Roj: **STS 4304/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4304**

Id Cendoj: **28079140012018100944**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **21/11/2018**
Nº de Recurso: **3626/2016**
Nº de Resolución: **972/2018**
Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**
Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3626/2016

Ponente: Excma. Sra. D.ª **Maria Luz Garcia Paredes**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 972/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Fernando Salinas Molina

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Dª. **Maria Luz Garcia Paredes**

En Madrid, a 21 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Herreros Rull, en nombre y representación de D. Marino , contra la sentencia dictada el 12 de mayo de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 21/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén, de fecha 31 de marzo de 2015, recaída en autos núm. 89/2014, seguidos a instancia de D. Marino contra Atienza Aguilar, S.L., González y París, S.L., El Puente, Aceites y Subproductos, S.L., Mapfre Seguros de Empresas, Cia de Seguros y Reaseguros, S.A.; Ocaso, S.A., siendo parte el Fondo de Garntía Salarial (FOGASA), sobre reclamación de cantidad.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de partes recurrida, las entidades Aseguradoras Ocaso, S.A. y Mapfre Seguro de empresas cia. de Seguros y Reaseguros, S.A. representadas, respectivamente por los Procuradores Srs. Rueda López y Ruiperez Palomino.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª **Maria Luz Garcia Paredes**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de marzo de 2015 el Juzgado de lo Social nº 4 de Jaén, dictó sentencia, aclarada por auto de 23 de abril de 2015, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" *PRIMERO*.- D. Marino , mayor de edad, nacido el NUM000 .1960, con D.N.I. NUM001 , vecino de Mengibar (Jaén), sufrió un accidente de trabajo el día 26.10.2011 mientras prestaba servicios por cuenta y bajo la

