

Roj: **STS 3315/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3315**Id Cendoj: **28079140012017100623**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/09/2017**Nº de Recurso: **1855/2015**Nº de Resolución: **664/2017**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 12 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Celestino , representado y defendido por el Letrado Sr. Pérez Torres, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 6 de febrero de 2015, en el recurso de suplicación nº 1961/2014 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 11 de abril de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia , en los autos nº 244/2013, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la Sociedad Anónima de Prefabricados S.A. (PREFORSA) y Cia de Seguros Axa, sobre cantidad. Ha comparecido en concepto de recurridas la Sociedad Anónima de Prefabricados S.A. (PREFORSA), representada por el Procurador Sr. Novella Alarcón y defendida por Letrado, y Cia de Seguros Axa, representada por la Procuradora Sra. Sebastián González y defendida por Letrado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Con fecha 11 de abril de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Valencia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Estimando parcialmente la demanda formulada por D. Celestino contra SOCIEDAD ANÓNIMA DE PREFABRICADOS SA (PREFORSA) y CIA DE SEGUROS AXA, condeno a PREFORSA a abonar al actor la suma de 51.135,52 euros y a AXA, solidariamente con PREFORSA, la suma de 30.050,61 euros, con los intereses por mora procesal del artículo 576 LEC ».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- El trabajador actor, D. Celestino , nacido el NUM000 de 1973, con NIE nº NUM001 , prestaba servicios laborales por cuenta y orden de la empresa SOCIEDAD ANÓNIMA DE PREFABRICADOS SA (PREFORSA),- dedicada a la actividad de fabricación de elementos de hormigón, yeso y cemento-, en el centro de trabajo sito en Algemesí, con antigüedad de 27 de agosto de 2.007 y categoría profesional de peón (operario de fabricación), mediante contrato de trabajo eventual a tiempo completo. La citada empresa tenía asegurada la cobertura de contingencias profesionales con FREMAP, y servicio de prevención ajeno con PREVEN-LABOR-RIESGOS S.L. El trabajador causó baja en la empresa el 26 de agosto de 2008.

2º.- El trabajo del Sr. Celestino consistía en controlar y supervisar la máquina perfiladora. Una vez vertido el hormigón dentro de la tolva de alimentación de la perfiladora, se acciona el vibrador para que el hormigón llegue hasta el final del molde perfilador. Seguidamente se acciona el sistema de tracción, regulando la velocidad de avance, según la densidad, del hormigón. Una vez en marcha, el operario acompaña el equipo a lo largo de la pista, supervisando que funciona correctamente. La operación de vertido de hormigón dentro de la tolva de alimentación de la perfiladora se realiza mediante un contenedor o cubilote que se desplaza con la ayuda del puente grúa a través de la pista. El operario que manipula el puente grúa acompaña al cubilote en su desplazamiento. Una vez que el cubilote de hormigón se encuentra sobre la tolva de alimentación de la



perfiladora, el operario de la perfiladora, subido sobre la pasarela de operación de la máquina, acompaña al cubilote cogiéndolo por las patas, a fin de que apoyen correctamente sobre la tolva. Finalmente, se acciona la apertura del cubilote y el hormigón se introduce en el equipo.

3º.- El día 26 de octubre de 2007, sobre las 08:00 horas, el trabajador se hallaba esperando la recepción de una cuba de hormigón (con peso aproximado de 3.500 kg) transportada por el puente grúa, encontrándose aquél sobre la máquina receptora, llamada "perfiladora". Una vez detenida la cuba de hormigón en las proximidades de la perfiladora, aquella golpeó el rostro del trabajador causándole fractura de maxilar. El actor se mantuvo sobre la plataforma del equipo, agachado, mientras se aproximaba el cubilote, en lugar de bajarse y esperar a que el cubilote se encontrara parado y subir. El trabajador se encontraba encima de la perfiladora, mirando el interior de la tolva con la cabeza inclinada hacia abajo (comprobando los niveles de hormigón en su interior y a la espera de que el cubilote le llegase por delante). En un momento dado el operario se levantó de su posición de agachado y fue golpeado fuertemente por el cubilote en la cara al encontrarse balanceándose aún sobre el equipo, produciéndose atrapamiento de la cara entre la estructura de la tolva de la perfiladora y el cubilote de hormigón. El trabajador llevaba puestos cascos de protección auditiva, que quedaron destrozados por el accidente.

4º.- La máquina Perfiladora (modelo 10/1200-P-3 nº de serie 0019-01) se hallaba ubicada en la nave de producción del centro de trabajo, con marcado CE y con evaluación de riesgos efectuada el 9 de mayo de 2007. El puente grúa cuenta con marcado CE y con evaluación de riesgos de igual fecha. El puesto de trabajo que ocupaba el trabajador accidentado fue objeto de evaluación de riesgos el 9 de mayo de 2007, identificando el riesgo de golpes por cargas suspendidas, estableciéndose como medida preventiva frente al mismo la prohibición de permanecer debajo de las cargas suspendidas por el puente grúa. Se contiene asimismo la evaluación de riesgos de la perfiladora, identificándose el riesgo de choque durante la descarga del hormigón de la cuba, y fijándose como medida preventiva la necesidad de que el hormigón se descargue cuando se encuentre en posición de parado, debiendo permanecer hasta entonces fuera de la zona de desplazamiento de la carga suspendida.

5º.- En el momento del accidente la empresa no disponía de un procedimiento de trabajo documentado para la operación de descarga de hormigón sobre el depósito de alimentación de la perfiladora. La empresa elaboró en fecha 29 de abril de 2008 un procedimiento de trabajo con máquina perfiladora donde especifica, en el apartado "prohibiciones de uso": "el operario únicamente subirá a la máquina estando ésta detenida para el llenado de la tolva de alimentación, verificando previamente que la carga está en posición y parada"; y un procedimiento de trabajo con puentes grúa, de igual fecha, donde especifica: "no colocarse nunca debajo de ninguna carga suspendida. Respetar una distancia de 3 metros aproximadamente alrededor de la carga, siempre y cuando no seas la persona que maneja el puente, para evitar posibles golpes debido al balanceo de la carga".

