



Roj: **STS 4801/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:4801**

Id Cendoj: **28079140012010100584**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2010**

Nº de Recurso: **4123/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 3403/2008,**  
**STS 4801/2010**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D<sup>a</sup> María Montoto García, en nombre y representación de D. Maximino , contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 1176/08, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Avilés, de fecha 24 de enero de 2008, recaída en autos núm. 449/07, seguidos a instancia de D. Maximino contra TOP 30, S.L. y ZURICH ESPAÑA CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., sobre CANTIDAD.

Han comparecido en concepto de recurridos el Letrado D. Iván Solano Carmona actuando en nombre y representación la empresa TOP 30, S.L. y el Procurador D. Federico J. Olivares de Santiago en nombre y representación de ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Con fecha 24 de enero de 2008, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Avilés, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por Maximino contra la empresa TOP 30 S.L. y ZURICH COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., a los cuales absuelvo de los pedimentos formulados en su contra".

**SEGUNDO**.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El demandante, Maximino , fue contratado por la empresa demandada TOP 30, S.L., el 13 de junio de 2001, con la categoría profesional de Aprendiz, mediante un contrato de formación de Almacenero, que finalizó el 12 de junio de 2002.

Interpuesta demanda de despido, el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Avilés, por sentencia de fecha 31 de julio de 2002 (Autos 871/02), declaró el referido contrato celebrado en fraude de ley y, por tanto, improcedente el despido de que había sido objeto el 12.06.02, confirmada por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 26.03.04.

En el hecho probado quinto de la Sentencia se recoge: "Por la empresa demandada se contrató con ITEM FORMACION S.L. la formación teórica del trabajador tanto para el contrato inicial como para la prórroga, habiendo remitido la citada empresa a la aquí demandada dos envíos de unidades didácticas.



No consta que el trabajador haya remitido ningún ejercicio a la empresa de formación, la cual emitió con fechas 31-12-2001 y 30-06-2002 los respectivos certificados de formación teórica, sin constar en los mismos cuál que el grado de aprovechamiento.

El horario de formación teórica que la citada empresa de formación señaló fue de Lunes a Viernes de 9.00 a 10.12 horas."

SEGUNDO.- Con fecha 6 de septiembre de 2001, el demandante sufrió un accidente de trabajo cuando procedía el desmontaje de una estructura autoportante, un rocódromo instalado en el Parque del Temple de Ponferrada con ocasión de las fiestas de la citada localidad. En la operación de desmontaje el solicitante portaba un cinturón de seguridad que fue a amarrar al brazo de la estructura que estaba desmontando, de forma que cuando ésta cayó al suelo, desde una altura aproximadamente de cinco metros, arrastró detrás al trabajador.

TERCERO.- Como consecuencia del referido accidente, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de León levantó Acta de Infracción a la empresa demandada, proponiendo la imposición de la sanción de 1.502,54 euros, por la comisión de una falta grave, al carecer el trabajador accidentado de experiencia en trabajos de desmontajes de estructuras en altura, así como de formación para este tipo de trabajos.

En dicha acta se recoge que "Tras las actuaciones practicadas, se ha podido comprobar lo siguiente:

El accidente se produjo el día 6 de septiembre de 2001, cuando la empresa procedía al desmontaje de una estructura autoportante, un rocódromo instalado en el Parque del Temple de Ponferrada con ocasión de las fiestas de la citada localidad. En la operación de desmontaje portaba un cinturón de seguridad que el trabajador fue a amarrar al brazo de la estructura que estaba desmontando, de forma que cuando ésta cayó al suelo, desde una altura aproximadamente de cinco metros, arrastró detrás al trabajador produciéndose el accidente.

El referido trabajador presta servicios en la empresa desde el 13 de junio de 2001, siendo su trabajo el de almacenero. Según el representante de la empresa, carece de experiencia en trabajos de desmontajes de estructuras de altura, no constando que anteriormente trabajara en esta actividad antes de hacerlo para TOP 30, S.L. A su vez, la empresa no ha impartido formación alguna al trabajador que le habilite a efectuar trabajos en altura como el desempeñado el día del accidente.

La propuesta fue aceptada por la Delegación de Trabajo mediante Resolución de fecha 9-05-02.

CUARTO.- Seguidas actuaciones administrativas sobre invalidez permanente, las mismas fueron resueltas con fecha 8.05.03 por resolución de la Dirección Provincial del INSS reconociendo al demandante las prestaciones correspondientes a las lesiones permanentes no invalidantes recogidas en los números 077 y 110 del Baremo, con una cuantía total de 1590,91 euros, que fue impugnada por la parte actora interesando una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, pretensión que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social Nº 2 de Avilés (Autos 843/03 ) dictada el 28.08.04 y posteriormente por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de fecha 17 de febrero de 2006 .

QUINTO.- Como consecuencia del accidente el actor presenta las siguientes secuelas:

Hiposmia .....	10 puntos
Resección intestinal .....	3 puntos
Lobectomía Hepática .....	10 puntos
Adherencias peritoneales .....	8 puntos
Callo hipertrófico clavicular .....	2 puntos
Algodistrofia muñeca .....	5 puntos
Cadera dolorosa .....	5 puntos
Material de osteosíntesis (alambre)	
en fémur derecho .....	8 puntos
PUNTUACION .....	46 puntos
Perjuicio estético importante .....	11 puntos
PUNTUACION TOTAL .....	57 puntos

El actor invirtió en su total curación cuatrocientos sesenta y tres (463) días durante los cuales permaneció incapacitado, y de los cuales treinta y tres (33) fueron de hospitalización.

