



Roj: **STSJ CAT 277/2015 - ECLI:ES:Tsjcat:2015:277**

Id Cendoj: **08019340012015100203**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **13/01/2015**

Nº de Recurso: **4682/2014**

Nº de Resolución: **115/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MARTIN ABELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Barcelona, núm. 16, 30-12-2013,  
STSJ CAT 277/2015**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 44 - 4 - 2011 - 8020661**

F.S.

**Recurso de Suplicación: 4682/2014**

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMA. SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA

En Barcelona a 13 de enero de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA núm. 115/2015**

En el recurso de suplicación interpuesto por **Giro GH**, S.A. y Aurora frente a la Sentencia del Juzgado Social 16 Barcelona de fecha 30 de diciembre de 2013 dictada en el procedimiento Demandas nº 412/2011 y siendo recurrido/a ambas partes. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. MARIA PILAR MARTIN ABELLA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 5-5-11 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclamación cantidad, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2013 que contenía el siguiente Fallo:

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por DÑA. Aurora frente a EMPRESA **GIRO GH**, S.A., en reclamación de cantidad, debo condenar y condeno a la empresa demandada a abonar a la actora la



cantidad total de 112.024,68.- en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional.

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1º.- La actora Dña. Aurora , nacida el día NUM000 .57, con D.N.I. nº NUM001 , ha venido prestando servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de Tejedora desde el día 7.9.72 hasta el día 18.10.2009. Hecho incontrovertido.

2º.- La actora inició la prestación laboral con un contrato inicial de aprendiz de tejedora, ubicándose los primeros 20 años en presentación, que era un trabajo manual, y los últimos 10 años como tejedora. Doc. nº 1 actora.

3º.- La actora, estuvo en situación de I.T. derivada de enfermedad profesional por **epicondilitis**, desde el 29.8.2006 hasta el 15.9.2006; desde el 22.11.2006 hasta el 23.3.2007; 17.10.2007 hasta el 25.7.2008; y desde el 18.3.2009 hasta el 24.2.2009. Doc. nº 7 actora.

4º.- Por Sentencia de 2.10.2009 del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona , confirmada por otra del T.S.J. de Cataluña de 16.10.2010, se declaró a la actora en situación de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad profesional, con una base reguladora de 23.211,36.- anuales, fecha de efectos el 24.2.2009, y ello en base a las siguientes lesiones: "Secuelas de la intervención por **epicondilitis** en enero de 2008, una pérdida de fuerza del 40% en la garra y del 38% en la extensión, sin déficits en las restantes funcionalidades de la mano, suponiendo todo ello un déficit leve-moderado de fuerza de mano-muñeca derecha. Cicatriz quirúrgica y algias residuales". Docs. nº 2 y 3 actora.

5º.- Por acta de la Inspección de Trabajo de 14.11.2011, se propuso para la empresa demandada una sanción de 3.000,00.- por una falta que calificó como grave por no haberse adoptado las pertinentes medidas de seguridad y prevención. Doc. nº 1 bis actora.

6º.- Por Resolución del INSS de 12.1.2012, se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en la enfermedad profesional contraída por la actora, imponiendo a la demandada un recargo del 30% en las prestaciones. Doc. nº 1 bis 2 actora.

7º.- Las tareas de la actora como tejedora eran las siguientes:

1.Carga de las bobinas en las barras de alimentación de la máquina de tejer. Las bobinas pesan menos de 5 kg y se deben mantener alejadas del cuerpo por un corto periodo de tiempo. Hay barras a diferentes alturas, aunque suelen llenarse las más altas.

2.Control y actuaciones sobre los telares: reparar roturas de hilo en los telares, etc. En estas actuaciones se mantiene una bipedestación por un tiempo que depende del tipo de reparación.

3.Picado de malla: mediante un cilindro de plástico se comprime la malla dentro del saco donde se recoge. No se precisa una fuerza importante . Sin embargo, según la altura del trabajador/a puede implicar una manipulación con los brazos por encima de los hombros.

4.Cerrar el saco y colocar en una jaula. Los sacos pesan menos de 10 kg y se van colocando en jaulas a diferentes alturas (hasta unos 1,8 m aproximadamente).