6º.- No consta que la empresa haya facilitado al trabajador formación en materia de prevención de riesgos laborales ni haya sometido al trabajador a reconocimiento médico. La empresa facilitó al trabajador el 27 de agosto de 2007 los equipos de protección individual consistentes en calzado de seguridad, protectores auditivos, guantes y gafas de seguridad. En el momento del accidente, el operario que manejaba el puente-grúa carecía de formación, recibiendo el curso de formación el 29 de octubre de 2007, y contaba con una antigüedad en la empresa de 20 días.

7º.- El 20 de mayo de 2010 se presentó denuncia por parte del trabajador accidentado, por falta de medidas de seguridad, ante la Inspección. El 7 de junio de 2010 se giró visita por la Inspección de Trabajo al centro de trabajo en que ocurrió el accidente, redactándose informe de accidente de trabajo que obra en autos y se da por reproducido. a efectos probatorios, dada su extensión. El 28 de septiembre de 2010 se levantó acta de infracción por la Inspección de Trabajo, que también se da por reproducido a efectos probatorios, apreciando "incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales", en concreto "haber incumplido la empresa las obligaciones en materia de formación suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables" y "al no haber realizado la empresa los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que prestan sus servicios en el centro de trabajo", efectuando propuesta de dos sanciones de 2.046 euros cada una de ellas, estimadas en su grado mínimo y en su tramo inferior, en cuantía total de 4.092 euros. No consta la imposición efectiva de sanción a la empresa.

8º.- El 8 de abril de 2011 se realizó investigación de accidente por el INVASSAT, que también obra en autos y se da por reproducido a efectos probatorios. En éste último informe (datado el 19 de mayo siguiente) se aprecia como causa del suceso "la falta de coordinación entre el operario del puente grúa y el operario de la perfiladora, en la operación de descarga de cubilote de hormigón sobre la tolva de alimentación de la perfiladora" y se detectó "falta de formación tanto del operario que manipula el puente grúa como del operario de la perfiladora,



tanto en los riesgos derivados de su puesto de trabajo a nivel general (...) como de la específica del equipo de trabajo que manipulan (...)".

9º.- Como consecuencia del accidente el trabajador sufrió una fractura de maxilar, causando baja médica desde el 27 de octubre de 2007. El cuadro clínico residual del actor apreciado por el EVI en dictamen propuesta de 30 de junio de 2009 fue "fracturas múltiples del macizo facial con neumoencéfalo y fragmentos intracraneales de pared del seno frontal en fosa cerebral anterior". El accidente ha dado lugar a las siguientes prestaciones: -incapacidad temporal desde 27-10-2007 hasta 15-07-2009: 20.322,08 euros. -pensión de 731,51 euros de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual, calculada sobre una base reguladora mensual de 1.330,01 euros con efectos desde 16 de julio de 2009.

10º. A instancias del trabajador accidentado se tramitó por el INSS expediente administrativo para la imposición del recargo de prestaciones. El 28 de junio de 2011 se dictó resolución por la Dirección Provincial del INSS declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador el 26 de octubre de 2007, y la procedencia de que las prestaciones de la Seguridad Social derivadas del mismo sean incrementadas un 30% a cargo de la empresa demandante. Frente a la misma se interpuso reclamación previa por la empresa, que fue desestimada mediante nueva resolución de 20 de septiembre de 2011. En el dictamen propuesta del EVI de 23 de junio de 2011 se efectúa propuesta de incremento de las prestaciones en el 30% "por falta de información de los riesgos relativos al puesto de trabajo que vienen recogidos en la evaluación de riesgos de 09/05/2007, así como ausencia de formación del trabajador en materia preventiva".

11º.- Dicha resolución fue impugnada por la empresa demandada ante la Jurisdicción Social, siguiéndose en el Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia autos1271/11 en materia de RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, en los que recayó sentencia desestimatoria de la demanda de fecha 22 de marzo de 2013, que fue confirmada en suplicación. En dicha sentencia se declaran probados los hechos que se recogen en los anteriores ordinales.

12º.- La mercantil SOCIEDAD ANÓNIMA DE PREFABRICADOS SA (PREFORSA), tenía asegurado a la fecha de los hechos con AXA SEGUROS GENERALES Se1 abono de la indemnización por incapacidad total derivada de accidente de trabajo prevista como mejora en el Convenio Colectivo de la Construcción y que abonó al trabajador en la suma de 48.000 euros (Documento nº 32 de la empresa demandada), así como la responsabilidad civil patronal, obrando: -comodocumentos 37 a 39 de la actora condiciones particulares de la póliza con efecto 7-2-2002 y vencimiento el 1-1-2003 por años renovables,, así como modificación de junio de 2003 del condicionado particular de dicha póliza y pago de la prima de dicha póliza correspondiente a 2007. En dichas condiciones particulares se establecía un límite de responsabilidad civil de explotación y patronal de 167.364 euros, ampliado en junio de 2003 a 214.506 euros. Dichas condiciones particulares se remitirán en las condiciones generales modelo 301165, que obran como documento nº 1 de AXA, cuyo apartado 9.2ª Responsabilidad Civil Explotación Patronal dice: "Responsabilidad civil patronal: se garantizan: El pago de las indemnizaciones con un máximo de 30.050,61 ? (5.000.000 pts) por persona que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del artículo 127 de la Ley General de la Seguridad Social , pudieran exigirle sus trabajadores o derechohabientes de estos, como civilmente responsable por los daños corporales que, a causa de accidentes de trabajo sufra el personal asalariado, dado de alta en la seguridad social", -como documento nº 1 de la AXA condiciones particulares de la póliza con efecto 23-6-2003 y vencimiento el 1-1-2004 por años renovables. En dichas condiciones particulares se establecía un límite de responsabilidad civil de explotación y patronal de 174.053 euros. Dichas condiciones particulares se remitían asimismo a las condiciones generales modelo 301165 que obran como documento nº 1 de AXA.