dependencia de la empresa Atienza y Aguilar, S.L., dedicada a la actividad de construcción especializada, montaje, con la categoría profesional de oficial de 1ª, soldadores y oxicortadores, antigüedad de 14.09.11, si bien el actor ha mantenido un total de 18 relaciones laborales temporales con esta empresa desde 10.03.1999. y salario mensual de 1.480 brutos.- La citada empresa tenía concertada la cobertura de las contingencias profesionales con Mutua Ibermutuamur.- *SEGUNDO*.- El accidente se produjo en la obra que Atienza y Aguilar, S.L. realizaba en el Paraje El Sabinar del Municipio de Puente Génave (Jaén) donde la empresa El Puente, Aceites y Subproductos, S.L., dedicada a planta industrial de biomasa, había encargado a la empresa González y Paris, S.L. el trabajos de "reforma de tubería de acero inoxidable en la empresa El Puente, Aceites y Subproductos, S.L, con domicilio en Paraje El Sabinar, Planta de Biogas y Energía de Puente de Génave", subcontratando esta última a la empresa Atienza y Aguilar, S.L. para la realización de dicha tarea.- El accidente tuvo lugar cuando el actor se disponía a realizar la conexión de tuberías por soldadura en altura en la planta de biomasa antes citada, sobre las 12 horas, de la siguiente manera: El actor se encontraba junto con un compañero D. Jose Ángel , en la empresa El Puente, Aceites y Subproductos SL, con domicilio en Paraje El Sabinar, Planta de Biogás y Energía de Puente Génave Jaén, donde debía modificar un tubo por donde circula la masa de orujo, que se encontraba en altura, para lo que decidieron montar un andamio tubular metálico de un cuerpo de altura de 2 metros aproximadamente y una plataforma de trabajo de 60 cm. El montaje se realizó por el Sr. Jose Ángel con la ayuda de un trabajador de la planta de biomasa, mientras que el accidentado se dispuso a localizar más módulos de andamio para elevar la altura de trabajo y alcanzar la posición de otra zona del tubo. Una vez hubo regresado el trabajador accidentado, éste accedió al andamio de un solo cuerpo de altura, mientras que el señor Jose Ángel recogía el arnés de seguridad del camión para facilitárselo. Al regresar del camión el testigo, se encontró a su compañero caído en el suelo junto al andamio.- Las medidas del andamio eran de dos metros de altura, tres metros de anchura y un metro de profundidad y estaba montado sobre el propio suelo sin calzo supletorio.- El andamio fue facilitado por la fábrica, ya que los trabajadores cuando accedieron al centro de trabajo, desconocían el tipo de trabajo a realizar. Una vez conocido el mismo, se auxiliaron de los medios facilitados por la empresa propietaria del centro de trabajo, localizando otros módulos para el resto del trabajo requerido.- La altura requerida de trabajo era de aproximadamente 3,20 metros.- Cuando el trabajador se encontraba subido en la zona de trabajo inesperadamente la pata del andamio se introduce en un hueco de la fila de ladrillos que se utilizan para cerrar la zona del patio, basculando el andamio y ocasionando que el trabajador se precipitara al suelo, ocasionándose las lesiones de "politraumatismo. TCE grave, trauma torácico, trauma vertebral".- El andamio instalado es de tipo tubular metálico, de altura un módulo 2,00m, compuesto por dos soportes laterales y una cruz para arriostramiento en uno de los lados, quedando el otro sin arriostramiento. El andamio se completaba con dos plataformas metálicas ubicadas en la parte superior del mismo. El andamio no contaba con barandillas de protección.- La causa del accidente es la falta de estabilidad del andamio tubular metálico montado por los trabajadores, al faltar una cruz de San Andrés en la otra cara lateral, los husillos de nivelación en cada una de las cuatro patas de sustentación y las placas metálicas o de madera para soportar las bases de los husillos sobre el suelo, así como la falta de empleo por el trabajador de arnés de seguridad.- Ninguna de las empresas demandadas facilitó a los trabajadores, actor y Sr. Jose Ángel un andamio seguro para realizar la tarea encomendada. Ningún responsable de ninguna de las empresas demandadas supervisó el montaje del andamio elaborado por los propios trabajadores, ni comprobó la seguridad del mismo previo a su empleo, y nadie les impidió el uso del citado andamio para la realización de la soldadura encomendada.- *TERCERO*.- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Jaén levantó acta de infracción NUM002 , conforme a la cual "La empresa posee como actividad económica principal la de montaje de armazones y estructuras metálicas, tubería y calderería y al montaje y mantenimiento de maquinaria en fábrica, actividad en la que fue contratado el accidentado el día 14-9-2011, bajo la categoría de Oficial de Primera soldador.- El día del AT el señor Marino se encontraba junto con un compañero testigo de lo ocurrido D. Carlos Alberto , en la empresa El Puente, Aceites y Subproductos SL, con domicilio en Paraje El Sabinar, Planta de Biogás y Energía de Puente Génave Jaén, donde debía modificar un tubo por donde circula la masa de orujo, que se encontraba en altura, para lo que decidieron montar un andamio tubular metálico de un cuerpo de altura de 2 metros aproximadamente y una plataforma de trabajo de 60 cm. El montaje se realizó por el SR. Carlos Alberto con la ayuda de un trabajador de la fábrica, mientras que el accidentado se dispuso a localizar más módulos de andamio para elevar la altura de trabajo y alcanzar la posición de otra zona del tubo.- Una vez hubo regresado el trabajador accidentado, éste accedió al andamio de un solo cuerpo de altura, mientras que el señor Carlos Alberto recogía el arnés de seguridad del camión para facilitárselo. Al regresar del camión el testigo, se encontró a su compañero caído en el suelo junto al andamio.- Según el informe de investigación del accidente elaborado por la empresa el andamio estaba montado sobre el propio suelo sin calzo supletorio.- Cuando el trabajador se encontraba subido en la zona de trabajo inesperadamente la pata del andamio se introduce en un hueco de la fila de ladrillos que se utilizan para cerrar la zona del patio, basculando el andamio y ocasionando que el trabajador se precipitara al suelo, ocasionándose las lesiones objeto de AT.- El andamio instalado es de tipo tubular metálico, de altura un módulo 2,00m, compuesto por dos soportes laterales y una cruz para arriostramiento en uno de