5.Tareas administrativas: recoger muestras para el departamento de calidad, rellenar hojas de control, etc.

Las expuestas tareas suponen el "levantamiento, estiramiento y empuje de cargas de tipo manual" y el "uso puntual de jaulas y carros". Doc. nº 2 y 4 actora.

8º.- La actora dedicaba el 50% de la jornada a la alimentación de la máquina tejedora con bobinas, haciéndolo manualmente el 35% de esa jornada con bobinas que pesan las más ligeras de 2 a 3 kg y las más pesadas 4,5 kg. Otro 25% de su jornada lo dedicaba a supervisar el tejido y en caso de rotura intervenir reparándolo, usando al efecto un ganchillo fino para manipular y tejer los hilos. Al empaque del producto dedicaba el 20% de su jornada laboral, y así cada cierto tiempo usa un cilindro plástico para comprimir la malla dentro de un saco que, cuando está lleno, cierra y, levantando su peso de unos 7 kg lo coloca en un carro de transporte situado a su lado, operación esta que realiza cada 15 minutos aproximadamente. Doc. nº 2 actora.

9º.- En la evaluación de riesgos de tejedor nave 7 (máquinas circulares de filetas) realizada en abril de 2007 (que es la inicial), contempla el riesgo de sobreesfuerzos por la manipulación del carro, jaulas, apilamientos de sacos en altura, apretado de malla, manipulación de conos de nylon, posición forzada al recoger malla en grandes cantidades...y el riesgo de fatiga postural por el picado de malla muy frecuente con los brazos por encima de los hombros, apilado de sacos en altura. Doc. nº 1 actora.



10º.- A la actora se le practicó un reconocimiento médico el 1.11.2001 donde se aplicó el protocolo de movimientos repetitivos y manipulación de cargas, dando como resultado apto. Reconocimiento médico realizado en el año 2002, en el que se realizó solo analítica y estudio audiométrico únicamente por voluntad de la trabajadora, en el 2003, se aplica de nuevo el protocolo de movimientos repetitivos y manipulación de cargas, resultando apta. En los años 2004 y 2005 solo se realiza control audiométrico. Doc. nº 1 actora.

11º.- En fecha 3.3.2009, la actora solicita un reconocimiento médico y practicado el mismo se concluye con un apto con limitaciones, debiendo limitarse las tareas que impliquen la carga de más de 5 kg con la extremidad superior derecha, así como actividades que impliquen movimientos repetitivos de flexo-extensión y/o pronosupinación con carga, así como trabajos en los que requiera exigencias elevadas de atención visual. Docs. nº 5 y 5 bis actora.

12º.- Con fecha 18.3.2011 se presentó papeleta de conciliación celebrándose la misma el día 7.4.2011 con el resultado de sin efecto por incomparecencia de la empresa. Doc. acompañado con la demanda.

13º.- Según certificación de la Mutua Fremap, la actora percibió las siguientes cantidades en concepto de I.T.: de 29.8.2006 hasta el 15.9.2006, 960,84.-; desde el 22.11.2006 hasta el 23.3.2007, 6.895,44.-; y de 17.10.2007 hasta el 25.7.2008, 15.938,64.-. Según certificación de la TGSS, los importes ingresados por la Mutua por capital coste de la IPT fueron de 244.600,10.- y 97.671,86.-.

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunciaron recurso de suplicación la parte actora y demandada, que formalizaron dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnaron, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Contra la sentencia de instancia se alza la letrada de **GIRO GH**. S.A. invocando como primer y segundo motivos la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.b) conforme a la redacción de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En el primer motivo, la recurrente pretende la modificación del hecho probado tercero, para que se haga constar el contenido que propone, al amparo del doc. nº 9, lo que debe ser desestimado por cuanto la actora interpuso demanda para que se declarase que la baja de 29 de julio de 2008 a 2 de marzo de 2009 lo era por enfermedad profesional, sin que conste que la sentencia mencionada sea firme.