13º.- A consecuencia del accidente de autos el trabajador actor, que inició baja por incapacidad temporal en fecha 26-10-2007, estuvo hospitalizado 21 días, siendo dado de alta por la mutua FREMAP en fecha 24-5-2009 por agotamiento de plazo. Instado por el actor en fecha 20-5-2009 expediente de incapacidad permanente, fue declarado en situación de incapacidad permanente total por resolución de fecha 21-7-2009 con efectos 16-7-2009 y notificada al trabajador el 31-7-2009. El actor alcanzó la estabilidad lesional a los 332 días. A consecuencia del accidente el trabajador quedó con las siguientes secuelas:

1º Diplopia en mirada lateral por enoftalmos de ojo izquierdo (rango medio).

2º Anosmia no objetivada.

3º Material de osteosíntesis facial en rango inferior.

4º Síndrome postconmocional (cefaleas, vértigos y alteraciones del sueño, de la memoria del carácter, de la libido) en rango medio.

5º Entropión, cicatrices viciosas palpebrales, parestesias faciales.



6º Algias postraumáticas raquis sin compromiso radicular. Dolor lumbar frecuente, con irradiación hacia el glúteo y pierna izquierda y que recuerda la descripción de una ciática. Perjuicio estético derivado de enoftalmos izquierdo, cicatriz coronalbiparietal de 31 cm de longitud, cicatriz en cola de la ceja izquierda de 1 cm, cicatriz en la raíz nasal de 2 cm y cicatriza nivel suborbital de 1,5 cm).

14º.- Desde el inicio de la baja laboral y hasta su baja en la empresa en fecha 26 de agosto de 2008, el actor percibió el complemento de incapacidad temporal previsto en el Convenio Colectivo del sector por una suma total de 2.910,91 euros. (Nóminas aportadas por la empresa como documentos nº 5 al 22).

15º.- Obra en autos certificación de la TGSS, en relación con el accidente de trabajo del actor cuya cobertura corresponde a FREMAP MATEPSS nº 61, en la que consta que los trámites recaudatorios realizados han sido los siguientes: IPT: Fecha 22-9-2009. 70% capital coste mutua 144.021,29 €. 30% coste capital asumido por la TGSS 61.723,41 €.

16º.- En fecha 3-11-2008 PREFORSA dirigió a AXA a través de corredor de seguros comunicación de que el pasado 26-10-2007 el trabajador actor sufrió un accidente laboral, así como que el 26-10-2008 tuvo entrada en la empresa burofax, del que se adjuntaba copia, formulado reclamación de daños y perjuicios. (Documento nº 41 de la empresa). En fecha 20-10-2009, (recibida el siguiente día 28) el actor presentó reclamación de responsabilidad civil por daños a la aseguradora. (Hecho puesto de manifiesto por la actora y AXA en el acto de juicio). En fecha 21-10-2010 el actor interpuso denuncia contra D. Simón legal representante de PREFORSA por el accidente de trabajo objeto de autos, que dio lugar a las Diligencias Previas 2276/10, en las que recayó Auto de 8-6-2012 de extinción de la responsabilidad penal por prescripción. (Documento nº 28 de la empresa).

17º.- Con fecha 7-11-2012 el actor presentó papeleta de conciliación ante el servicio administrativo competente contra las demandadas, celebrándose el acto conciliatorio el día 3-12-12, terminando con el resultado de "sin avenencia". El día 19-2-2013 se presentó demanda ante el Decanato de los Juzgados de Valencia, que fue repartida a este Juzgado de lo Social».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictó sentencia con fecha 6 de febrero de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Celestino representado por D. Enrique Martínez Sáez, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Alicante, de 11 de abril de 2014, y, en consecuencia, confirmamos la condena a PREFORSA consistente en abonar al actor la suma de 51.135,52 euros y a AXA, solidariamente con PREFORSA la suma de 30.050,61 euros, con los intereses por mora procesal del art. 576 LEC».

**TERCERO .-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Pérez Torres, en representación de D. Celestino, mediante escrito de 12 de mayo de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 15 de noviembre de 2013 y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2014. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 3 LCS.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 15 de marzo de 2016 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 procedente el recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 12 de septiembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Términos del debate casacional.

A propósito de la indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo se debaten dos cuestiones. Primero, se impugna la póliza de seguros puesto que no aparece suscrita por el tomador. En segundo término, se cuestiona que el importe de la mejora voluntaria (prevista por convenio colectivo, abonada por Compañía Aseguradora) pueda descontarse de la suma indemnizatoria.

### 1. Los hechos litigiosos y la sentencia del Juzgado.

A) Tras sufrir un accidente de trabajo, el Sr. Celestino demanda a su empresa y a la Compañía Aseguradora Axa. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia, de 11 de abril de 2014, dictada en autos 244/2013 estima parcialmente la demanda. En concreto, condena a la Sociedad Anónima de Prefabricados (Preforsa) a





abonar al actor 51.135,52 ?; y a la Compañía de Seguros Axa, solidariamente con Preforsa, la suma de 30.050 ?, con los intereses por mora procesal del art. 576 LEC . Esas cifras derivan del siguiente enfoque jurídico:

Días de baja: 24.080,03 ?, reducidos en un 25% por concurrencia de culpas: 18.060,02 ?.

Secuelas o lesiones permanentes: 81.434 ?, reducidos en un 25% por concurrencia de culpas: 61.075,5 ?.

Factor económico de corrección: 10% sobre secuelas (6.107,5 ?), que queda absorbido por el capital coste (70% capital coste mutua 144.021,29 ? y 30% capital coste asumido por la TGSS 61.723,41 ?).