los lados, quedando el otro sin arriostramiento. El andamio se completaba con dos plataformas metálicas ubicadas en la parte superior del mismo. (...).- En el caso que nos ocupa, el andamio fue montado sin placas base de apoyo, arriostramiento completo, sujeción y barandillas de protección colectiva, siendo inestable el montaje del mismo, y la causa de su deslizamiento".- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social propuso al INSS el recargo del 50% en todas las prestaciones de la Seguridad Social a que tenga derecho el trabajador don Marino por el accidente sufrido el 26.10.2011 con cargo a la empresa Atienza y Aguilar, S.L.- Por resolución del INSS de 13.11.2014 se declara la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente laboral sufrido por el trabajador Marino el 26.10.2011 y determina que las prestaciones de seguridad social derivadas del mismo sean incrementadas en el 30% con cargo exclusivo a la empresa responsable Atienza y Aguilar, S.L.- La resolución de la Delegación Provincial de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de Jaén, de 13.09.2012 se acuerda imponer a Atienza y Aguilar, S.L., la sanción de 2.046 euros.- *CUARTO*.- La empresa Atienza y Aguilar, S.L., había sido subcontratada por González y Paris, S.L. para realizar trabajos de "reforma de tubería de acero inoxidable en la empresa El Puente, Aceites y Subproductos, S.L, con domicilio en Paraje El Sabinar, Planta de Biogas y Energía de Puente de Génave", realizándose todo ello en la nave de esta última, doc.6/15 del ramo de prueba actora.- La empresa El Puente, Aceites y Subproductos, S.L. tenía suscrito Plan de Seguridad y Salud, dirigido a la empresa González y Paris, S.L. para la realización de la citada reparación, doc.6/26 del ramo de prueba actora.- El actor había recibido de la empresa Atienza y Aguilar el día 14.09.2011 información en materia de: Fichas de información de riesgos, Normas de actuación en caso de emergencia y Funciones y Responsabilidades.- El actor había recibido de la empresa Atienza y Aguilar el día 14.09.2011 los siguientes equipos de protección: gafas, guantes, cinturón y arnés, botas y casco.- *QUINTO*.- La empresa Atienza y Aguilar, S.L. tiene suscrita con Mapfre Seguros de Empresas póliza de seguro nº NUM003 , con vigencia de 2.06.11 a 2.12.11, con un máximo de indemnización de responsabilidad civil por accidentes de trabajo de 150.000 euros por víctima y franquicia, con carácter general, de 300 euros por siniestro.- La empresa El Puente Aceites y Subproductos, S.L. tiene suscrito Contrato de Seguros de Responsabilidad Civil con la Compañía Mapfre Seguros de Empresas, póliza NUM004 con fecha de efecto 3.07.11 y fecha de vencimiento 23.02.2012 para cobertura de responsabilidad civil por accidentes de trabajo de 300.000 euros por víctima, con una franquicia general de 300 euros por siniestro.- La empresa González y Paris, S.L. tiene suscrito Contrato de Seguros de Responsabilidad Civil con la Compañía OCASO, con fecha de efecto 11.05.11 y fecha de vencimiento 11.05.2012, que cubre el riego responsabilidad civil con un límite por víctima de 120.000 €.- *SEXTO*.- Ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Villacarrillo se siguieron la DP 1141/2011 , derivadas del accidente de trabajo sufrido por el actor, dictándose el día 27.06.2012 auto de sobreseimiento.- El Informe emitido por el médico forense el 19.06.2013 recoge que las lesiones sufridas por el actor como consecuencia del accidente laboral sufrido el 26.10.2011 son: - fractura D11 -TCE con hematoma subdural -fractura de escápula -fracturas de varios arcos costales.- El citado informe recoge: "Para la estabilización ha requerido varias asistencias con tratamiento médico farmacológico así como quirúrgico y posterior corsé tras intervención en columna (artrodesis D10-D11-D12) en columna.- Para la curación estabilización ha invertido los siguientes tiempos. Tiempo total: 485 días de los que ha estado hospitalizado 34 de ellos siendo el resto impeditivos. Tras su estabilización consideramos como definitivas las siguientes secuelas: Material de osteosíntesis en columna (artrodesis D10-11-12) (5-15): 7 Puntos erjuicio estético moderado (7- 12): 7 Puntos Síndrome posconmocional (5-15): 10 Puntos Algias postraumáticas en columna vertebral y hombro (1-5): 4 Puntos. (...)".- *SÉPTIMO*.- El actor ha estado incapacitado para su actividad habitual 443 días, de los cuales estuvo hospitalizado 35 días y 408 días fueron impeditivos.- Las secuelas que el actor presenta y la valoración de las mismas son: - síndrome postconmocional: 10 puntos -fractura D11: 10 puntos. -material de osteosíntesis en columna vertebral (placa y tornillos): 7 puntos -limitación de la movilidad del hombro derecho: 4 puntos, presentando el actor un déficit de movilidad articular global del 19% y un déficit de movilidad funcional del 18%. (21% anquilosis) -luxación acromio clavicular: 1 punto. -fractura de costillas con neuralgias intercostales: 3 puntos - perjuicio estético moderado (cicatriz en región dorsal de 15x0,5 cm y otra en cresta iliaca de 5x0,5 cms): 7 puntos.- *OCTAVO*.- El actor fue declarado por resolución del INSS con efectos de 10.01.2013 en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de accidente de trabajo, ante el cuadro clínico recogido en el dictamen propuesta del EVI de 10.01.2013 de "secuelas de fractura vertebral D11 inestable.- Traumatismo craneoencefálico con hematoma subdural, contusión pulmonar con fracturas costales derechas 4, 5 y 6.- Fractura escápula derecha estable" y conforme al menoscabo recogido en el informe del EVI de 4.01.2013 "menoscabo toda actividad laboral (Menoscabo locomotor (dorsolumbar + hombro derecho) + enlentecimiento psicomotor con deterioro cognitivo moderado (inf neuropsicología 30-03-2012) secundario a TCE".- Por resolución del INSS de 30.11.13 se revisa, por mejoría, la anterior declaración y se reconoce al actor la pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, con fecha de efectos 1.12.2013, ante el cuadro clínico recogido en el dictamen propuesta del EVI de 9.09.13 de "secuelas de fractura vertebral D11 inestable IQ mediante artrodesis instrumentada.- TCE con hematoma subdural, contusión pulmonar con fracturas costales derechas 4, 5 y 6.- Fractura de escápula derecha estable.- Dradipsiquia".- Los importes mensuales que le corresponde percibir son: -Base reguladora:

