por el letrado D. Luis Verdú Cano, contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recurso de suplicación nº 2789/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Elche , en autos nº 353/2014, seguidos a instancia del referido trabajador contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

Ha comparecido en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y asistido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de abril de 2015, el Juzgado de lo Social nº 1 de Elche, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar y estimo, parcialmente, la demanda interpuesta por DON Martin contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y declaro que la demandante se encuentra en situación de Incapacidad Permanente ABSOLUTA con derecho a prestación consistente una pensión siendo base reguladora para la incapacidad permanente del 1068'93 euros/mes y efectos desde el 12/12/2013.- Sin costas".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- El demandante, nacido el NUM000 /1961, con DNI nº NUM001 , se encuentra afiliado la Seguridad Social con el nº NUM002 siendo su profesión habitual la de ADMINISTRACIÓN DE COMUNIDADES, siendo el origen de la incapacidad enfermedad común.- El demandante, no sólo

hacía funciones de administrativo en la empresa sino que visitaba clientes (Comunidades de Propietarios) asistía a las reuniones, a las juntas, etc.

SEGUNDO.- El demandante solicitó prestación de incapacidad permanente.- Sometida a informe de valoración médica el 05/12/2013, en el mismo se refleja tras exploración: como deficiencias más significativas lumbalgia, coxalgia, síndrome polimalformativo de cadera, columna y manos; limitaciones orgánicas y funcionales, lumbalgia derecha marcha autónoma muy limitante, limitación para manipulación de objetos grandes; concluye indicando que es un hombre de 52 años, refiere comercial visitador, en empresa de administración de comunidades de propietarios, siniestros, 10 años cotizado 35 años, en. IT desde 16/05/2012, diagnosticado de lumbago A.P. Síndrome polimalformativo de caderas, luxación- congénita bilateral, columna y deformidades en las manos; en la actualidad refiere lumbalgia, pendiente nueva infiltración.- Dicho informe es transcripción de otro anterior de 27 de Agosto de 2013, tal como consta en el mismo, dentro del epígrafe antecedentes.- Más concretamente el demandante, según informe del Dr. Saturnino sufre una exacerbación de su coxalgia habitual, síndrome malformativo grave, escoliosis severa torácica derecha y lumbar izquierda. de 25° y 15° respectivamente, hipotrofia muscular generalizada, genu valgo grave gonartrosis bilateral, dupuytren ambas manos con gran deformidad muy limitante, deformidad en ambos pies, marcha muy cludicante, gran limitación para la deambulacion, precisando bitutores y alza, gran limitación para movilidad global.- Las lesiones, son congénitas pero muy evolucionadas en el tiempo y de carácter definitivo y con tendencia, al empeoramiento.- Tratamiento conservador y tratamiento paliativo en la unidad del dolor.- La Dirección Provincial, tras el dictamen de propuesta de fecha 12/12/2013, dictó resolución en fecha 16/12/2013; considerando que las lesiones no alcanzan un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de una incapacidad permanente.-Según informe médico de 21/01/2014, el demandante se encuentra en tratamiento crónico por patología osteomuscular con diazepam como relajante, trasntec parches para el dolor, así como acclocen como antiinflamatoria que alterna con adolonta.- Suele presentar crisis de dolor, con impotencia funcional a la deambulacion, sigue tratamiento con trauma, digestivo, reumatología y rehabilitación, debido a su patología está en tratamiento con la unidad de dolor.

TERCERO.- Disconforme con la anterior resolución, el demandante formuló reclamación administrativa previa, reclamación que fue desestimada por resolución de 20/02/2014.

CUARTO.- En los informes del EVI consta que el demandante se encontraba en IT desde Mayo de 2012, y en la actualidad percibe la prestación por desempleo desde el 28 de Septiembre de 2013.- Así mismo el demandante acredita una vida laboral cotizada de 36 años, 10 meses y 21 días.- Igualmente acredita una grado de discapacidad del 65% con 7 puntos de movilidad reducida.- **QUINTO.-** La base reguladora mensual para la incapacidad permanente asciende a 1068'93 euros 16/12/2013 euros y fecha de efectos 5/12/2013."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación legal del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia en fecha 28 de junio de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social y en consecuencia revocamos la sentencia dictada 2/04/2015 por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Elche ".