B) De manera literal expone en su Fundamentación lo siguiente: "Por último, procede establecer una indemnización por derivarse secuelas permanentes que impiden la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual laboral y vital del incapacitado (17.472,92 a 87.364,59 ?), que se fija en 50.000 ?. En el presente caso, a la vista de las lesiones del actor, su edad y categoría profesional, se considera que una proporción adecuada sería un 60% para la discapacidad laboral (30.000 ?) y un 40% para la vital (20.000 ?). La indemnización por el factor de corrección de la discapacidad laboral será absorbida de forma completa por el remanente del capital coste de la incapacidad permanente, lo que da una indemnización final de 20.000 ?. Resulta pues una indemnización de 99.135,52 ?.

De la indemnización así fijada, procede deducir los 48.000 ? que ya fueron percibidos por el trabajador, resultando pues pendientes de abono la suma de 51.135,52 ?".

## **2. La sentencia recurrida.**

Disconforme el trabajador con el contenido de la citada sentencia, se alza en suplicación y reclama 48.000 ?, porque considera que no cabe descontar la indemnización percibida por el seguro contemplado en el Convenio. También reclama la responsabilidad solidaria de AXA por el montante indemnizatorio total por ser la cláusula que fija el importe del que responde la aseguradora nula, al ser limitativa de derechos del asegurado y no estar firmada la póliza por el tomador.

La STSJ 268/2015 de 6 febrero (rec. 1961/2014) dictada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana desestima el recurso planteado por el trabajador frente a la expuesta sentencia del Juzgado.

## **3. El recurso de casación.**

Disconforme con el monto de la indemnización, con fecha 12 de mayo de 2015 el trabajador formula recurso de casación unificadora.

Considera el recurrente que se vulnera el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro , y de la jurisprudencia que se cita cuando se concede validez al contrato de seguro suscrito. Por eso, el primer motivo tiene por objeto determinar que la póliza de AXA limita su responsabilidad económica, siendo una cláusula nula, porque las condiciones generales y particulares de la póliza de seguro están sin firmar.

El segundo motivo persigue determinar si la indemnización prevista en el Convenio Colectivo "debe descontarse del monto de la indemnización por daños por ser un concepto de lucro cesante y por tanto un concepto no homogéneo o estamos ante una indemnización resarcitoria del daño moral y por tanto no se debe descontar del monto de la indemnización."

## **4. Las impugnaciones y el informe.**

A) Con fecha 2 de mayo de 2016, debidamente representada y asistida, la compañía de seguros AXA presenta escrito de oposición al recurso.

Expone diversos argumentos en orden a la inadmisibilidad o improcedencia del primer motivo de recurso, por no existir doctrinas discrepantes que unificar.

Asimismo argumenta contra el segundo de los motivos, aunque advirtiendo que Axa no queda vinculada por su suerte ya que ha abonado el importe máximo a que viene obligada. Subsidiariamente, considera que las cuentas de la indemnización a satisfacer han de realizarse del modo que propone.

B) Con fecha 5 de noviembre de 2016 presenta escrito de alegaciones al recurso la empleadora Preforsa.

Respecto del primer motivo, considera que es válida la argumentación del trabajador y propone su estimación, desarrollando al efecto una extensa exposición de doctrina judicial y de jurisprudencia civil.

Acerca del segundo motivo, de manera concisa, entiende que no se cumplen las exigencias legales para su admisión.

C) Con fecha 31 de junio de 2016 el representante del Ministerio Fiscal emite su Informe.

Considera muy dudosa la contradicción entre sentencias respecto del primero de los motivos.



Respecto del segundo, propone la estimación a fin de resolver el litigio en los términos que lo viene haciendo la jurisprudencia de esta Sala Cuarta.

### **5. Necesidad de que concurra la contradicción del art. 219 LRJS .**

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan 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", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012 ), 22/07/2013 (R. 2987/2012 ), 25/07/2013 (R. 3301/2012 ), 16/09/2013 (R. 302/2012 ), 15/10/2013 (R. 3012/2012 ), 23/12/2013 (R. 993/2013 ), 29/04/2014 (R. 609/2013 ), 17/06/2014 (R. 2098/2013 ), 18/12/2014 (R. 2810/2012 ) y 21/01/2015 (R. 160/2014 ).

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, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012 ), 23/05/2013 (R. 2406/2012 ), 13/06/2013 (R. 2456/2012 ), 15/07/2013 (R. 2440/2012 ), 16/09/2013 (R. 2366/2012 ), 03/10/2013 (R. 1308/2012 ), 04/02/2014 (R. 677/2013 ) y 01/07/2014 (R. 1486/2013 ).

### **SEGUNDO.- Evolución sobre la responsabilidad indemnizatoria y su compensación.**

Para una mejor comprensión de las bases sobre las que vamos a edificar la estimación del recurso interpuesto, interesa recordar el modo en que venimos abordando la compensación por daños y perjuicios cuando ha ocurrido un accidente laboral y concurre responsabilidad empresarial. Lo hacemos reproduciendo los términos de nuestra STS 17 febrero 2015 (rec. 1219/2014 ).