1.432,27 €/mes. -porcentaje: 55% -pensión inicial: 787,75 €/mes. -revalorizaciones: 20,39 €/mes. -pensión mensual líquida: 808,14 €/mes.- No consta que el actor esté desempeñando actividad laboral retribuida.- *NOVENO*.- La cuantía diaria percibida por el actor en concepto de prestación de incapacidad temporal es de 35,43 euros, conforme a las nóminas aportadas por el actor en su ramo de prueba.- *DÉCIMO*.- Con fecha de 26.12.2013 el actor presenta papeleta de conciliación frente a Atienza y Aguilar, S.L., González y Paris, S.L., El Puente, Aceites y Subproductos, S.L. y Mapfre, celebrándose el día 17.01.14 el acto de conciliación sin efecto respecto a El Puente, Aceites y Subproductos, S.L. y sin avenencia, respecto a las demás.- El citado acta recoge: "(...) Concedida la palabra al representante de GONZALEZ Y PARIS S.L. manifiesta que la póliza de responsabilidad civil de la empresa la tiene concertada con la compañía Ocaso S.A.".- Con fecha de 22.01.2014 el actor presenta papeleta de conciliación frente a Ocaso, S.A., celebrándose el día 10.02.14 el acto de conciliación sin avenencia.- *DÉCIMO PRIMERO*.- La demanda ha sido presentada el día 11.02.14 ante el Juzgado Decano de Jaén".