En el segundo motivo, la recurrente pretende la modificación del hecho probado décimo, para que se haga constar el contenido que propone, al amparo de los docs. nº 5 a 8, lo que debe ser desestimado por cuanto el magistrado ha tenido en cuenta el documento nº 1 aportado por la actora, que debe prevalecer a tenor del principio de libre valoración de la prueba, olvidando la recurrente la doctrina de suplicación, al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de "reglas básicas", cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas "reglas" las podemos compendiar del siguiente modo: 1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho. 2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que le sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada ( SSTS 16 de diciembre de 1967 , 18 y 27 de marzo de 1968 , 8 y 30 de junio de 1978 , 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995 ). Y 3º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba ( SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero ), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable ( SSTS 10 de marzo de 1980 , 30 de octubre de 1991 , 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994 ).

**SEGUNDO** .- Se alega como segundo motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la infracción de los arts. 1101 , 1104 y 1902 del CC en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentencias de 17 de julio de 2007 rec. 513/2006 y 4367/2005 por aplicación indebida.

La recurrente considera que no se dan los requisitos para declarar la culpabilidad de la empresa en la enfermedad profesional de la actora por cuanto el magistrado extrae la culpabilidad de aquélla basándose en la presunción de certeza de las actas de infracción que fijan que la empresa no realiza vigilancia de la salud hasta marzo de 2009, lo que es incierto a la vista de la nueva redacción fáctica introducida, de la que se



desprende que sí practicó reconocimientos de 2001 a 2006 con la conclusión de apto, infiriéndose que de los años 2006 a 2009, la actora prácticamente no trabajó y que el reconocimiento de la incapacidad permanente lo fue con efectos de 24 de febrero de 2009. La sentencia ignora el informe pericial aportado por la empresa donde se explica que la enfermedad profesional de la actora no ha sido causada por deficiencias en el puesto de trabajo y en la forma de realizarlo, desde el punto de vista ergonómico ( se concluye que no se han detectado riesgos que excedan de la consideración de leves o muy leves en el trabajo de la actora en el puesto de trabajo), apreciaciones que tienen superior valor a las realizadas en el acta de infracción realizadas 3 años después del reconocimiento, sin que se realizase visita o inspección durante el período que la actora trabajó.

Subsidiariamente, se opone a la cuantificación efectuada en la sentencia de instancia. Considera que por lucro cesante, aplicando la base reguladora de 63,59 euros diaria por los 407 días de baja da un total de 25.881,13 euros correspondiente al 100% de la prestación y como ha percibido de la Mutua 23.933,08 euros, da una diferencia de 1948,05 euros. En cuanto al daño emergente, debe multiplicarse 407 días por 29,75 euros - valor de los no impeditivos-, lo que da 12.108,25 euros. En cuanto a las lesiones permanentes no motiva de donde obtiene lo 30 puntos, ni cual es el factor multiplicador, por lo que no puede fijarse el factor de corrección por importe de 45.352,41 euros. Y respecto a la indemnización por daños morales, debe rechazarse el concepto al no especificar el magistrado las razones por las que fija dicho importe. Y pide que la indemnización final sea de 14.056,30 euros.

También interpone recurso el letrado de Aurora , de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la infracción de los arts. 1101 y 1902 del CC en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentencias de 17 de julio de 2007 y de esta sala. La recurrente considera que no puede restarse lo percibido por incapacidad temporal cuando ya se tuvo en cuenta para calcular el lucro cesante, ni puede restarse de los demás conceptos al ser diferentes. Pide que el quantum se fije en 135.819,60 euros sin restar lo percibido por IT.

El letrado de la actora aporta sentencia de esta Sala en el mismo accidente de trabajo en materia de recargo de prestaciones del 30%, ratificando éste, documento que debe ser estimado al amparo del art. 233 de la LRJS .

Ambos recursos van a ser resueltos conjuntamente al estar íntimamente vinculados. En primer lugar, las alegaciones invocadas en primer lugar por el letrado de **GIRO GH, S.A.** deben ser desestimadas. En efecto, además de las prestaciones públicas que procedan, en su caso, también puede reclamarse al empresario culpable una indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo o enfermedad profesional, responsabilidad adicional que tiene carácter complementario de las prestaciones de Seguridad Social (TS 30-9-97, EDJ 7025; 2-2-98, EDJ 2399; sala general 10-12-98, EDJ 30730; 17-2-99, EDJ 6060; 20-7-00, EDJ 27813; 18-2-02, EDJ 13471; 13-3-02, EDJ 10315; 8-4-02, EDJ 27106; 23-4-02, EDJ 27166).