#### **1. Principios básicos.**

*La cuestión del modo en que haya de calcularse la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo ha revestido una enorme complejidad y ha requerido de múltiples pronunciamientos de esta Sala IV del Tribunal Supremo, que han ido evolucionando y ha acabado por aquilatar los criterios y principios siguientes:*

*1º) Principio de reparación íntegra del daño, según el cual la finalidad de la indemnización por daños y perjuicios es lograr "la íntegra compensación de los mismos, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso" ( STS/4ª/Pleno de 17 de julio 2007, rcud. 513/2006 ).*

*2º) Principio de proporcionalidad entre el daño y su reparación, a cuyo tenor se exige que la indemnización sea adecuada y proporcionada, evitando, en su caso, el enriquecimiento injusto (de nuevo, STS/4ª/Pleno de 17 de julio 2007, rcud. 513/2006 ).*

*3º) Principio de compatibilidad entre las diferentes vías de atención al accidente de trabajo, para lo que hay que recordar que el accidente de trabajo puede generar simultáneamente prestaciones sociales con las singularidades de las contingencias profesionales (ex arts. 115 a 117 de la Ley General de la Seguridad Social LGSS ) -con o sin la concurrencia del juego ofrecido por las consecuencias legales del incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales ( art. 42.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -LPRL - y 127.3 LGSS )- y el derecho a la indemnización por reparación del daño causado, derivado del incumplimiento contractual en los términos genéricos del art. 1101 de Código Civil . De ahí que la posible concurrencia de prestaciones e indemnizaciones haya suscitado el problema de la articulación entre todas las cantidades que se otorguen en favor del trabajador accidentado.*

*Por ello, las diferentes indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, de forma que cabe que el perjudicado ejercite todas las acciones que le reconozca la ley para obtener el resarcimiento total (asi, STS/4ª de 9 febrero 2005 -rcud. 5398/2003 -, 1 junio 2005 -rcud. 1613/2004-, y 24 abril 2006 -rcud. 318/2005-, así como STS/4ª/Pleno 17 julio 2007 -rcud. 4367/2005 y 513/2006 ).*

#### **2. Tipología de perjuicios indemnizables.**

*Siendo la reparación total del daño el objetivo a cubrir, se hace necesario identificar los perjuicios concretos que integran ese daño. En nuestra STS/4/ Pleno de 17 julio 2007 aludíamos a cuatro categorías básicas susceptibles de ser indemnizadas: a) el daño corporal que constituye las lesiones físicas y psíquicas del accidentado; b) el daño moral o sufrimiento psíquico o espiritual derivado del accidente; c) el daño emergente, identificado como*



la pérdida patrimonial directamente vinculada al hecho dañino; y d) el lucro cesante, constituido por la pérdida de ingresos y de expectativas laborales.

### **3. Homogeneidad conceptual del daño.**

Llegados a este punto, la concurrencia de las vías de reparación antes indicada exige identificar los conceptos a los que atienden, de suerte que sólo cabrá excluir de la reparación aquellos daños que ya han sido suficiente e íntegramente resarcidos. Por eso hemos sostenido que es la homogeneidad conceptual del daño la que, en su caso, excluirá una ulterior reparación, evitando, en suma, el enriquecimiento injusto.

Como consecuencia de lo dicho, resulta rechazable la técnica de la valoración conjunta de los daños al ser la misma claramente contradictoria con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva. Ello obliga al reclamante -el perjudicado o sus causahabientes- a identificar e indicar qué daños y perjuicios se han seguido del accidente de trabajo y, por tanto, cuál es la cuantía indemnizatoria que se asigna y reclama por cada uno de ellos; en consonancia con lo que indicaba la STC 78/1996, en la que se recordaba que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que en la sentencia se fijen de forma pormenorizada los daños causados, los fundamentos legales que permiten establecerlos y los criterios empleados para fijar el "quantum" indemnizatorio del hecho juzgado.

### **4. Valoración del daño.**

Respecto de los accidentes de trabajo no existen criterios legales para la valoración del daño, siendo la única regla la de la razonabilidad y proporcionalidad, que queda en manos de la interpretación y aplicación por parte del juez. Por ello hay que admitir la utilización de diversos criterios y, entre ellos, el del Baremo establecido por la Disp. Ad. 8 de la Ley 30/1995, que hoy se contiene en el RD Ley 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, cuya utilización creciente en la práctica judicial es claramente constatable.

En anteriores ocasiones ( STS/4ª de 17 de enero 2007 y 30 enero 2008) hemos reconocido las ventajas del Baremo, pese a que se trata de una vía facultativa y meramente orientadora y advirtiendo, en todo caso, que, de optarse por su utilización, el apartamiento de su valoraciones exigirá especial y razonada motivación. Las ventajas que ofrece están en línea con el respeto a los principios de seguridad jurídica e igualdad de trato; y, además, puede atribuirse a la utilización generalizada el Baremo un eventual efecto preventivo de la litigiosidad, puesto que puede servir para conocer de antemano la respuesta procesal.

Otra de las ventajas del Baremo es la introducción de reglas de cuantificación del daño moral.

### **5. Aplicación del baremo de tráfico.**

Pero la utilización del Baremo de tráfico precisa de una labor de acomodación a las características del accidente de trabajo, no siendo tarea fácil la traslación a esa órbita del accidente de trabajo, dadas las distorsiones conceptuales que aparecen al acudir a un instrumento diseñado para otro campo.

La más evidente de todas las dificultades se pone de relieve al constatar que el Baremo de circulación no tiene en cuenta descuento alguno por lo percibido por otra vía para paliar el lucro cesante, y ello porque la indemnización que fija dicho Baremo es igual para todas las víctimas, estén o no laboralmente activas. Esto ha venido generando situaciones paradójicas como aquéllas en que el accidentado pudiese ser indemnizado de forma menos favorable por el hecho de ser un trabajador.

En la primera aproximación contundente que esta Sala IV del Tribunal Supremo hizo a esa cuestión (las ya citadas STS/4ª/Pleno de 17 de julio 2007- rcud. 4367/2005 y 513/2006 ), elaboramos una doctrina con la que, pretendiendo superar la inseguridad jurídica, buscábamos determinar cómo indemnizar las lesiones permanentes incluyendo tanto el lucro cesante, como el daño moral. Esto afectaba al factor de corrección de la incapacidad permanente (Tabla IV). Sostuvimos entonces que había de hacerse una ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar a qué parte de la cantidad reconocida obedecía el lucro cesante y a qué otra los daños morales. Ello llevaba a descontar de la primera partida (lucro cesante) lo percibido en concepto de prestación de Seguridad Social.