En dicha sentencia, consta el siguiente fallo: "Con desestimación de la excepción de prescripción de la acción, se estima parcialmente la demanda promovida por Don Marino contra Atienza y Aguilar, S.L., González y Paris, S.L., El Puente, Aceites y Subproductos, S.L., a quienes condeno solidariamente a que abonen al actor la suma de 117.322,83 €, si bien de la citada suma y en virtud de las pólizas de seguro suscritas responden solidariamente las compañías de seguros demandadas, en concreto, Mapfre Seguros de Empresas con relación a la póliza que tiene suscrita con Atienza y Aguilar, S.L., empresa que asume directamente el abono de la franquicia de 300 euros por siniestro y con respecto a la póliza que tiene suscrita con El Puente Aceites y Subproductos, S.L., empresa que asume la franquicia general de 300 euros por siniestro, y respecto a la Compañía OCASO con relación a la póliza que tiene suscrita con González y Paris, S.L.- Condenando a las aseguradoras al abono de los intereses en la cuantía que resulte del correspondiente interés legal incrementado en un 50% desde la fecha de celebración con cada compañía aseguradora del acto de conciliación ante el CMAC".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de El Puente, Aceites y subproductos, S.L., Mapfre Seguros de empresas, Cia de Seguros y Reaseguros, S.A., Ocaso, S.A., y D. Marino , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2016, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando los tres Recursos de Suplicación interpuestos por "EL PUENTE, ACEITES Y SUBPRODUCTOS, S.L." y "MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS SEGUROS Y REASEGUROS, S.A."; "OCASO, S.A." y D. Marino contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. CUATRO DE JAÉN, en fecha 31 de marzo de 2015 , en autos nº 89-14, seguidos a instancia de D. Marino , sobre Seguridad Social, contra ATIENZA AGUILAR, S.L.; GONZÁLEZ Y PARÍS, S.L.; EL PUENTE, ACEITES Y SUBPRODUCTOS, S.L.; MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS, CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; OCASO, S.A.; siendo parte el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia".

TERCERO.- Por la representación de D. Marino , se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 17 de febrero de 2015 (Rec. nº 1219/2014).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 7 de abril de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

SEXTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de noviembre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el importe reconocido en la sentencia recurrida, por situación de incapacidad temporal e incapacidad permanente total, que le ha otorgado al demandante la sentencia recurrida, es ajustado a derecho y, por tanto, si procede incrementarla con el **daño moral** por incapacidad temporal y, en todo caso, sin descontar lo que se percibió por subsidio de incapacidad temporal, fijando como importe total por este concepto el de 28.870,61 euros.

A tal fin, la parte actora ha formulado el recurso señalando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala de lo Social, de 17 de febrero de 2015, rec. 1219/2014, invocando los arts. 1101 y 1902 del Código Civil, en relación con el Baremo de Valoración del **daño** corporal, establecido en el Anexo del RDL 8/2004.

2.- Impugnación del recurso.

La Aseguradora Ocaso ha impugnado el recurso poniendo de manifiesto que la sentencia recurrida no contradice la doctrina de esta Sala en tanto que aquella recoge el **daño** emergente, el lucro cesante y el **daño moral**, pudiendo el juzgador minorar del lucro cesante las prestaciones percibidas de la Seguridad Social, al ser conceptos homogéneos, es por ello por lo que llega a decir, finalmente, que no concurriría la contradicción con la sentencia referencial ya que en ella se cuestionaba el descuento sobre concepto heterogéneos.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso es procedente porque se ha vulnerado el art. 1101 y 1902 del Código Civil, al no seguir la sentencia recurrida el criterio jurisprudencial que se recoge en la sentencia de contraste por lo que no es posible descontar lo percibido como prestaciones de la Seguridad Social, en aplicación del Baremo de Accidentes de Tráfico.

SEGUNDO. -Sentencia recurrida.

1.- Debate en la instancia

La demanda de la que trae causa el presente recurso fue presentada por el trabajador, en la que reclamaba de las demandadas el pago de la indemnización de **daños** y perjuicios por accidente de trabajo.

Según los hechos probados, el trabajador sufrió un accidente de trabajo el 26 de octubre de 2011. Estuvo incapacitado para su actividad habitual 443 días de los cuales estuvo hospitalizado 35 días y 408 días fueron impeditivos. El demandante fue declarado en situación de invalidez con efectos de 10 de enero de 2013. El demandante percibió, en concepto de IT, un subsidio por 35,43 euros diarios.

En lo que aquí interesa, se razona por el juzgador de instancia que al demandante le correspondería por el periodo en que estuvo en IT lo siguiente: 35 días de hospitalización X 71,63 euros/día = 2.485 euros, más 408 días impeditivos x 58,24 euros/día, lo que supone un total de 23.761,92. A esta cantidad le resta el subsidio de IT -15.695,49 euros-, lo que supone un total como indemnización de 10.551,43 euros que, con el factor de corrección se incrementaría en 11.606,57 euros.