SEXTO.- El actor realizó el siguiente informe:



"El jueves 6 de septiembre realizando los trabajos de desmontaje de un rocódromo, caí desde una altura de 5 m. Lo que ocurrió es que yo estaba anclado al brazo que desmontaba, y al terminar de quitarlo lo tiré al suelo desde una altura de 5 mts., su peso me llevó detrás. La situación que me llevó a realizar estas labores es que un compañero de trabajo, D. Epifanio D.N.I. NUM000 me pidió que lo hiciera, desconociendo estos hechos la dirección de la empresa. La dirección de la empresa me había enviado a esta obra a realizar labores propias de mi contrato, con mi conocimiento claro de que los trabajos de altura no lo eran.

Mi estado de salud ahora es bueno, me estoy recuperando y lo único que quiero es volver a trabajar cuanto antes, tengo el brazo derecho lastimado y la pierna derecha también, estoy haciendo recuperación".

Firmado: Maximino y Alberto Marcos Fernández en representación de la empresa TOP 30 S.L.

SEPTIMO.- La empresa TOP 30 S.L. tiene suscrita póliza de multiriesgo industrial con la aseguradora ZURICH siendo el nº (8) NUM001 , en la fecha del siniestro tenía un sublímite por víctima para la cobertura de responsabilidad civil patronal de 60.101,21 euros. En dicha póliza el riesgo que aparece recogido es: fabricación e instalación de rocódromos con madera, fibra y resinas de poliéster. Instalación de equipamientos deportivos en general.

OCTAVO.- Se presentó la papeleta de conciliación ante el UMAC de Avilés el día 9 de febrero de 2007, celebrándose el acto el día 16 de febrero de 2007, con el resultado de intentado sin avenencia".

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Maximino ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia con fecha 17 de octubre de 2008 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Maximino contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Avilés en autos seguidos a su instancia contra la empresa Top 30, S.L. y la aseguradora Zurich Cía de Seguros y Reaseguros, S.A. sobre y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada".

**CUARTO.-** Por la Letrada Dª María Montoto García, en nombre y representación de D. Maximino se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 11 de diciembre de 2008, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 7 de noviembre de 2006 .

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por la empresa TOP 30 S.L. y ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso.

**SEXTO.-** Dada la trascendencia y complejidad del presente asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del presente recurso se hiciera en Sala General, fijándose finalmente para el día 23 de junio de 2010 la celebración de tales actos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La STSJ Asturias 17/10/08 desestimó el recurso de suplicación [nº 1176/08] formulado contra la sentencia que en 24/01/08 [autos] había pronunciado el Juzgado de lo Social nº Dos de Avilés y por la que había desestimado la reclamación de responsabilidad civil presentada por Don Maximino frente a la empresa «TOP 30 SL» y «Zurich Compañía de Seguros y Reaseguros SA», en causa al accidente de trabajo [AT, en adelante] sufrido por el demandante en 06/09/01.

2.- Se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, señalando como decisión de contraste la STSJ Cataluña 07/11/06 [rec. 4774/05] y denunciando la infracción de los arts. 14, 15, 19 y 27 Ley 31/1995 [8 /Noviembre], en relación con los arts. 3,5 y 19 ET , la Directiva Marco CEE 89/391 [12 /Junio] y la Directiva CEE 94/33 [22/Junio], así como la vulneración del art. 1101 CC .

3.- Unánimemente sostiene esta Sala que el art. 217 LPL exige -para la viabilidad del RCUd-que exista contradicción entre la resolución que se impugna y otra decisión judicial, y que este requisito se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de sentencias que contengan pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientemente, SSTS 19/01/10 -rcud 1155/09-; 20/01/10 -rcud 401/09-; 20/01/10 -rcud 809/09-; 09/02/10 -rcud 1208/09-; 10/02/10 -rcud 194/09-; y 12/02/10 -rcud 113/09 -); porque la finalidad unificadora de este excepcional recurso tiene por consecuencia que no sea posible tal cometido cuando entre los supuestos de hecho contemplados en las sentencias a contrastar existan diferencias que justifiquen pronunciamientos diferentes y ambos ajustados a Derecho, (así, las SSTS



21/07/06 -rcud 619/05-; 28/03/07 -rcud 1007/06-; 18/04/07 -rcud 1314/06-; 19/04/07 -rcud 1802/06-; y 14/06/07 -rcud 999/06 -). El requisito se cumple adecuadamente en autos, puesto que:

a).- En ambas sentencias se trata de accidentes de trabajo [en adelante AT] sufrido por un Aprendiz: de Almacenero y con 18 años, en la recurrida; de Mecánico y con 16 años, en la de contraste.

b).- Los dos AT se producen en ausencia del preceptivo tutor: en la recurrida, al desmontar un rocódromo sito en Ponferrada, población a la que había sido enviado desde Asturias, junto con otros dos compañeros; y en la referencial, al iniciar el desmontaje del sistema neumático de frenos de un vehículo, después de que el tutor le dejase para atender el teléfono. Y

c).- En ambos casos el AT tiene lugar por impericia y a consecuencia de acciones realizadas sin orden empresarial.

Pese a esta identidad sustancial en los hechos, cuyas posibles divergencias operarían reforzarían - a *fortiori* - la contradicción [recientes, SSTS 22/12/08 -rcud 86/07-; 29/01/09 -rcud 326/08-; 27/02/09 -rcud 1715/08-; 10/06/09 -rcud 2461/08-; y 21/07/09 -rcud 1067/08 -], las resoluciones contrastadas llegan a diversa conclusión en orden a la responsabilidad civil exigible a la empresa, pues mientras que en la que se recurre se excluye toda negligencia o infracción empresarial causalmente conectadas con el resultado dañoso, la decisión referencial sí aprecia tal nexo, al atribuir el AT -en mayor o menor medida- a la ausencia de formación específica de prevención de riesgos y no haberse advertido al accidentado la necesidad de esperar al tutor para iniciar la operación que iba a acometerse.