Los principales requisitos de la responsabilidad civil por daños pueden reconducirse a los siguientes (TSJ Murcia 24-7-06, EDJ 268458):

1. Existencia de daños al trabajador.
2. Incumplimiento, por acción u omisión, de obligaciones de seguridad, que puede consistir tanto en la infracción de cualquiera de las obligaciones específicas de seguridad como de la obligación general de garantizar la seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, mediante la adopción de todas las medidas necesarias.
3. Culpa o negligencia empresarial. Ha de hallarse cierta culpa en el comportamiento empresarial, por lo que la responsabilidad queda excluida en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, o cuando concurra culpa exclusiva de la víctima.
4. Relación de causalidad entre la conducta empresarial y el daño sufrido. Los daños ocasionados al trabajador tienen que tener su causa en la conducta empresarial. La conducta imprudente del trabajador puede romper el nexo causal si dicha conducta supuso por sí misma causa eficiente para producir el resultado lesivo; de no ser así, la imprudencia del trabajador no elimina la responsabilidad empresarial, aunque puede quedar moderada por el principio de concurrencia de culpas.

La recurrente ampara su ausencia de responsabilidad en una revisión de hechos que no ha prosperado y en la prioridad que pretende otorgar al informe pericial confeccionado a su instancia, olvidando que el recurso de suplicación es un recurso extraordinario y que y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios, pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia -que aprecia "los elementos de convicción" ( artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral ), concepto más extenso que el de medios de prueba, pues no sólo abarca a los que enumera el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sino también el comportamiento de las partes en el transcurso del proceso e incluso sus omisiones-



por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, lo que es inaceptable al suponer un desplazamiento en la función de enjuiciar que tanto el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 117.3 de nuestra Constitución otorgan en exclusiva a los Jueces y Tribunales". Y lo expuesto es incompatible con lo que pretende la demandante, la prevalencia de las pruebas aportadas por la misma frente a las valoradas por el juzgador de instancia, sin ni siquiera alegar error en la valoración de dichos medios probatorios, lo que conlleva desestimar las alegaciones que hace a su amparo, debiendo estar esta Sala a los hechos declarados probados de la sentencia. Y de éstos se desprende que, a la actora se le practicó un reconocimiento médico el 1-11-2001 donde se aplicó el protocolo de movimientos repetitivos y manipulación de cargas, dando como resultado apto. Reconocimiento médico realizado en el año 2002, en el que se realizó sólo una analítica y estudio audiométrico únicamente por voluntad de la trabajadora, en el 2003, se aplica de nuevo el protocolo de movimientos repetitivos y manipulación de cargas, resultando apta. En los años 2004 y 2005 solo se realiza control audimétrico. En fecha 3-3-2009 la actora solicita un reconocimiento médico y practicado el mismo se concluye con un apto con limitaciones, debiendo limitarse las tareas que impliquen la carga de más de 5 kg con la extremidad superior derecha, así como actividades que impliquen movimientos repetitivos de flexo- extensión y/o pronosuponación con carga, así como trabajos en los que requiera exigencias elevadas de atención visual. En el acta de la inspección de Trabajo se señala que no se realiza vigilancia de la salud de la trabajadora hasta marzo de 2009 a petición de ésta. La recurrente alega que desde 2006 hasta 2009 la actora casi no trabajó, reconociendo la empresa que durante los meses que trabajó la empresa no realizó la vigilancia de la salud. Por sentencia del juzgado social nº 31 de Barcelona, confirmada por esta Sala se declaró a la actora afecta de una incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional por **epicondilitis**. Por resolución del INSS de 12-1-2012 se declaró la responsabilidad de la empresa por faltas de medidas de seguridad e higiene en la enfermedad profesional contraída por la actora, que ha sido ratificada por sentencia de esta Sala de fecha 20-12-2013 . En la evaluación de riesgos de tejedor nave 7 realizada en abril de 2007, se contempla el riesgo de sobreesfuerzos. De los hechos anteriores se desprende que la empresa incumplió la normativa en materia de reconocimientos médicos y de adaptación de puestos de trabajo, tal y como recoge la sentencia de instancia, y que existe relación de causalidad entre aquellos incumplimientos y la enfermedad profesional que derivó en el reconocimiento de la incapacidad permanente total de la actora, pues ni siquiera ante los diversos períodos en que la actora estuvo de baja (desde el año 2006), la empresa practicó reconocimiento médico alguno o adaptó el puesto de trabajo de la actora, existiendo sólo uno practicado en el año 2009 a su instancia. Lo que conlleva la desestimación de sus alegaciones.