En consecuencia con todo lo reclamado en demanda, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Jaén, dictada el 31 de marzo de 2015, en los autos 89/2014, estima parcialmente la demanda, condenando de forma solidaria a los demandados a que abonen al actor la suma de 98.207,63 €, si bien de la citada suma y en virtud de las pólizas de seguro suscritas debían responder solidariamente las compañías de seguros demandadas, en concreto, Mapfre Seguros de Empresas con relación a la póliza que tiene suscrita con Atienza y Aguilar, S.L., empresa que asume directamente el abono de la franquicia de 300 euros por siniestro y con respecto a la póliza que tiene suscrita con El Puente Aceites y Subproductos, S.L., empresa que asume la franquicia general de 300 euros por siniestro, y respecto a la Compañía OCASO con relación a la póliza que tiene suscrita con González y Paris, S.L. Condenando a las aseguradoras al abono de los intereses en la cuantía que resulte del correspondiente interés legal incrementado en un 50% desde la fecha de celebración con cada compañía aseguradora del acto de conciliación ante el CMAC.

Se dictó auto de aclaración de sentencia en el que, respecto de lo reconocido por la situación de incapacidad temporal, se dice que la cantidad establecida en la sentencia es producto de la aplicación de la Tabla V apartado A, que ya incluye los **daños morales**.

La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación, entre otros, por la parte demandante.

2.- Debate en la suplicación.

El trabajador interpone recurso de suplicación en el que denunciaba la infracción de los arts. 1101 y 1902 del Código Civil porque, a su juicio y en lo que es objeto del presente recurso, debía incrementarse la indemnización por incapacidad temporal hasta el importe de 28.871,61 euros, partiendo de que el lucro cesante no puede identificarse con el **daño moral** y, por ello, no es posible deducir el subsidio de IT (como lucro cesante) a la cantidad por **daño moral**, obtenida de la Tabla V del Baremo.

La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Granada, desestima el recurso porque considera que las cantidades fijadas en la sentencia recurrida son ajustadas a derecho. Respecto de la indemnización por incapacidad temporal, recoge como doctrina que "2.- Por la Incapacidad Temporal [Tabla V].-a).- El lucro cesante.-En la aplicación de la Tabla V del Anexo se ha de tener en cuenta: 1º) el lucro cesante ha de cifrarse -

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

generalmente- en la diferencia entre salario real que se hubiera percibido de permanecer el trabajador en activo y las cantidades satisfechas por prestación; 2º) también ha de computarse -si es alegado y acreditado por la empresa para su descuento- el complemento de subsidio de IT establecido como mejora voluntaria; 3º) igualmente ha de considerarse -a efectos de determinar el lucro cesante- el incremento salarial que pueda establecerse por nuevo Convenio Colectivo que resultara aplicable durante el periodo de IT, aunque en este caso la prueba del incremento salarial pactado incumbe al accidentado; 4º) no procede aplicar a efectos de incremento los que en el Anexo figuran como "factores de corrección" por perjuicios económicos en atención a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, pues ya se ha partido -a efectos del lucro cesante- del 100 por 100 de los salarios reales dejados de percibir; 5º) la cifra así obtenida no puede compensarse con lo reconocido por otros conceptos, como **daño** emergente o **moral**. b).- El **daño moral**.-La determinación del **daño moral** para la situación de IT ha de hacerse -tras corrección del criterio inicialmente seguido por la Sala- conforme a las previsiones contenidas en la Tabla V, y justo en las cantidades respectivamente establecidas para los días de estancia hospitalaria, los impeditivos para el trabajo y los días de baja no impeditivos [el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta] al haberse tenido en consideración el lucro cesante". Partiendo de esta doctrina, la Sala de suplicación considera que " las cuantías calculadas por la Magistrada de instancia se han tenido en cuenta el lucro cesante tanto por IT como por IP, la responsabilidad civil adicional tiene en su caso carácter complementario de las prestaciones de Seguridad Social y de las posibles mejoras fijándose en cuento a la cuantía indemnización por incapacidad temporal en 11.606,57 teniendo en cuenta el factor de corrección, por secuelas 56.016,77 euros y por Incapacidad Permanente teniendo en cuenta dentro de los límites máximo y mínimo el factor de corrección aplicado del 40% que dan in acuantía total de 49.699,89 euros. También revisten carácter orientativo y no han de seguirse necesariamente los importes máximos previstos en el Baremo, los que pueden incrementarse en atención a factores concretos del caso y a los genéricos de la ya referida - y singular- exigencia culpabilística en la materia como acertadamente se ha efectuado en la sentencia que se recurre"