Por la representación procesal de D. Martin , se solicitó aclaración de referida sentencia dictándose auto de fecha 1 de septiembre de 2016 en el que se desestima referida solicitud.

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por la representación legal de D. Martin , se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por el Tribunal Constitucional 218/2003, de fecha 15 de diciembre de 2003 (Rec. 4079/1999) y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 11 de enero de 2016 (Rec. 5169/2015), una por cada motivo de contradicción que alega.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el primer motivo del recurso procedente y desestimar el segundo por falta de contradicción. Se señaló para la votación y fallo el día 29 de enero de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la solución que debe aplicarse en aquellos supuestos en los que se ejercita en la demanda una pretensión subsidiaria para el reconocimiento de un grado de incapacidad permanente inferior al que se peticiona como principal, cuando la sentencia del Juzgado de lo social acoge la pretensión principal, es recurrida en suplicación por el INSS, y la sentencia de la Sala del TSJ estima el recurso para revocar íntegramente la de instancia sin pronunciarse sobre el inferior grado de incapacidad que se había solicitado de forma subsidiaria en la demanda.

2.- En el caso de autos se solicita por el trabajador demandante el reconocimiento del grado de incapacidad permanente absoluta y subsidiariamente el de incapacidad permanente total, para su profesión habitual de administrador de comunidades. La sentencia de instancia (JS nº 1 Elx de 02-04-2015 -autos 353/2014), acoge la pretensión principal y reconoce al demandante el grado de incapacidad permanente absoluta (IPA). Recurre en suplicación el INSS, y la sentencia de suplicación (STSJ/Comunidad Valenciana 28-06- 2016 -recurso 2789/2015), estima el recurso de la entidad gestora y revoca la sentencia de instancia, desestimando la demanda, sin hacer pronunciamiento alguno sobre la incapacidad permanente total (IPT) subsidiariamente solicitada en la demanda, sin tampoco contener ningún tipo de declaración que permitiere interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita de esa otra pretensión, a pesar de que en FD 2º argumenta que " *el actor se encuentra limitado para actividades que impliquen marcha autónoma o manejo o manipulación de objetos grandes, teniendo una movilidad limitada por las dolencias congénitas en su estado actual sin embargo y a pesar de lo argumentado por la sentencia de instancia tales dolencias no le impiden realizar actividades de naturaleza sedentaria e intelectual, puesto que no existen limitaciones de esta naturaleza* ".

3.- El recurso de casación unificadora se articula por el beneficiario demandante en dos motivos diferentes, uno de ellos con carácter principal instando la nulidad de la sentencia impugnada por incongruencia omisiva al no haberse pronunciado sobre la pretensión subsidiaria ejercitada en la demanda, e invoca como doctrina de contraste la sentencia del Tribunal Constitucional 218/2003, de 15 de diciembre de 2003 , denunciando infracción del art. 24 de la Constitución ; el segundo motivo se articula con carácter subsidiario de no prosperar el primer motivo e instando que se declare la situación de incapacidad permanente en grado de absoluta.

4.- El Ministerio Fiscal informa a favor de la estimación del recurso de referido primer motivo del recurso, a lo que se opone el INSS en su escrito de impugnación con el alegato de que no existe contradicción de sentencias y a que la parte actora no hizo mención alguna a la pretensión subsidiaria en su escrito de impugnación del recurso de suplicación formulado por el INSS.