**SEGUNDO.**- 1.- Indudablemente, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante *culpa o negligencia*, tal como evidencia la utilización de tales palabras en los arts. 1.101, 1.103 y 1.902 CC. Aunque esta Sala IV ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil del empresario por el AT «es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional» (SSTS 02/02/98 -rcud 124/97-; 18/10/99 -rcud 315/99-; 22/01/02 -rcud 471/02-; y 07/02/03 -rcud 1648/02 -), lo que cierto es que más modernamente se ha venido abandonando esta rigurosa -por subjetiva- concepción originaria, insistiéndose en la simple exigencia de culpa -sin adjetivaciones- y en la exclusión de la responsabilidad objetiva (valgan como ejemplo las SSTS 18/07/08 -rcud 2277/07-; 14/07/09 -rcud 3576/08-; y 23/07/09 -rcud 4501/07 -), siquiera también en ocasiones se hayan efectuado afirmaciones más próximas a la postura que en esta sentencia mantendremos (así, entre otras, las SSTS 08/10/01 -rcud 4403/00-; y 17/07/07 -rcud 513/06-).

2.- Esa oscilante doctrina no solamente obedece a la razonable -y deseable- evolución de la jurisprudencia, sino muy primordialmente a que el AT ha sido considerado tradicionalmente como supuesto prototípico de caso fronterizo o mixto entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, como corresponde a todas aquellas relaciones contractuales en las que con la ejecución de la prestación se compromete directamente la integridad física de una de las partes [las llamadas «obligaciones de seguridad, protección o cuidado»].

Y esta cualidad fronteriza ha determinado que por la Sala se enfocase la responsabilidad empresarial por AT que se demandaba, a veces por el cauce de la responsabilidad extracontractual, y otras por el de la responsabilidad estrictamente contractual, con aplicación -más o menos próxima o discrepante- de la doctrina procedente de la Sala Primera, sin llegarse -por ello- a soluciones del todo coincidentes. En el bien entendido que en los posibles supuestos de yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales, como se estaba en presencia de un concurso de normas, a resolver de acuerdo a los principios de la «unidad de culpa civil» y del «iura novit curia», se entendía que las acciones podían ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra, e incluso simplemente proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplicase las normas de ambas responsabilidades que más se acomodasen a ellos; todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible [SSTS -Sala Primera- 89/1993, de 15/02; 24/07/98 -rec. 918/94-; 08/04/99 -rec. 3420/94- .... 29/10/08 -rec. 942/03-; 26/03/09 -rec. 2024/02-; y 27/05/09 -rec. 2933/03 -).

Sometida de nuevo la cuestión a enjuiciamiento, la Sala llega a la diversa conclusión de que la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual; y que tan sólo merece la consideración extracontractual, cuando el contrato ha sido únicamente el antecedente causal del daño, cuyo obligación de evitarlo excede de la estricta órbita contractual, hasta el punto de que los perjuicios causados serían igualmente indemnizables sin la existencia del contrato. Y aún en los hipotéticos supuestos de yuxtaposición de responsabilidades, parece preferible aplicar la teoría -más tradicional, en la jurisprudencia- de la «absorción», por virtud de la cual el contrato absorbe todo aquello que se halla en su órbita natural [en general, por aplicación del art. 1258 CC ; y en especial, por aplicación de la obligación de seguridad] y el resarcimiento de los daños ha de encontrar ineluctable cobijo en la normativa contractual; tal como el trabajador de autos sostiene.



3.- El punto de partida no puede ser otro que recordar que el Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador «a su integridad física» [art. 4.2 .d)] y a «una protección eficaz en materia de seguridad e higiene» [art. 19.1]. Obligación que más específicamente -y con mayor rigor de exigencia- desarrolla la LPRL [Ley 31/1995, de 8 /Noviembre], cuyos rotundos mandatos -muy particularmente los contenidos en los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL- determinaron que se afirmase «que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado» y que «deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran» (STS 08/10/01 -rcud 4403/00 -, ya citada).

4.- Existiendo, pues, una deuda de seguridad por parte del empleador, ello nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del art. 1.101 CC , que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que «en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». Con todas las consecuencias que acto continuo pasamos a exponer, y que muy resumidamente consisten en mantener - para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo- la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en su necesario grado y en la prueba de su concurrencia.

**TERCERO.-** 1.- No puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario «crea» el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo «sufre»; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (art. 20 ET ) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL ), estableciéndose el deber genérico de «garantizar la seguridad y salud laboral»de los trabajadores (art. 14.1 LPRL ).

2.- La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias.

Sobre el primer aspecto [carga de la prueba] ha de destacarse la aplicación -analógica- del art. 1183 CC , del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LECiv , tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos [secuelas derivadas de AT] y de los impeditivas, extintivos u obstativos [diligencia exigible], cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria [es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta].

Sobre el segundo aspecto [grado de diligencia exigible], la afirmación la hemos hecho porque la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente [vid. arts. 14.2, 15 y 16 LPRL ], máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL [«... *deberá garantizar* la seguridad ... en todo los aspectos relacionados con el trabajo ... mediante la adopción de *cuantas medidas sean necesarias* para la protección de la seguridad»] y 15.4 LPRL [«La efectividad de las medidas preventivas *deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias* que pudiera cometer el trabajador»], que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera -como veremos- la producción del accidente no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención.

Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL ).

3.- Pero -como adelantamos antes- el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL], pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente.





4.- En último término no parece superfluo indicar expresamente que no procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado, y no solamente porque esta conclusión es la que se deduce de los preceptos anteriormente citados y de las argumentaciones jurisprudenciales ofrecidas en el apartado 4 del fundamento jurídico anterior, sino por su clara inoportunidad en términos finalísticos, pues tal objetivación produciría un efecto «desmotivador» en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención; y exclusivamente actuaría de freno la posible sanción administrativa, cuyo efecto disuasorio únicamente alcanzaría a la más graves infracciones [de sanción cuantitativamente mayor]. Planteamiento que se ajusta a la Directiva 89/391/CEE, tal como se deduce de la STJCE 2007/141 [14 /Junio], al decirse en ella, interpretando el alcance de la obligación prevista para el empleador en el art. 5.1 [«el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo»], que tal precepto no era conculcado por el art. 2 de la Ley del Reino Unido relativa a la Salud y Seguridad en el Trabajo, al disponer que «El empresario garantizará la salud, la seguridad y el bienestar de todos sus trabajadores en el trabajo, en la medida en que sea razonablemente viable».

**CUARTO.-** 1.- Aunque la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso -falta contenido casacional- revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni puede descender al examen de la valoración de las pruebas referidas a tales hechos que hayan efectuado los órganos jurisdiccionales en las sentencias enfrentadas (recientemente, SSTS 16/06/09 -rcud 1227/08-; 02/11/09 -rcud 68/08-; 04/11/09 -rcud 4450/07-; 18/01/10 -rcud 3237/07-; y 02/02/10 -rcud 2033/09 -), ello no impide; a) que la Sala determine la trascendencia que poseen unos hechos declarados probados por la sentencia recurrida, lo que no cabe confundir con la revisión fáctica (así, por ejemplo, en SSTS 26/07/93 -rcud 2350/92-; 02/06/00 -rcud 311/99-; y 26/02/04 -rcud 2569/03-); y b) que cuando un motivo por error de hecho que ha quedado patentizado con prueba idónea invocada al efecto y se rechaza en suplicación únicamente porque el Tribunal considera que la revisión es intrascendente a efectos decisorios, ese rechazo no debe impedir que los datos de hecho se tengan en cuenta por esta Sala si considera que tienen la trascendencia que en suplicación se les niega (entre las últimas, SSTS 21/03/02 -rcud 2456/01-; 13/10/04 -rcud 6096/2003-; 28/02/06 -rcud 3622/04-; 28/06/06 -rcud 428/05-; y 24/07/08 -rcud 456/07 -).

2.- En el caso que debatimos, son tres las revisiones fácticas que la Sala de suplicación rechaza por considerarlas irrelevantes: a) que el trabajador accidentado carecía de tutor y de formación alguna para trabajos de altura; b) la inexistencia de alegaciones por parte de la empresa en el expediente administrativo en materia de riesgos laborales y que culminó con una sanción pecuniaria; y c) que el «informe» firmado conjuntamente por el actor y por el representante de la empresa se suscribió el mismo día en que se presentó en el INEM la prórroga del contrato. Muy contrariamente a lo que afirma la sentencia recurrida, tales datos -que además cuentan con adecuada prueba de soporte y son rechazados por los impugnantes del recurso con la misma argumentación de irrelevancia-, a nuestro juicio tienen la negada trascendencia y nos llevan -conjuntamente con otros datos-a una conclusión diversa a la que deduce la Sala de Asturias; en concreto, a la más que dudosa exactitud de un «informe» que ofrece débiles flancos [es poco creíble que un aprendiz de Almacenero sea enviado con dos compañeros a lejana población para realizar su trabajo en calidad de tal para el desmontaje de una estructura autoportante; la firma del documento se hace junto con la representación de la empresa y en mismo día en que se le prorroga por aquélla el contrato; no parece razonable que en el curso del expediente sancionador la empresa no hubiera alegado la iniciativa del trabajador al acometer funciones -arriesgadas- que no le competían], y en todo caso la ausencia -indebida- de tutor del Aprendiz, ya fuese para el cometido de Almacenero ya para el Mecánico desmontador de estructuras.

**QUINTO.-** 1.- De esta forma, el relato de hechos que se ha efectuado por la sentencia de instancia, complementado por los datos cuya revisión fue rechazada por la Sala de Suplicación exclusivamente por considerarlos irrelevantes y que ofrecen prueba avalatoria, resultaría los siguientes: 1º)- El actor fue contratado -con 18 años cumplidos- como Aprendiz de Almacenero en 13/06/01; 2º).- En 06/09/01 fue enviado de Gozón [Avilés] a Ponferrada junto con dos compañeros, para desmontar un rocódromo, y hallándose encaramado a una altura de cinco metros y sujeto con cinturón de seguridad al brazo de la estructura, al desmontar ésta cayó conjuntamente con ella, sufriendo lesiones de diversa consideración; 3º).- La actividad de Ponferrada fue desarrollada sin la asistencia de tutor alguno; 4º).- Como consecuencia del accidente, el actor presenta secuelas que alcanzan una puntuación de 57 puntos en el Anexo de la LRCSCVM y que en vía administrativa fueron calificadas como lesiones permanentes no invalidantes e indemnizadas con 1590,91 euros, rechazándose en vía judicial -por el Juzgado y la Sala de Suplicación- la existencia de IPT; 5º).- Invirtió en su curación -con incapacidad para el trabajo- 463 días, de los que 33 fueron de hospitalización; 6º).- En 21/01/02 suscribe documento -también firmado por el representante de la empresa- en el que afirma que fue