TERCERO. -Examen de la contradicción

1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales"

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales,

2.- Sentencias de contraste

La sentencia de contraste, dictada por esta Sala de lo Social de 17 de febrero de 2015, rec. 1219/2014, resuelve una reclamación de indemnización de **daños** y perjuicios, derivados de accidente de trabajo, centrándose el debate suscitado en el recurso en el cálculo de dicha indemnización.

La sentencia de instancia declaró como probado que la parte actora sufrió un accidente de trabajo del que resultó lesionada, causando baja por situación de incapacidad temporal durante 247 días, de los cuales 28 permaneció hospitalizada. Con posterioridad, y como consecuencia del accidente, fue declarada afecta de lesiones permanentes no invalidantes (pérdida del sentido del olfato y cicatrices). Percibió subsidio de incapacidad temporal en la suma de 7.158,38 €, así como un complemento de incapacidad temporal por la suma de 1.885,89 € (total: 9.047,27 €). Asimismo, obtuvo la indemnización de 1.910 € por las lesiones permanentes no invalidantes. El Juez de lo Social estimó la demanda, condenando al pago de la suma de 24.230,19 euros por los conceptos derivados del Baremo de Accidentes de Tráfico que se desglosaban en los siguientes: a) 1.848 € por los días de hospitalización; b) 11.751,54 € por los días impeditivos; y c) 9.476,53 € por el perjuicio estético (3 puntos) y la Anosmia (8 puntos) -incluyendo en ambos casos los **daños morales** a los que suma un 5% como factor de corrección-.

La sentencia de suplicación revocó parcialmente dicho pronunciamiento, al reducir el importe de condena, descontando lo percibido por subsidio de IT y complemento (9.044,27 euros), junto a lo percibido por lesiones permanentes no invalidantes.

La parte actora recurrió en unificación de doctrina y la sentencia de contraste estima el recurso, confirmando la sentencia de instancia, con base en la doctrina recogida a partir de la STS de 20 de noviembre de 2014, " se desprende que, calculados los **daños morales** con arreglo al Baremo, de tales cuantías no cabe descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social, ni por el complemento de las mismas; y ello con independencia de que se tales prestaciones afecten a la situación de incapacidad temporal o a las lesiones permanentes".

3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios.

En el presente supuesto, entre las sentencias comparadas existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS.

En efecto, en ambos casos se cuestiona la determinación del importe de indemnización correspondiente a la situación de incapacidad temporal en la que se encontró el trabajador accidentado, siendo que en la sentencia recurrida se fija un importe de 11.606. 57 euros, cuando el trabajador estuvo incapacitado para su actividad habitual 443 días de los cuales 35 días lo fueron de hospitalización y 408 días fueron impeditivos, mientras que en la sentencia de contraste, se sostiene que la indemnización por similar concepto debe ser de 13.599,54 euros (1.848 € por los 28 días de hospitalización y 11.751,54 € por los 219 días impeditivos), sin que se descuente lo percibido por subsidio de IT.

Esto es, la sentencia de contraste rechaza que pueda descontarse de la reparación del **daño moral** lo percibido de la Seguridad Social, mientras que en la sentencia recurrida se llega a la conclusión contraria.

CUARTO. - Motivos del recurso en relación con el punto de contradicción.

1.- Normas invocadas y fundamentación del único motivo de casación.

La norma sustantiva que se invoca, en relación con el punto de contradicción que se ha formulado, es el art. 1109 y 1902 del Código Civil. Según la parte recurrente, la sentencia recurrida debe ser casada por cuanto que la indemnización por **daño moral**, respecto de la situación de incapacidad temporal que ha reconocido no se ajusta a la doctrina de esta Sala que recoge la sentencia de contraste.

2.- Examen de la infracción normativa.