Y respecto al quantum indemnizatorio, debemos empezar diciendo que la cuantificación de los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional es una función que corresponde básicamente al **órgano de instancia** , siempre que en su ejercicio le guíe la íntegra satisfacción del daño a reparar, así como, que lo haga en forma fundada, para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, y siempre que la valoración sea vertebrada o estructurada, de modo que permita conocer, dadas las circunstancias del caso que se hayan probado, los diferentes daños y perjuicios que se compensan y la cuantía indemnizatoria que se reconoce por cada uno de ellos, y se razonen los motivos que justifican esa decisión ( TS 17-7-07 , EDJ 184444; 17-7-07 , EDJ 184446; 23- 12-08, EDJ 291533). Si para determinar la cuantía de la indemnización el órgano judicial parte del **Baremo legal** , ha de observar, en principio, los criterios objetivos de valoración fijados en el mismo, con todas las consecuencias y corrección jurídica, y su apartamiento en algún punto ha de ser objeto de una explicación suficiente ( TS 17-7-07 , EDJ 184444). El **nivel de motivación** debe ser superior cuando **no se aplica el sistema legal** , supuesto en que el juez o tribunal debe detallar el razonamiento a que responden las cifras en que valoran cada una de las distintas partidas de daños. El Baremo contempla tres grandes supuestos que pueden dar lugar a indemnización (RDLeg 8/2004 anexo 1.5):

- incapacidades temporales .
- lesiones permanentes, invalidantes o no ;
- muerte ;

La indemnización por los daños y perjuicios causados a las personas prevista para cada uno de los supuestos comprende el **daño emergente** , el **lucro cesante** , los **daños psicofísicos** en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud y el **daño moral** . En el entorno circulatorio la cuantificación de estos daños debe realizarse, en todo caso, de conformidad con los criterios y límites indemnizatorios fijados en el anexo del RDLeg 8/2004, topes que en el ámbito de la responsabilidad civil por accidentes de trabajo pueden superarse razonadamente. La **fijación de la indemnización** en cada uno de los tres supuestos previstos responde al mismo esquema: se contemplan unas indemnizaciones básicas, que incluyen los daños morales, y, junto a ello, unos factores de corrección, que permiten individualizar la indemnización total para cada caso concreto.

Respecto al lucro cesante cuyo importe cuestiona el letrado de la empresa, la indemnización que corresponde durante el período de incapacidad temporal debe cifrarse como mínimo en la diferencia, de existir, entre las





cantidades percibidas por el trabajador en concepto de subsidio de incapacidad temporal y de prestación complementaria a cargo de la empresa (cuya existencia y abono no pueden presumirse recayendo sobre el empleador la carga de acreditar su pago efectivo), y el salario real que se hubiera lucrado de haber permanecido en activo, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, y con las actualizaciones que procedan de conformidad con lo previsto en los convenios y acuerdos colectivos de aplicación (incrementos que han de ser alegados y probados por el damnificado) ( TS 17-7-07 , , EDJ 184446; 17-7-07 , EDJ 184444; 14-7-09 , EDJ 217635; 14-12-09, EDJ 344494 ; 30-6-10, EDJ 201558 ; 23-6-14, Rec 1257/13 ). De las cantidades obtenidas por esa categoría de daños deben **deducirse las percibidas** por ese mismo concepto de prestaciones y de mejoras voluntarias de Seguridad Social siempre que tengan carácter homogéneo. De lo anterior se desprende que la prestación de Seguridad Social y la eventual mejora voluntaria **percibidas** durante la situación de **incapacidad temporal** resarcen al trabajador por la pérdida de ingresos sufrida durante el período de suspensión del contrato, por lo que sólo se descuentan del total de la indemnización reconocida en su caso por el concepto de **lucro cesante** ( TS 30-6-10 , EDJ 201558; TSJ Asturias 27-6-14 , EDJ 118668). **sin minoración** alguna en razón de la **prestación** percibida de la Seguridad Social y de las **mejoras** a cargo del empresario que compensan exclusivamente el lucro cesante, por lo que sólo deben tomarse en consideración al valorar esa partida. Por ello, debemos otorgar la razón a ambos letrados en cuanto a que sobre el importe del lucro cesante, debe descontarse lo percibido por IT por la actora que es de 23.794,92 euros ( y no el importe que señala el letrado de la actora, al no desprenderse de los hechos probados, teniendo la cifra fijada por el magistrado de instancia valor de hecho probado). Ello conlleva que deba estimarse parcialmente el recurso interpuesto por el letrado de la actora en cuanto a que esta última cantidad sólo debe descontarse del importe del lucro cesante y no de los restantes conceptos calculados por el magistrado de instancia. Por ello, el resultado del lucro cesante al restar a aquél importe éste, daría un resultado de 0 euros, no pudiéndose restar los 23.794,92 euros a ningún otro concepto.