### **6. Doctrina de la STS 23 junio 2014 (rec. 1257/2013 ).**

Pero, siendo conscientes de que esa doctrina no ofrecía completa claridad y que pecaba de falta de criterios nítidos para que los tribunales pudieran efectuar aquella separación conceptual, en nuestra STS/4ª/Pleno de 23 junio 2014 (rcud. 1257/2013 ) hemos abandonado aquella técnica de reparto y adoptado el criterio de atribución al concepto de daños morales de las valoraciones orientativas del Baremo (lo que hemos reiterado en la STS/4ª de 20 noviembre 2014 -rcud. 2059/2013 -). Ponemos así de relieve que el Baremo "no regula de forma autónoma -como tal- la Incapacidad Permanente, sino que lo hace en la Tabla IV tan sólo como uno de los «factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes» [las de la Tabla III], e incluso con una



terminología más amplia que la utilizada en el ámbito de Seguridad Social [se refiere a la «ocupación habitual» y no al trabajo, porque la norma afecta a toda persona, trabajadores o no]". De ahí que sostengamos que:

a) El importe de las indemnizaciones básicas por lesiones permanente (Tabla III), "no puede ser objeto de compensación alguna con las prestaciones de Seguridad Social ya percibidas ni con mejoras voluntarias y/o recargo de prestaciones, puesto que con su pago se compensa el lucro cesante, mientras que con aquél se repara el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente".

b) Asimismo, "el factor corrector de la Tabla IV [«incapacidad permanente para la ocupación habitual»] exclusivamente atiende al daño moral que supone - tratándose de un trabajador- la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente -en la cuantía que el Tribunal determine, de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo- a reparar el indicado daño moral".

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"-.

### **TERCERO.- Nulidad de la cláusula que limita la responsabilidad de AXA (Motivo 1º del recurso).**

#### **1. La sentencia recurrida.**

La STSJ Comunidad Valenciana 268/2015 de 6 febrero (rec. 1961/2014 ), por remisión a una sentencia anterior, considera que la cláusula que fija el importe por el que responde la Compañía aseguradora no es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, sino una cláusula delimitadora del contrato de seguro, pues en ella se concreta el riesgo asegurado y el límite indemnizatorio, distinguiendo dos supuestos de responsabilidad civil: la de "explotación" y la "patronal", estando ésta asegurada con la cantidad fijada en la póliza.

#### **2. La sentencia de contraste.**

Se aporta como sentencia de contraste la STSJ Cantabria de 15 noviembre 2013 (R. 588/2013 ), que estima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Limpias. Revocando la sentencia de instancia, dictada en autos de reclamación de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, condena a CASER al pago de 60.000 ? al actor, absolviendo al Ayuntamiento.

En esencia, defiende el Ayuntamiento en suplicación que el contrato de seguro suscrito con CASER contempla una limitación porcentual según publicación de un baremo que no forma parte ni consta en la póliza en poder del Ayuntamiento, de forma que las limitaciones de cobertura que implica no le pueden ser impuestas a la Corporación demandada, ya que contravendría el contenido de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: tratándose de una cláusula limitativa del derecho del asegurado no está destacada en letra negrita ni aceptada por escrito.

La Sala indica que es cierto que la póliza suscrita, aportada por el Ayuntamiento, remite a las condiciones generales, que en su número 1.2, establecían la definición de la cobertura, pero aplicando a la cantidad global un porcentaje recogido en el baremo del anexo, que ha sido aportado por la compañía aseguradora pero no por el Ayuntamiento. Se opone por el Ayuntamiento el desconocimiento de tal concreta limitación, y que no constituye delimitación del riesgo sino limitación, que es cosa distinta. Y el Tribunal Superior, tras referir doctrina que considera de aplicación, en esencia, distingue entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, y afirma que mientras las limitativas están sometidas a la exigencia de la específica aceptación por escrito, en el caso de las delimitadoras del riesgo es suficiente su aceptación genérica. Y en el caso considera que el contrato de seguro suscrito por el Ayuntamiento y la Compañía aseguradora contempla una limitación porcentual según publicación de un baremo de la incapacidad permanente, que no forma parte ni consta en las condiciones generales de la póliza. Se trata de una cláusula limitativa que no se acredita haya sido aceptada por el Ayuntamiento, por lo que corresponde a la aseguradora el abono íntegro de la mejora.

#### **3. Consideraciones específicas.**





A) El recurso plantea la validez del contrato de seguro al no estar firmada por el tomador la cláusula delimitadora del riesgo, que acota la responsabilidad de la Compañía de seguros. En la referencial también se trata del mismo debate sobre cláusula que limita la cobertura.

Ahora bien, el Informe del Ministerio Fiscal advierte que los hechos examinados por las sentencias enfrentadas son distintos. En la recurrida es el trabajador el que reclama la nulidad de la cláusula que limita, mientras que en la de contraste es el empleador, con posiciones evidentemente distintas.

B) Además, en la sentencia referencial la cláusula discutida está en un condicionado anexo al contrato y al margen de las condiciones generales. Nada de eso ocurre en la sentencia recurrida, ya que es en la propia póliza donde se establece el alcance de la responsabilidad.

Es decir, no puede afirmarse que las pólizas y, en particular, las cláusulas debatidas sean las mismas en los dos casos. Por el contrario, lo que consta es su diferencia.

La sentencia recurrida resuelve a partir de una póliza donde se fija la cantidad total por la que responde la Aseguradora. La sentencia de contraste examina un caso donde es el Anexo al contrato de seguro el que contempla una limitación porcentual, según publicación de un baremo de la incapacidad permanente, que no forma parte de las condiciones generales de la póliza.

C) En la sentencia recurrida es el trabajador quien pretende la nulidad de la cláusula que considera limitativa, no constanding cuestión similar planteada por el empresario. En la sentencia de contraste es precisamente el Ayuntamiento empleador quien reclama la nulidad de la cláusula correspondiente.