SEGUNDO.- 1.- Invocándose en el recurso una infracción procesal, la contradicción debe ser examinada bajo el prisma de la mayor flexibilidad aplicada por esta Sala en orden a determinar la concurrencia de dicho requisito cuando se trata de la eventual vulneración de normas de procedimiento que pudieren generar indefensión, en línea con lo que recuerdan, entre otras, las SSTS/IV 28-02-2017 (rcud 2698/2015), 04-05-2017 (rcud 1201/2015), 18-05-2017 (rcud 3284/2015) y 11-10-2017 (rcud 3788/2015), y las que en ellas se citan, que se remiten al Acuerdo adoptado en Pleno no jurisdiccional de fecha 11-02-2015 sobre el requisito de la contradicción en materia de infracciones procesales respecto del recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se decidió que " *Al analizar la contradicción en materia de infracciones procesales se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la*

infracción procesal respectiva, con objeto de que se pueda examinar una divergencia de doctrinas que deba corregirse respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva" y que "Cuando en el recurso se invoque motivo de infracción procesal las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas".

No es, por tanto, la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto la que debe ser analizada para determinar si concurren los supuestos de contradicción del artículo 219.1 LRJS, sino la controversia planteada respecto de la infracción procesal sobre la que versen la sentencia recurrida y la de contraste y la necesidad de que concurra en este extremo suficiente homogeneidad, de tal forma que en los supuestos de incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social es bastante que, al menos, la sentencia de contraste contenga doctrina o pronunciamiento implícito, sobre la materia en cuestión (STS/IV 11-03-2015 -rcud 1797/2014).

2.- Dispone el art. 219.2 LRJS que " 2. Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado " y que " Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario ".

3.- Los requisitos expuestos concurren en el presente caso, en el que la sentencia del Tribunal Constitucional invocada como doctrina de contraste conoce precisamente de un asunto idéntico en el que se solicitó en la demanda el reconocimiento de incapacidad permanente absoluta y subsidiariamente total, siendo acogida la pretensión principal en la sentencia de instancia contra la que interpuso recurso de suplicación el INSS, que fue estimado por la Sala de lo Social para revocar la sentencia recurrida sin hacer pronunciamiento alguno sobre la incapacidad permanente total. Con esos antecedentes el Tribunal Constitucional concede el amparo a la trabajadora demandante y anula la sentencia de suplicación por no haberse pronunciado sobre aquella pretensión subsidiaria de la demanda.

4.- Con independencia incluso de que debamos someternos al criterio de aplicar esa mayor flexibilidad en su apreciación, por tratarse de una infracción procesal que puede causar indefensión, la contradicción existe, como ha informado el Ministerio Fiscal, porque, ante situaciones procesales idénticas en las que se ha desestimado la pretensión principal-reconocimiento de la incapacidad permanente absoluta-, una sentencia, la de contraste, ha establecido la necesidad de dar respuesta razonada a la desestimación de la pretensión subsidiaria - la solicitud de incapacidad permanente total-, mientras que la otra ha venido en desestimar esa pretensión subsidiaria sin dar razón alguna que justificase esa decisión.

Es cierto que en el caso de autos no hace alusión la actora a su pretensión subsidiaria en el escrito de impugnación del recurso de suplicación del INSS, pero no lo es menos que esa petición está claramente incluida en la súplica de la demanda, y, pese a ello, la sentencia recurrida la desestima en su integridad, como pretendía el INSS en su escrito formulando el recurso de suplicación, sin ofrecer el menor razonamiento que permita considerar que pudiere haber dado algún tipo de respuesta tácita a dicha cuestión cuando absuelve al organismo demandado de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.

5.- Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo de la cuestión formulada en el primer motivo del recurso de casación y a unificar la doctrina contradictoria reseñada, partiendo de la aplicabilidad de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional invocada al supuesto ahora planteado.

TERCERO.- 1.- Como hemos avanzado, ya ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse sobre la situación jurídica que se produce cuando la sentencia del juzgado estima la pretensión principal del demandante y la Sala de suplicación que acoge el recurso de igual clase interpuesto por el demandado la revoca íntegramente, olvidando resolver la pretensión subsidiaria contenida en la demanda; así, entre otras, en las entre otras, SSTS/IV 23-07-2001 (rcud 3891/2002), 31-03-2015 (rcud 1865/2014), 15-07-2014 (rcud 2442/2013), 23-04-2013 (rcud 729/2012), 11-10-2017 (rcud 3788/2015), 31-01-2018 (rcud 3711/2015), 20-03-2018 (rcud 1822/2016).