enviado a Ponferrada para cumplir sus funciones de Almacenero y que si procedió a auxiliar en el desmontaje de la plataforma fue a instancia de un compañero; 7º).- Ese documento fue suscrito el mismo día en que la empresa presentó la prórroga del contrato en el INEM; 8º).- En el expediente administrativo sancionador abierto a la empresa por infracción de medidas de seguridad y que concluyó con la imposición de una multa de 1502,54 euros, por falta grave consistente en carecer el trabajador en falta de experiencia y formación para trabajos de desmontajes de estructuras en altura.; 9º).- En 12/06/02 se le comunicó al trabajador su cese y esta decisión fue calificada de despido improcedente -por fraude- por sentencia que ha adquirido firmeza; y 10).- La empresa «TOP 30 SL» tiene suscrita póliza con la aseguradora «Zurich, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA» con el límite de responsabilidad por víctima de 60.101,21 euros.

2.- Tales hechos probados consienten afirmar la existencia de culpabilidad justificativa de la responsabilidad civil que se demanda, por concurrir la infracción de los preceptos que el recurso denuncia. No los de las Directivas CE 89/391 [12/Junio] y 94/33 [22 /Junio], por no hacerse indicación del precepto de las mismas que se considera vulnerado y no ser válida la cita o mención genérica de un precepto extenso y complejo, que contenga en su seno disposiciones diversas, pues en tal caso es obligado identificar el extremo o extremos específicos del mismo que se consideren conculcados (por ejemplo, SSTS 22/07/91 -rec. 98/91-; 14/06/94 -rcud 3559/93-; y 28/04/06 -rcud 5177/04- LGS ); y porque -en todo caso- el ámbito de aplicación de la segunda de ellas se limita a las personas menores de 18 años [art. 2], edad que ya había cumplido el trabajador en la fecha del accidente.

Más en concreto, la empresa demandada incurrió en la decisiva vulneración de fundamentales preceptos, siquiera tampoco del art. 27 LPRL , que va referido al trabajo de menores y actor ya había cumplido 18 años cuando suscribe el contrato formativo. En efecto: a) en manera alguna consta que se hubiese proporcionado al trabajador -conforme disponen los arts. 19.4 ET y 15.3 LPRL- la información «suficiente y adecuada» para acceder a la zona de «riesgo grave» cual era la de desmontaje de la estructura [bien le hubiese enviado como simple Almacenero, bien como colaborador de los otros dos Mecánicos]; b) como consecuencia de ello en manera alguna se previeron -como es obligado ex art. 15.4 LPRL - las «distracciones o imprudencias no temerarias» del trabajador [la ignorancia y falta de formación -que no la temeridad- están en la base de la actuación del Aprendiz]; c) mal puede entenderse observada la obligación de «garantizar la seguridad y la salud» del trabajador [art. 14.2 LPRL ] y el derecho a su «integridad física» [art. 4.2.d) ET ] y a una «protección eficaz» [art. 19.1 ET ], si el mismo carecía de adecuada formación y en el momento del accidente no tenía el imprescindible tutor [art. 8.3 RD 488/1998, de 27 /Marzo], que es un extremo sobre el que se insiste una y otra vez en todas las fases del procedimiento, puesto que la presencia del mismo hubiese impedido -propiamente, debido impedir- que el inexperto trabajador llevase a cabo funciones para las que carecía de adecuada formación y que ponían en riesgo su integridad; y d) en todo caso, aún aceptando la veracidad del «informe» suscrito conjuntamente por el actor y el representante de la empresa [nos remitimos a las consideraciones más arriba indicadas sobre su escasa fiabilidad], de todas formas nos hallaríamos ante una responsabilidad empresarial *in vigilando o in eligendo* , dado que - según la cuestionable versión suscrita- el Aprendiz actuaría atendiendo a los requerimientos de otro de los dos empleados, que hemos de suponer -en caso contrario la responsabilidad de la empresa sería más evidente- ostentaba la categoría profesional y formación que le autorizasen trabajos en altura y desmontar estructuras metálicas.

4.- Frente a esta clara negligencia empresarial, la que pueda atribuirse al accidentado -como factor corrector a la baja, conforme al Criterio 7 del Anexo a la LRCSCVM- se presenta incluso como consecuencia de aquélla, puesto que la actuación indebida del Aprendiz más que nada ha de atribuirse no sólo a su inexperiencia [componente decisivo en el mecanismo compensatorio], sino muy especialmente a la falta de formación y -sobre todo- a la ausencia del obligado tutor; y, en su caso, a que hubiese sido requerido por un compañero experimentado. Por lo que la actuación del lesionado carece de relevancia a los efectos de una posible compensación de culpas y responsabilidades.