La cuestión que se suscita ya ha sido resuelta por la Sala en la sentencia que se invoca como de contraste y en otras posteriores, como la recogida en la de 12 de septiembre de 2017, R. 1855/2015, vienen a señalar que las cuantía que se fijan en el Baremo de Accidentes de Tráfico son imputables al **daño moral** y no pueden ser compensadas con las prestaciones de la Seguridad Social que atienden al lucro cesante.

Así y sin necesidad de reiterar todas las consideraciones que ya se recogen en la sentencia de contraste, en orden a la doctrina que esta Sala había establecido respecto de las vías de reparación del **daño** y los criterios legales para la valoración del mismo y en qué medida la utilización del Baremo de Accidentes de Tráfico debía adaptarse o acomodarse a la singularidad del accidente de trabajo, sin que debemos reiterar lo que en ella se señala respecto de la situación de incapacidad temporal que es objeto del presente recurso. En tal sentido y tomando la doctrina que se quedó establecida en la Sentencia del Pleno, de 23 de junio de 2014, R. 1257/2013, revisando la que hasta entonces estaba siendo aplicada, se dice que

"c) En cuanto a la situación de incapacidad temporal, la determinación del **daño moral** " ha de hacerse -tras corrección del criterio inicialmente seguido por la Sala- conforme a las previsiones contenidas en la Tabla V, y justo en las cantidades respectivamente establecidas para los días de estancia hospitalaria, los impeditivos para el trabajo y los días de baja no impeditivos [el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta]".

Hacíamos la matización respecto del modo de calcular la indemnización correspondiente a la baja por incapacidad temporal porque, si bien habíamos sostenido que, con excepción de los días en que se acredita hospitalización, el importe correspondiente al sufrimiento psicofísico debía situarse en el valor que el Baremo fija para el día "impeditivo" (STS/4ª/Pleno de 17 julio 2007 -rcud. 513/2006 - y STS/4ª de 14 y 15 diciembre 2009 - rcud. 715/2009 y 3365/2008-), en la STS/4ª/Pleno de 30 junio 2010 (rcud. 4123/2008) reconsideramos esta postura para entender que nada se opone a que, consecuencia del accidente de trabajo, el trabajador afectado sufra también **daños morales** más allá de su alta de incapacidad temporal -días "no impeditivos".

QUINTO.- La aplicación de la anterior doctrina al caso resuelto en la sentencia recurrida, conforme a lo informado por el Ministerio Fiscal, nos lleva a estimar el recurso por cuanto que, si bien aquella doctrina es la que recoge la sentencia recurrida resulta que, en su aplicación práctica, se ha apartado de ella al mantener el descuento de lo que el trabajador había percibido en concepto de subsidio de incapacidad temporal, siendo que el **daño moral** se obtiene de la Tabla V y no es concepto homogéneo que se identifique con lucro cesante, al que atiende el subsidio de IT.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

En consecuencia, la sentencia recurrida debe ser casada y, estimando parcialmente el recurso de suplicación de la parte actora, debemos ampliar la cantidad objeto de condena, en el concepto que aquí se recurre, a la de 15.695,49 euros, que es la cantidad descontada por la sentencia de instancia.

No procede imponer costas, en virtud de lo dispuesto en el art. 235 LRJS.

F A L L O

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

1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Marino representado y defendido por el Letrado Sr. Herreros Rull.

2) Casar y anular parcialmente la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, de 12 de mayo de 2016, Rec. 21/2016, manteniendo la sentencia en el resto de sus pronunciamientos, relativos a los recursos interpuestos por los demandados.

3) Resolviendo el debate de suplicación suscitado por el recurso de la parte demandante, estimar parcialmente el recurso de tal clase, interpuesto por D. Marino .

4) Revocar parcialmente la sentencia dictada el 31 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Jaén, en los autos nº 89/2014, seguidos a instancia de dicho recurrente contra Atienza Aguilar, S.L.; González y París, S.L., El Puente, Aceites y subproductos, S.L., Mapfre Seguros de empresas, Cia de Seguros y Reaseguros, S.A., Ocaso, S.A., sobre cantidad, en el sentido de fijar como cantidad objeto de condena la de CIENTO TRECE MIL NOVECIENTOS TRES EUROS CON DOCE CÉNTIMOS (113.903,12 EUROS), confirmando la sentencia de instancia en el resto de sus pronunciamientos.

5) No realizar imposición de costas

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