D) La contradicción, en los términos pedidos por la LRJS, no concurre porque ambas resoluciones aplican la misma doctrina sobre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas. Las diferencias en los hechos y en los debates jurídicos son las que determinan los diversos pronunciamientos alcanzados y obstan a la contradicción.

#### **4. Desestimación.**

En definitiva, ni la posición en que se ha suscitado el debate por las respectivas partes es la misma; ni los hechos que los propician son semejantes; ni las doctrinas acogidas por las sentencias enfrentadas divergen.

Este motivo de recurso, como la Aseguradora impugnante y el Ministerio Fiscal han apuntado, no debió admitirse a trámite y ahora, en esta fase procesal, debemos desestimarlo. Recordemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTs 1036/2016 de 2 diciembre ; 107/2017 de 8 febrero ; 123/2017 de 14 febrero ; 346/2017, de 25 abril ; 434/2017 de 16 mayo ).

#### **CUARTO.- Descuento de la mejora voluntaria (motivo 2º del recurso).**

En este segundo motivo se debate si de la indemnización por accidente laboral debe descontarse una indemnización percibida como mejora voluntaria, al amparo del correspondiente convenio colectivo.

##### **1. La sentencia recurrida.**

La STSJ 268/2015 de 6 febrero (rec. 1961/2014 ) invoca en este punto lo sostenido por la STS 17 julio 2007 y concluye que la póliza cubre una parte del riesgo, y si cubre hasta 48.000 ? de la incapacidad permanente total del trabajador, evidente que también cubre una parte de responsabilidad civil de la empresa.

El trabajador no puede percibir una indemnización superior al perjuicio que realmente ha sufrido, con lo que la cantidad asumida en concepto de incapacidad permanente por la póliza de seguros debe tenerse en cuenta y deducirse de la suma global resultante. Sin que a ello obste que en el convenio se diga que tales indemnizaciones tienen carácter complementario.

##### **2. La sentencia de contraste.**

A) Se aporta para el contraste la STS 13 octubre 2014 (rec. 2843/2013 ). Aquí tanto la sentencia de instancia como la de suplicación han estimado parcialmente la demanda y condenado a la empresa SEDES, SA, a abonar al actor 29.926,63 ?, respondiendo solidariamente con ella la codemandada MAPFRE hasta el montante de 28.426,63 ?. Estima en parte el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el actor y condena a los demandados a que también abonen solidariamente al actor 26.000 ?, manteniendo en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia.

B) La cuestión resuelta se centra en determinar si procede deducir, o no, y en qué forma, de la indemnización reclamada por daños y perjuicios causados a consecuencia de un accidente laboral, la cantidad de 26.000 ? que percibió el perjudicado en virtud de la póliza que, en cumplimiento de la mejora voluntaria por incapacidad



pactada en el art. 37 del Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias , tenía concertada la empresa demandada con una aseguradora.

### 3. Concurrencia de la contradicción.

En función de lo expuesto, consideramos que concurre la preceptiva contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación por concurrir las identidades que exige el artículo 219.1 LRJS .

En ambos casos se debate si procede o no el descuento de la indemnización percibida por los trabajadores en concepto de mejora voluntaria pactada en el correspondiente convenio colectivo.

En la sentencia recurrida se ha procedido al descuento global de dicha cantidad. Sin embargo, la sentencia de contraste se indica que no procede dicho descuento más que respecto de cuantías homogéneas, en concreto, la cuantía resarcitoria del daño moral.

### 4. Doctrina de la Sala.

A) Como indica la propia sentencia de contraste, en la materia estudiada debemos partir de la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala en su STS 23 junio 2014 (rec. 1257/2013 ). Allí se dice lo siguiente:

3.- *Por la Incapacidad Permanente [Tabla IV].-*

a).- *El lucro cesante.- En este punto los criterios pueden resumirse del siguiente modo: 1º) Al cuantificar la indemnización por el lucro cesante que comporta la IP, deben descontarse las prestaciones de la Seguridad Social, que resarcen la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia y que se han financiado con cargo al empresario, así como las mejoras voluntarias, pero no el posible recargo de prestaciones, que tiene finalidad disuasorio/preventiva; 2º) La regla general a seguir es, salvo prueba en contrario de perjuicios superiores, de equivalencia entre la prestación reconocida -a la que añadir en su caso la mejora voluntaria- y el lucro cesante, pero se excepcionan, entre otros, los casos de acreditada insuficiencia, tales como -entre otros- (a) IP fronteriza con el grado inmediatamente superior, (b) dificultades de rehabilitación laboral por edad u otras singularidades que lleven a excluir posibilidades de trabajo meramente teóricas, y (c) los supuestos de pérdida de expectativas laborales constatables; 3º) En estos supuestos de acreditado lucro cesante en cuantía superior [por no estar plenamente satisfecho con prestaciones y mejoras], el déficit de ingresos que por tal concepto sea atribuible a la IP necesariamente ha de capitalizarse, para así resarcir la pérdida económica vitalicia que la discapacidad comporta; y 4º) Si se presentan capitalizadas las prestaciones de Seguridad Social [con las mejoras, en su caso], también ha de capitalizarse la pérdida de ingresos [teniendo en cuenta futuras posibilidades -reales- por nuevo empleo], caso en el que el lucro cesante, de existir, será la diferencia entre ambas capitalizaciones.*

b).- *El daño moral [cambio de doctrina].- Este es el aspecto primordial en este debate y sobre el que nuestro usual criterio ha sido objeto de reconsideración en las presentes actuaciones, llevándonos a entender -como se razonará en los dos siguientes fundamentos- que la doctrina ha de ser rectificada y que el factor corrector de la Tabla IV [«incapacidad permanente para la ocupación habitual»] exclusivamente atiende al daño moral que supone -tratándose de un trabajador- la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente -en la cuantía que el Tribunal determine, de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo- a reparar el indicado daño moral.*

B) La citada STS 13 octubre 2014 (rec. 2843/2013 ) reitera que el factor corrector de la incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima (Tabla IV del Baremo) repara exclusivamente el daño moral y de su importe no puede deducirse lo percibido por mejora voluntaria por incapacidad establecida convencionalmente (en el caso, 26.000 euros), por no tratarse de conceptos homogéneos.