**SEXO.-** 1.- Ante determinadas secuelas o daños derivadas de AT, la falta de toda previsión legal específica en la materia y la factible aplicación analógica de otra normativa -ex art. 4.1 CC -, han determinado que la doctrina unificada admita la aplicación orientativa del Anexo introducido por la DA Octava de la Ley 30/1995 [8 / Noviembre] en la LRCSCVM [Decreto 632/1968, de 21 /Marzo], cuyos módulos [cuantitativamente actualizados por Resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones] pueden servir de ayuda para determinar la indemnización por daños y perjuicios derivados. Pero en el bien entendido que esa aplicación orientativa de la LRCSCVM no implica una reproducción mimética, pues no hay que olvidar -resumimos- que: a) ello sería opuesto, por definición, a la aplicación orientativa; y b) con el Baremo del Anexo se está regulando la responsabilidad de una aseguradora de automóviles en el marco de una responsabilidad objetiva en materia de accidentes de tráfico, mientras que en el supuesto de accidentes de trabajo se trata de la indemnización que pueda atribuirse al empleador por concurrencia de culpabilidad en la producción del resultado lesivo. Y por lo mismo, tampoco han de seguirse necesariamente los concretos importes máximos previstos en el citado



Anexo, pues bien pudieran incrementarse en atención a diversos factores (SSTS -recogiendo precedentes sobre la aplicación analógica-de 17/07/07 -rcud 513/06-; 17/07/07 -rcud 4367/05-; 20/09/07 -rcud 3326/06-; 30/01/08 -rcud 414/07-; y 20/10/08 -rcud 672/07 -).

2.- Sobre la fijación y actualización de los importes fijados conforme al Baremo del Anexo a la LRCSCVM, hemos indicado que como se trata de una deuda de valor, el régimen jurídico para secuelas y puntos lo determina la fecha del accidente, aunque los puntos y criterios valorativos son los de la fecha de consolidación (SSTS -ambas de Sala General- de 17/07/07 -rcud 513/06-; y 17/07/07 -rcud 4367/05 -).

3.- Por otro lado, el objetivo perseguido por la directriz I.2 fijada en la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa [«La indemnización destinada a reparar el daño se calculará según el valor que tenga el daño al dictarse la sentencia»], puede ser logrado -con carácter general- con una interpretación flexible de los intereses moratorios prevista en los arts. 1.101 y 1108 CC, de manera que con ello pueda alcanzarse una solución satisfactoria para los intereses del acreedor en todos los supuestos; flexibilidad de que hace gala la más reciente jurisprudencia civil en torno a la regla «in illiquidis non fit mora» que se deriva de aquellos preceptos [especialmente las SSTS -Sala I- 19/02/04 -rec. 941/98-; 05/04/05 -rec. 4206/98-; 03/06/05 -rec. 4719/98-; y 09/02/07 -rec. 4820/99 -, en línea con los numerosos precedentes que cita] y que con mayor rotundidad ha de mantenerse en el campo del Derecho del Trabajo, no sólo porque éste es un terreno en el que los principios sociales han de imperar todavía con más fuerza que en el Derecho Civil [lo que justificaría interpretaciones «matizadas» respecto de las que hubiera llevado a cabo la propia jurisdicción civil, aun a pesar de ser ésta la genuina intérprete de las disposiciones del Código], sino también porque los intereses en juego -afectantes a valores de singular trascendencia- imponen una interpretación pro operario, contraria al tradicional *favor debitoris* que informa la práctica civil. Y estas singularidades de nuestro Ordenamiento laboral justifican plenamente que en el ámbito de esta jurisdicción social, la interpretación de los arts. 1.101 y 1.108 CC atienda - incluso- a un mayor automatismo que el orden civil, de manera que la regla general en la materia ha de ser -supuestos exorbitantes aparte- la de que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial» (STS 30/01/08 -rcud 414/07-; y 08/06/09 -rcud 2873/08 -).

4.- Respecto del abono -solicitado por la recurrente- de los intereses previstos en el art. 20 LCS, esta Sala IV -siguiendo criterios de la Sala 1ª - ha entendido, por aplicación de su apartado 8º [«No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una *causa justificada o que no le fuere imputable* »], que no ha lugar a ello cuando el retraso en el pago por parte de la aseguradora estaba fundado en situaciones discutibles, tales como la determinación de la entidad aseguradora responsable, de la fecha del hecho causante o de la cuantía de la indemnización (así, superando el automatismo, las sentencias -entre otras anteriores- de 14/11/00 -rcud 3857/99-; 26/06/01 -rcud 3054/00-; 20/03/03 -rcud 3516/03-; 26/07/06 -rcud 2107/05-; y 10/12/06 -rcud 3744/05 -).

**SÉPTIMO.-** 1.- Un tratamiento aparte merece la reparación que haya de darse a la situación de IT, respecto de la que nuestra doctrina de la Sala sigue inmodificada desde las ya citadas SSTS -Sala General- de 17/07/07 [-rcud 513/06 y 4367/05-]. Materia de la que se trata la Tabla V del Baremo, bajo el epígrafe «Indemnizaciones por incapacidad temporal». Y en su desarrollo, la citada Tabla contiene dos apartados:

1º).- El apartado «A)», referido a lo que califica como «indemnización básica, incluidos daños morales», que establece una «indemnización diaria» para cada «día de baja», atribuyendo un importe diferente para los días de baja con «durante la estancia hospitalaria» y para los días «sin estancia hospitalaria», entre los que distingue -con diferente importe- para el día «impeditivo» y el «no impeditivo». Y

2º).- El apartado «B)», que destina a lo que denomina «factores de corrección» y que consagra a los «perjuicios económicos» y a determinados elementos de «disminución» de la indemnización [los del apartado Primero.7 del propio Anexo].