2.- La STS/IV 31-03-2015 (rcud 1865/2014) recuerda que la doctrina correcta en esta materia, -coincidente con la del Tribunal Constitucional que se invoca de contraste --, viene establecida en la sentencia de 18 de julio de 2003 y ha sido reiterada por otras posteriores y más recientes, como las de 23-04-2013 (rcud 729/2012) y de 15-07-2014 (rcud 2442/2013), entre otras que en ellas se citan.

3.- Esta solución se funda, como decíamos en la citada STS/IV 23-04-2013 :

" ... *La jurisprudencia de esta Sala, -- contenida, entre otras muchas, en las SSTS/IV 23-julio-2001 (rcud 4554/2000), 29-abril-2005 (rcud 3177/2004), 30-junio-2008 (rco 158/2007), 27-septiembre-2008 (rco 37/2006), 3-diciembre-2009 (rco 30/2009) y 16-diciembre-2009 (rco 72/2009), así como las en ellas se citan --, acorde con la jurisprudencia constitucional, ha establecido que la incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE) y que hay incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al proceso en el momento procesal oportuno, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita.*

... *'El Tribunal Constitucional viene definiendo la incongruencia omisiva o ex silentio en una consolidada doctrina (sentencia 91/2003, de 19 de mayo y 218/2003, de 15 de diciembre de 2.003 , entre otras muchas) como un 'desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido' (SSTC 136/1998, de 29 de junio y 29/1999, de 8 de marzo) que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación 'sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurre la controversia procesal?' (STC 215/1999, de 29 de noviembre). Lo que en el supuesto de la incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando 'el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales' (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre y 6/2003, de 20 de enero 2003/1401)".*

... *Aplicando la doctrina antes expuesta al supuesto que se enjuicia, es visto que procede adoptar idéntica solución; aquí existe una incongruencia omisiva, "por error", pues pese a pedirse en la demanda subsidiariamente la declaración de incapacidad permanente parcial no se entró en su examen, como era obligado al contenerse en la demanda la referida petición subsidiaria, lo que condujo al quebrantamiento del deber, también impuesto por el propio art. 359 LEC, en el sentido de que se decida sobre "todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate" decisión ésta que, naturalmente, habrá de venir precedida del oportuno razonamiento, ya que éste viene exigido por el deber de motivación impuesto por el art. 120.3 CE"* .

4.- La infracción de estas normas procesales esenciales, con la consiguiente producción de indefensión, debe llevar aparejada la estimación del primero de los motivos del recurso con

anulación de la sentencia recurrida, devolviéndose lo actuado a la Sala de suplicación, para que dicte nueva sentencia que se acomode totalmente a lo que la Ley dispone al respecto resolviendo sobre el grado de incapacidad permanente total subsidiariamente pretendido, sin que quepa que este Tribunal subsane esa falta de congruencia porque estamos ante un recurso especial de unificación de doctrina, lo que supone la aplicación del art. 228.2 LRJS y no del artículo 215-b) de esa Ley que regula los recursos de casación ordinaria y si permite esa subsanación, cuando sea posible, como ya dijimos en nuestra STS/IV 02-06-2014 (rcud 495/2013).

5.- Lo que hace innecesario que entremos a conocer del segundo motivo del recurso, planteado con carácter subsidiario de no estimarse el primero. Sin costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don Martin , contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2016 (recurso 2789/2015) dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana , en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Elx en fecha 2 de abril de 2015 (autos 353/2014), en el procedimiento seguido a instancia del referido trabajador contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

2º) Casar y anular la sentencia recurrida, devolviéndose lo actuado a la Sala de procedencia, a fin de que dicte nueva sentencia en la que resuelva sobre el grado de incapacidad permanente total subsidiariamente pretendido. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.