C) La STS 20 noviembre 2014 (rec. 2059/2013 ) invoca la citada doctrina del Pleno: la Tabla IV "integra el daño moral", esencialmente, y de las cantidades en ella establecidas no pueden deducirse las prestaciones de muerte y supervivencia en liza (viudedad y orfandad), por no guardar la necesaria homogeneidad conceptual, pues tales prestaciones viene a compensar, bien el denominado "daño emergente" desde la perspectiva de los supervivientes (viuda e hija menor), esto es, la "pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso", al decir de la referida *sentencia de 23-6-2014* (F.J. 4º.6), bien el lucro cesante si es que nos fijáramos en las rentas dejadas de percibir por el fallecido y su familia: en cualquier caso, tales prestaciones no integran el daño moral que, como vimos, sí forma parte sin duda de la "indemnización básica".

D) La STS 2 febrero 2015 (rec. 395/2014 ) invoca la doctrina sentada por la sentencia del Pleno en orden a la fijación de intereses moratorios.

E) Del mismo modo, la STS de 17 febrero 2015 (rec. 1219/2014 ) reitera el criterio de que, una vez calculados los daños morales con arreglo al baremo de accidentes de tráfico, de la cuantía así obtenida no cabe descontar



lo percibido por prestaciones de Seguridad Social, ni por el complemento empresarial de la mismas; y ello con independencia de que tales prestaciones afecten a la situación de incapacidad temporal o a las lesiones permanentes.

F) La STS 30 marzo 2015 (rec. 3204/2013 ), aunque no puede entrar en el fondo del asunto por falta de contradicción, invoca la doctrina del Pleno en cuestión: al tratarse de una deuda de valor, el régimen jurídico de secuelas y número de puntos atribuibles son -en principio- los de la fecha de consolidación, si bien los importes del punto han de actualizarse a la fecha de la sentencia, con arreglo a las cuantías fijadas anualmente en forma reglamentaria, aunque también resulta admisible -frente a la referida regla general de actualización y sólo cuando así se solicite en la demanda-aplicar intereses moratorios no sólo desde la interpelación judicial, sino desde la fijación definitiva de las secuelas.

G) La STS 2 marzo 2016 (rec. 3959/2014 ) aplica la doctrina sentada por el Pleno a la hora de fijar una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de actividad prestada con amianto.

## 5. Resolución.

A) El factor corrector de la tabla IV del baremo de accidentes de tráfico alude exclusivamente al daño moral y debe percibirse íntegro, sin que de su importe puede deducirse cantidad alguna por imputación a incapacidad ya compensada mediante prestaciones de la Seguridad Social o mejoras voluntarias de éstas.

De este modo 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 o a las lesiones permanentes.

B) Lo dicho nos lleva a estimar el recurso y, tal y como también propone el Ministerio Fiscal, casar y anular la sentencia recurrida puesto que se opone a la doctrina que venimos manteniendo a partir de la citada STS del Pleno de 23 junio 2014 (rec. 1257/2013 ).

C) Conforme al art. 228.2 LRJS , *si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada.*

Esto significa que el recurso de suplicación formalizado por el demandante frente a la sentencia del Juzgado de lo Social ha de estimarse en el extremo que se corresponde con el segundo de los motivos de su casación unificadora. Es decir: los 48.000 ? que ha percibido como consecuencia de la mejora voluntaria contemplada en el convenio colectivo no deben descontarse de la indemnización por daños y perjuicios derivados de su accidente laboral.

D) Dispone asimismo que *en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe .*

Puesto que la sentencia del Juzgado estimó parcialmente la demanda interpuesta, procede ordenar que los depósitos constituidos sean destinados a la finalidad específica que poseen.

Al ser el trabajador quien ha interpuesto tanto el recurso de suplicación cuanto el de casación, sin embargo, opera la regla específica del art. 235.1 LRJS (" *la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita* ").

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, 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. Celestino , representado y defendido por el Letrado Sr. Pérez Torres. 2) Casar y anular la sentencia 268/2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 6 de febrero de 2015 . 3) Resolviendo el debate de suplicación, estimar el recurso de tal clase (nº 1961/2014), interpuesto por el Sr. Celestino . 4) Revocar parcialmente la sentencia dictada el 11 de abril de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia , en los autos nº 244/2013, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la Sociedad Anónima de Prefabricados S.A. (PREFORSA) y Cia de Seguros Axa, sobre cantidad, en el sentido de descartar el descuento del importe de la mejora voluntaria abonada por Axa al demandante. 5) Condenar a la Sociedad Anónima de Prefabricados (Preforsa) a abonar al actor 51.135,52 ? , con los intereses por mora procesal del art. 576 LEC , sin que de la misma pueda detraerse el importe de la mejora voluntaria contemplada en el convenio. 6) Condenar a



la Compañía de Seguros Axa, solidariamente con Preforsa, a abonar al actor la suma de 30.050 €, con los intereses por mora procesal del art. 576 LEC, sin que de la misma pueda detrarse el importe de la mejora voluntaria contemplada en el convenio. 7) Condenar a la Compañía de Seguros Axa a abonar al actor la suma de 48.000 € en concepto de mejora voluntaria, sin perjuicio de que a tal efecto pueda consolidarse la cuantía ya satisfecha, la cual no puede detrarse de la indemnización por daños y perjuicios reseñada en apartados anteriores de este fallo. 8) No realizar imposición de costas respecto de ninguno de los recursos entablados a lo largo del presente procedimiento.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