2.- El lucro cesante, salvo prueba acreditativa de un daño o perjuicio mayor, ha de ser fijado -así lo ha establecido la Sala desde las precitadas sentencias de Sala General- en cuantía equivalente al 100 por 100 del salario dejado de percibir en dicho período por el accidentado [incluidas las posibles mejoras de convenio, a justificar por el reclamante]; de forma que la indemnización por tal concepto ascenderá a la diferencia entre lo percibido por subsidio de IT y, en su caso, por posibles mejoras colectivas o personales [acreditados por la parte a quien beneficie su invocación] y el importe del 100 por 100 de aquel salario dejado de percibir;

3.- Esta determinación del lucro cesante determina que no proceda aplicar a los accidentes de trabajo los que en el Anexo de la LRCSCVM figuran como «factores de corrección» por perjuicios económicos en atención a los ingresos netos .anuales de la víctima por trabajo personal, dado que ya se ha partido -para fijar los daños y perjuicios- del importe del 100 por 100 del salario dejando de percibir» (SSTS 14/12/09 -rcud 715/09-; y 15/12/09 -rcud 3365/08 -).





4.- Por lo que se refiere al daño moral -por el sufrimiento psicofísico durante la IT-, desde la STS 15/07/07 [-rcud 513/06-] [FJ 11.2 ] y hasta las más recientes [sentencias de 14/12/09 -rcud 715/09- y 15/12/09 -rcud 3365/08 -], hemos entendido que su importe básico por tal concepto había de situarse en el correspondiente al día «no impeditivo» -salvo que se acreditase un daño mayor-; y que tratándose de los días de baja hospitalaria -por su mayor sufrimiento de todo orden- que el resarcimiento se identificaba con la cantidad prevista para tal supuesto en el Anexo.

Pero una reconsideración del tema nos lleva a matizar este criterio, reargumentando su presupuesto y ampliando sus soluciones, porque con el mismo se resarcían de igual manera dos supuestos diferentes: los días de baja no impeditivos [el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta] y aquellos otros que sin comportar estancia hospitalaria de todas formas sean impeditivos [para la actividad u ocupación habitual]; supuestos en los que -es obvio- el sufrimiento psíquico es de muy diferente intensidad.

Desde el momento en que las cantidades previstas en la Tabla V como «indemnización básica» para la IT se declaran «incluidos los daños morales»- [apartado «A)»], no cabe la menor duda de que la cantidad prevista para los días no impeditivos para el trabajo [aquellos que son posteriores al alta laboral, pero anteriores a la completa curación] son los únicos en los que no se contempla el perjuicio económico [al no ser impeditivos permiten al accidentado trabajar y obtener el habitual salario] y que por lo mismo resarcen exclusivamente el dolor moral inherente a dolencias -no permanentes- que todavía persisten y obstan la declaración de sanidad completa. Pero ese resarcimiento legalmente cuantificado se nos presenta en su mínima expresión, precisamente porque también se corresponde con el mínimo de sufrimiento -dolor moral- padecido en todo el proceso de curación, al afectar a la fase de sanidad en la que la víctima está capacitada «para desarrollar su ocupación o actividad habitual» [el trabajo, en el caso de que tratamos]. Y es precisamente esta consideración la que lleva a entender que la cantidad resarcitoria que ha de atribuirse a tal etapa «no impeditiva» ha de ser inferior -como hasta ahora hemos venido entendiendo- no solamente a la que en justicia ha de corresponder a los días de «estancia hospitalaria» [a los que asimilar los de inmovilización o permanencia obligada en el domicilio], sino que igualmente ha de serlo respecto de la que deba atribuirse a los días simplemente «impeditivos» y sin estancia hospitalaria, pues no cabe duda de que -en un orden natural de las cosas- el sufrimiento psico-físico de la víctima ha de ser mayor cuando se está incapacitado que cuando se está en condiciones de desarrollar la ocupación habitual.

5.- No plantea excesiva dificultad -en los términos orientativos de que tratamos- identificar el resarcimiento del daño moral correspondiente al día «no impeditivo» con el importe que el Baremo indica, pues como por definición tales días no determinan perjuicio económico atribuible a la falta de trabajo, la cantidad legalmente fijada ha de atribuirse exclusivamente a daño moral. Y aunque la previsión legal del resarcimiento de los restantes días [«impeditivos» e «impeditivos con estancia hospitalaria»] no deje de contener un cierto factor económico [se les califica de «indemnización básica, incluidos daños morales»], pese a todo no hay que olvidar que estas cantidades se corresponden a una responsabilidad objetiva [la propia de la LRCSCVM] y de la que estamos tratando -por AT- requiere culpabilidad empresarial; elemento subjetivo éste que justifica no se minoren las previsiones de la Tabla V a los efectos de determinar el resarcimiento del daño moral en la situación de IT, aceptando por ello -simplificadamente- sus tres categorías e importes indemnizatorios para días -sin sanidad- no impeditivos, impeditivos y con permanencia hospitalaria.

**OCTAVO.-** Aplicadas las indicaciones anteriores al concreto caso que es objeto de debate, las conclusiones no pueden ser sino las que siguen:

1ª).- Que el valor del punto atribuible a las lesiones permanentes [57 puntos, según el relato de hechos] ha de ser el previsto en Resolución 20/01/03 [«Da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante el año 2003 el sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación»], por cuanto que era la disposición vigente en la fecha de consolidación de las lesiones [alta médica], y conforme a ella el valor del punto -en la horquilla entre 55 y 59 puntos; para un menor de 20 años- ascendía a 1.807,473090 euros [Tabla III]. Lo que supone un resarcimiento de 103.025,9661 euros.