Respecto al daño emergente por la IT, el letrado de la empresa pretende que se multiplique 407 días por 29,75 euros - valor de los no improductivos-, sin motivar el motivo de aplicar dicho importe y sin rebatir las afirmaciones de la sentencia de instancia en cuanto a que se trata de días improductivos, lo que conlleva la desestimación de sus alegaciones.

Y finalmente, respecto a las alegaciones que hace el letrado de la empresa respecto a que en cuanto a las lesiones permanentes no motiva de donde obtiene los 30 puntos ni el factor multiplicador, por lo que no puede fijarse el factor de corrección por importe de 45.352,41 euros, ni la indemnización por daños morales, la recurrente se limita a cuestionar los importes fijados por considerar que no están motivados, sin efectuar alegaciones para combatir esos cálculos o fijar otro importe, lo que conlleva la desestimación de sus alegaciones, pues debe ponerse en relación dichos importes con lo solicitado por la actora en su demanda y teniendo en cuenta ésta, se deduce que el magistrado ha aplicado la puntuación, importes y factor corrector por indemnización permanente total señalados por la actora - sin que conste calculo alternativo de la recurrente o alegaciones para desvirtuar lo solicitado-. Respecto al factor corrector por IPT el Baremo no establece ningún criterio para determinar la cuantía del factor de corrección, encomendando su fijación al prudente arbitrio del órgano judicial, que no está obligado a reconocer la cantidad máxima por el simple hecho de que concurra el grado de incapacidad correspondiente, sino que se encuentra legalmente facultado para moverse entre los márgenes previstos y, por ende, para conceder una cantidad inferior a la que señalada como máxima, habiendo optado el magistrado de instancia por el tramo medio, cumpliendo lo dispuesto en la doctrina del TS sentencia Rec.1257/2013 en la que se indica que "el citado factor corrector tenga finalidad resarcitoria del perjuicio económico, ese doble objetivo que aprecia determina que se haga la afirmación -también recordada- de que «quedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia» la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la citada IP [para la ocupación habitual] se imputa a la incapacidad laboral [básicamente ya satisfecha -con excepciones- por las prestaciones de seguridad social] y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima". Y respecto al daño moral, atendiendo a la sentencia del Tribunal Supremo de 6-06-2013 no consideramos su importe desproporcionado.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, el importe de la indemnización total a abonar a la actora, sería de 129.348,3 euros.

Por lo expuesto, debemos desestimar el recurso interpuesto por el letrado de **GIRO GH**, S.A. y estimar parcialmente el interpuesto por el letrado de Aurora .

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación.

**FALLAMOS**



Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de **GIRO GH**, S.A. y estimando parcialmente el interpuesto por el letrado de Aurora contra la sentencia nº 506/13 del juzgado social 16 de BARCELONA, autos 412/2011, de fecha 30 de diciembre de 2013, debemos fijar el importe de la indemnización de daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional a satisfacer a la actora en el importe de 129.348,3 euros. Se condena a la recurrente **GIRO GH** al pago de las costas causadas en el presente recurso (honorarios de impugnación de su recurso) en la cuantía de 450 euros, así como a la pérdida del depósito constituido para recurrir; debiendo darse a las cantidades consignadas el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.