2ª).- Que tal cantidad correspondiente a lesiones permanentes ha de ser incrementada por el factor de corrección denominado «perjuicios económicos» [hipotéticos/futuros] en función de los ingresos netos de la víctima por trabajo personal, que establece la Tabla IV [a diferencia de la exclusión de los factores de corrección previstos en la Tabla V para la situación de IT, por la razón que hemos expresado en el apartado 3 del precedente fundamento séptimo]. Porcentaje que se fija en el 10 % [conforme a la citada Tabla IV], a pesar de no que consta en el relato de hechos el salario percibido por el trabajador, siendo así que la sentencia firme por despido -a la que se refieren la decisión recurrida y la de instancia- fija una retribución diaria por todos los conceptos de 31,36 euros [sobre la base de considerar fraudulento el contrato y aplicar la retribución salarial de Convenio para un Almacenero a jornada completa], que resulta notablemente inferior a los 21.997 ,571907



euros/año que la referida norma contempla como límite máximo del primer tramo] y tal importe es el que se ha de tener en cuenta, en obligada aplicación del efecto positivo de cosa juzgada previsto en el art. 222.4 LECiv [«Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada ... vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto»]. Lo que nos lleva a 10.302,59661 euros.

3ª).- Que de la suma así obtenida por lesiones permanentes y factor de corrección [113.328,5627 euros] ha de ser deducida la ya lucrada de la EG de la Seguridad Social por Lesiones Permanentes No Invalidantes [1.590,91 euros], al objeto de evitar duplicidad indemnizatoria por el mismo concepto. De esta forma, por el concepto de que tratamos el resarcimiento adecuado comporta 111.737,6527 euros.

4ª).- Que la misma disposición legal -Resolución 20/01/03 - es aplicable para calcular el resarcimiento por daño moral correspondiente a los 463 días de baja [Tabla V], que señala la cantidad diaria de 54,95542 euros para los 33 días de baja hospitalaria [33 días 1.813,532886 euros] y la cifra de 44,652581 euros para los 430 días del periodo -impeditivo- de baja laboral [430 días 19.200,0938 euros]. O lo que es lo mismo, la suma de 21.014,13271 euros.

5ª).- Que la cifra que corresponde al lucro cesante en la misma situación de IT viene determinada por la diferencia entre las cantidades percibidas por IT y las que le hubieran correspondido por salario, incluyendo -como si permaneciese en activo- el periodo posterior a la extinción del contrato. Y al efecto ha de tenerse en cuenta que si el salario diario era de 31,36 euros/día, le hubiera correspondido percibir 14.519,68 euros en los 413 días de baja [nos remitimos al efecto positivo de cosa juzgada de que hemos tratado más arriba], de forma que el lucro cesante sería el 25% de esta cantidad [salario hipotéticamente percibido menos el 75% abonado en concepto de subsidio por IT], o lo que es igual, 3.629,92 euros.

Ciertamente que los términos de la resolución bien pudieran haber sido otros en este concreto aspecto [lucro cesante en la IT], si el debate suscitado por las partes hubiese sido diverso al realmente planteado. En efecto, podría haber operado un posible complemento del subsidio de IT a cargo de la empresa que redujese el lucro cesante [a probar por ésta: STS 17/07/07 -rcud 513/06 -]; y también podría haberse tenido en cuenta el más que posible incremento salarial previsto en Convenio Colectivo durante el periodo de IT [cuya invocación y probanza correspondía igualmente al operario accidentado: STS 17/07/07 -rcud 513/06 -]. Pero lo cierto es que la demanda se limita a pretender la aplicación directa de las cantidades previstas en Tabla V del Anexo a la LRCSCVM y la empresa a negar su responsabilidad en el accidente, con lo que el juego de estos elementos correctores se hace imposible.

6ª.- Que de esta cantidad total indemnizatoria, la aseguradora «Zurich, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA» responderá hasta el límite de 60.101,21 euros; sin que pueda imputársele -hasta la fecha- el incremento previsto en el art. 20 LCS, habida cuenta de que su oposición -tal como inicialmente estuvo planteada la litis, con el «informe» del actor- era del todo comprensible y razonable.

7ª.- Que a la cifra indemnizatoria así obtenida ha de aplicársele, desde su devengo en la fecha de la consolidación de las secuelas y hasta la presente, el interés legal moratorio; y desde la fecha de esta sentencia, los oportunos intereses procesales [art. 576 LECiv], a excepción de la cantidad de que responde la referida aseguradora, que hará frente al incremento del 20 % desde la fecha de esta sentencia; pero no antes, como se dijo.

**NOVENO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la decisión recurrida ha de ser casada y anulada, en los términos que hemos adelantado. Sin imposición de costas [art. 233.1 LPL].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Maximino y revocamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 17/Octubre/2008 [recurso de Suplicación nº 1176/08], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 24/Enero/2008 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Avilés [autos 449/07], y resolviendo el debate en Suplicación estimamos parcialmente el de tal clase formulado por el trabajador, declarando su derecho a ser indemnizado -s.e.u.o.- con 136.381,70 euros, desglosados en la forma siguiente:

- a).- Por resarcimiento de las secuelas, incluido el daño moral a ellas atribuible, la cantidad de 111.737,6527 euros;
- b).- Por daño moral durante la situación de Incapacidad Temporal, un total de 21.014,13271 euros; y



c).- Por lucro cesante durante la misma situación de IT, la cantidad de 3.629,92 euros.

Y condenamos al pago de tales cantidades a la empresa «TOP 30, SL» y a «ZURICH, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA», respondiendo esta última hasta el límite asegurado de 60.101,21 euros, con los abonos moratorios y procesales siguientes: desde la fecha del alta médica y hasta la presente, una y otra satisfarán el interés legal por sus respectivas deudas; y desde la fecha de esta sentencia, la empresa devengará por su débito el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, y la compañía aseguradora incrementará el importe del suyo en el 20 % anual.

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD03