



Roj: **STS 1445/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1445**

Id Cendoj: **28079140012014100164**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2014**

Nº de Recurso: **1506/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3856/2013,**
STS 1445/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D^a Crescencia en su propio nombre y en el de sus hijos menores, Noelia y Casimiro, contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2013, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso nº 201/13, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D^a Crescencia, Noelia, Casimiro y D^a Belinda, contra la sentencia de fecha 25 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, en autos nº 65/12, seguidos por DOÑA Crescencia, en su propio nombre y en el de sus hijos menores, Noelia y Casimiro, y DOÑA Belinda, frente a AYUNTAMIENTO DE GÜENES, EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A., AXA SEGUROS GENERALES, S.A., SEGUROS CASER, S.A. y ALLIANZ SEGUROS, S.A., en reclamación de cantidad.

Se han personado, en concepto de recurridos: la Procuradora Doña Andrea de Dorremochea Guiot, en nombre y representación de CASER, S.A.; la Procuradora Doña Magdalena Cornejo Barranco, en nombre y representación de AXA SEGUROS GENERALES, S.A.; el Letrado Don Javier Villadangos Alonso, en nombre y representación de ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.; y la Procuradora Doña María Eugenia Fernández-Rico Fernández, en nombre y representación de SEGUROS ALLIANZ, S.A..

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de mayo de 2012 el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Se estima parcialmente la demanda planteada por Dña. Crescencia, actuando en su propio nombre y en el de sus hijos menores Noelia y Casimiro, y Belinda contra EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., ANSAREO SERVICIOS Y SANEAMIENTOS, S.A., AYUNTAMIENTO DE GÜENES, ASEGURADORA ALLIANZ, CASER y AXA SEGUROS condenando solidariamente a las empresas EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., ANSAREO SERVICIOS Y SANEAMIENTOS, S.A., AYUNTAMIENTO DE GÜENES a que abonen a Dña. Crescencia la suma de 111.458,83 euros, a cada uno de los hijos menores Noelia y Casimiro, la suma de 6.085,10 euros, a Doña. Belinda la suma de 10.217,05 euros y a la comunidad hereditaria del fallecido Sr. Samuel la suma de 10.217,05 euros respondiendo en nombre de EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., la aseguradora AXA SEGUROS a salvo del límite franquiciado, en nombre de ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS SA la aseguradora ALLIANZ, y en nombre del Ayuntamiento de GÜENES la aseguradora CASER hasta el importe de 90.150 euros y a salvo del límite



franquiciado y condenando a las aseguradoras al abono del interés del art. 20 del Contrato del Seguro desde la fecha de esta sentencia".

En fecha 27 de julio de 2012 se dictó Auto de Aclaración de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se estima la solicitud de aclaración de sentencia dictada en las presentes actuaciones interesada por la parte demandante, en el sentido de hacer constar en la citada resolución los siguientes extremos: En el fundamentos jurídico 4º tomo Total indemnización, deberá aparecer la cifra de 155.209,01 euros en vez de la transcrita de 144.063,13 euros. En el fallo de la sentencia como cantidad objeto de condena en favor de Dña Crescencia deberá aparecer la cifra de 122.604,71 euros, en vez de la transcrita de 111.458,83 euros".

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

" 1. - Con fecha 19/7/2011 se dicta sentencia por la Sala de lo Social del TSJ del País vasco en procedimiento sobre recargo de prestaciones seguido DÑA. Crescencia , actuando en su propio nombre y en el de sus hijos menores Noelia y Casimiro , contra EXCAVACIONES SAN LORENZO. SL., ANSAREO SERVICIOS Y SANEAMIENTOS,. SA.. AYUNTAMIENTO DE GUEÑES, INSS y TGSS, que confirma la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los Bizkaia de 5/ 9/2010 que condenaba a los codemandados AYUNTAMIENTO DE GUEÑES, ANSAREO SERVICIOS Y SANEAMIENTOS, SA. y EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L. a que abonen solidariamente a la actora el recargo de 30% sobre las prestaciones económicas otorgadas por el sistema de la Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo sufrido por su esposo el día 13 de agosto de 2.008, considerándose acreditados los siguientes extremos:

Primero.- El trabajador D. Jacobo , nacido el día NUM000 /1.970, afiliado en el Régimen General de la Seguridad Social con el nº NUM001 , prestó servicios para la empresa EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., desde el día 10/01/2000, con la categoría profesional de OFICIAL DE 1ª. La empresa EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L. es una empresa especializada en preparación de obras, demolición y movimientos de tierras.

Segundo.- El 12/05/2.005 el Ayuntamiento de Gueñes adjudicó la contratación del servicio de trabajos de mantenimiento y reparación de espacios públicos y mobiliario urbano del municipio a la empresa ASASER. SA prorrogando el contrato el 26/06/2.007 por un plazo de dos años. El 8 de agosto, el Ayuntamiento, sobre las bases del contrato, ordena a ASASER, S.A. que realice trabajos de consolidación del camino del barrio Unzar. ASASER encarga a la empresa EXCAVACIONES SAN LORENZO a dicho trabajo en base al contrato suscrito entre ambas empresas el 2/01/2.008, donde la primera adjudica a la segunda trabajos de excavaciones y movimientos de tierras vinculados al contrato de reparación suscrito con el Ayuntamiento de Gueñes. El 12/08/2.008 ambas empresas firman un anexo al contrato, estipulando que la empresa de excavaciones asume la realización de la obra "arreglo del camino hasta la ermita en el barrio Unzar de Sodupe" (Gueñes), fijando el comienzo de la obra el mismo día. El Ayuntamiento de Gueñes había autorizado el 10/01/2.008 que Asaser pudiera subcontratar a Excavaciones San Lorenzo para trabajos puntuales de movimiento de tierras. El camino vecinal es de titularidad municipal.

Tercero.- Con fecha 13/08/ 2.008. D. Jacobo sufrió un accidente de trabajo mortal cuando, después de la hora de comer, se dirigía a la realización de trabajos arriba indicados de adecuación del firme del segundo tramo del camino vecinal del barrio de Unzar (Gueñes), conduciendo una máquina retroexcavadora. de 17.170 kg. de peso. Al acceder con la excavadora por un trayecto del camino de cemento-hormigón, al paso de la excavadora se produjo un hundimiento del piso del camino que provocó el vuelco y la precipitación de la excavadora por la ladera, arrastrando en su caída al trabajador, que fue golpeado por la máquina y el suelo, produciéndose lesiones y aplastamientos graves que propiciaron su muerte. En el lugar del accidente, la tierra sobre la que se asienta la pista-camino de cemento-hormigón había sido erosionada por efecto del agua de lluvia que vierte del camino a la ladera del monte, a través del canal de desagüe existente sobre la superficie. El manto vegetal que tapizaba la ladera cubría la zona erosionada, ocultando el voladizo existente bajo el cemento hormigón de unos 300 mm. El trabajador había realizado durante la mañana del accidente el arreglo del primer tramo de tierra y piedra del camino, y previo a la acometida de la tarea el responsable de ASASER y el trabajador visitaron la zona de trabajo al objeto de conocer el lugar y concretar oralmente la tarea a realizar, tratándose de un trabajo similar a otros que el trabajador ya había efectuado, incluso en el mismo municipio.

Cuarto.- En relación con la actividad que realiza la empresa EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., existe evaluación de riesgos clasificada por máquinas y oficios que identifica y estima los riesgos. La evaluación de riesgos fue realizada por el servicio de prevención ajeno SPRIL, y desde el 3 de enero de 2.008 tienen contratado el servicio de prevención ajeno con Servicios Normativos, S.A., que ha elaborado una nueva evaluación de riesgos. En la evaluación de riesgos está contemplado la evaluación e identificación del riesgo de accidente de forma genérica, contemplando la posibilidad de caídas a cotas inferiores del terreno por ausencia de balizamientos, señalización, ausencia de topes, final de recorrido, deslizamientos de terreno, mal estado del



terreno. Considera la posibilidad de accidente muy grave. Las medidas preventivas previstas son: vigilancia permanente de las normas preventivas, utilización de maquinaria por personal capacitado y adiestrado en su manejo, revisión periódica de la maquinaria previamente a su utilización, observación de lo reflejado en el código de la circulación, utilización de señales de maniobras, vigilancia permanente de realización de trabajo seguro.

Quinto.-El trabajador Sr. Jacobo había recibido información y formación sobre los diferentes riesgos derivados de la realización de los trabajos de maquinista, así como de las medidas de protección para evitarlos. El 19/01/2.007 consta la entrega al trabajador de un casco de protección mecánica, guantes de protección mecánica, guantes de protección química, gafas de seguridad antiproyecciones, protectores auditivos, botas de agua de PVC, botas de seguridad y ropa de trabajo.

Sexto.- Para la ejecución de la obra de autos, no se elaboró un proyecto de obra previo a la misma, no existió estudio básico de seguridad y salud, ni fue nombrado coordinador de seguridad y salud.

Séptimo.- Con fecha 3/07/2.008 el vecino Sr. Juan Alberto , propietario de un caserío en el BARRIO000 , solicitó mediante escrito dirigido al Ayuntamiento de Gueñes, que damos por reproducido, que adoptara las medidas oportunas a fin de que el camino municipal resulte transitable y practicable en condiciones de seguridad, posibilitándose el tránsito de personas y vehículos, denunciándose en la manifestación primera que el firme o pavimento del camino que da acceso al caserío es de cemento en el tramo en el que presenta mayor porcentaje de desnivel, elevadísimo, dada la pendiente a salvar. aduciendo que desde que fue colocado el pavimento no se ha llevado ninguna obra de conservación o reparación. Dicho escrito fue suscrito por más de 100 vecinos.

Octavo.- Que el informe de accidente de trabajo emitido por la Inspección provincial de Trabajo con fecha de conclusión 23/10/2.008, que se tiene por reproducido, tiene el siguiente contenido parcial:

"CIRCUNSTANCIAS Y HECHOS COMPROBADOS EN LA ACTUACION INSPECTORA

Como consecuencia de la actuación inspectora practicada (visita al lugar del accidente, entrevistas realizadas, examen de documentación), se comprueban los siguientes extremos:

1º.- El trabajador D. Jacobo (DNI NUM002), sufrió un accidente de trabajo mortal el día 13-08-2008 cuando prestaba servicios para la empresa EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L.

2º.- El trabajador tenía una antigüedad en el puesto de trabajo desde el 10-01-2000 con categoría profesional de oficial de 1ª.

3º.- El accidente se produjo cuando el trabajador, después de la hora de comer se dirigió a la realización de trabajos de adecuación del camino vecinal del barrio de Lexatza en SODUPE. Su trabajo consistía en la adecuación del firme del camino, siendo preciso pasar por tramos del camino hormigonados y llegar a la parte de tierra en donde tenía que proceder a su alisado y adecuación.

4º. - En la visita realizada se comprobó el lugar en el que sucedió el accidente. Efectivamente se trata de un camino vecinal que cuenta con tramos de tierra y otra parte hormigonada. En el lugar exacto en el que se produjo la caída era un tramo del camino que estaba hormigonado, y que simplemente era lugar de paso de la retroexcavadora (al igual que pueden circular otro tipo de vehículos, indicando que el día del accidente estaba circulando por dicho camino un vehículo todo terreno). Se constatan señales evidentes de que el terreno cedió, debido a que el hormigón se dispuso en la pista sin relleno por debajo, con un único mallazo de modo que se aprecia la existencia de un hueco vacío por debajo de la parte de hormigón que no cedió. El camino tiene una anchura de entre 2,5 y 3 metros.

5º. -Ante la ausencia de testigos, parece ser que el accidente se produjo cuando al circular con la retroexcavadora por dicha pista de hormigón del camino vecinal, y a la altura indicada en el punto anterior, el hormigón cedió por la parte del precipicio, lo que provocó la caída de la retroexcavadora a lo largo de dicho precipicio rodando unos cien metros hacia abajo.

6º.- Se comprueba que el trabajador tenía realizado el reconocimiento médico del año 2.007, estando pendiente de realizar el del 2.008. en el mes de octubre; así como había sido informado y formado sobre los riesgos de su puesto de trabajo (se le había entregado las instrucciones técnicas para el manejo de maquinaria en operaciones de movimiento de tierras) y contaba con autorización para el manejo de la maquinaria. Se comprueba.

7º.- Se examina además la documentación referente a la retroexcavadora J.C.B., modelo JS 160, en la que se produjo el accidente. Dicha máquina cuenta con declaración e conformidad, adaptándose a las directivas 98/37 EC, 89/336 EEC y 20000/14/EC. Igualmente se comprueba que se había abonado el seguro obligatorio



y voluntario del impuesto de vehículo de tracción mecánica en mayo y junio del 2008. El año de fabricación y matriculación de la máquina es el 2005. Y además en la ficha técnica del vehículo se comprueba que la anchura total de la retroexcavadora es de 2,5 metros aproximadamente.

8º.- La empresa cuenta con evaluación de riesgos del puesto de trabajo, realizada por SPRIL, aunque existe un nuevo concierto de actividad preventiva con otro servicio de prevención ajeno (manifestó la representación empresarial su intención de cambiar de servicio de prevención), aportándose la solicitud de oferta con éste.

9º.- Por último se comprueba que los trabajos de reparación del camino vecinal se estaban realizando en el marco de un contrato que la mercantil EXCAVACIONES SAN LORENZO S.L. tiene suscrito con la empresa ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.L. desde enero de 2008. Se explica a la actuante que el Ayuntamiento de Güeñes encarga a esta empresa la realización de trabajos de "reparación de espacios públicos y mobiliario urbano", y a su vez, ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.L. subcontrata con EXCAVACIONES SAN LORENZO, SL. los trabajos encargados por el Ayuntamiento, en lo referente a excavaciones y movimientos de tierras.

Dentro del contrato en términos generales, suscrito por ambas mercantiles, se realizan una serie de Anexos con motivo de las obras concretas que en cada caso se van adjudicando, en función de las necesidades del Ayuntamiento. Así, con fecha 12-03- 2008 se realizó un Anexo "para la ejecución de escollera y protección de talud", y con fecha 12-03-2008 se realizó un nuevo Anexo para la realización de la obra de "arreglo del camino hasta la ermita del barrio de Ungar de Sodupe" (Güeñes). Estos Anexos están firmados por contratista y subcontratista.

CONCLUSIONES: En vista de todo lo expuesto anteriormente, cabe concluir que:

1º.- El accidente de trabajo se produjo en una zona de paso hacia el lugar de trabajo (zona del camino de tierra situada más allá del lugar donde cayó la retroexcavadora), siendo necesario pasar por allí para acceder a dicho lugar de trabajo.

2º.- Que se trata de un camino vecinal por el que pueden transitar personas, vehículos particulares...y que en algunos de sus tramos se encuentra hormigonado (puesto que en su día se habilitó para un mejor paso de vehículos hacia la ermita).

3º.- Que el accidente se produjo como consecuencia de que la zona hormigonado cedió en uno de sus laterales ante el paso de la retroexcavadora, comprobándose que debajo del hormigón estaba hueco.

4º.- Que comprobada toda la documentación, la empresa había cumplido con todas sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales (tenía evaluación, había formado e informado al trabajador sobre el manejo de maquinaria, que el trabajador estaba autorizado para conducir la retroexcavadora, que dicha máquina contaba con declaración de conformidad, instrucciones del fabricante, permiso de circulación...).

5º.- Que el camino tenía una anchura suficiente (aunque muy ajustada al ancho de la retroexcavadora, de modo que era posible su paso por dicho camino, máxime si se hubiera acercado al lado del camino en el que no se encontraba el terraplén.

En vista de todo ello se entiende que no han podido detectarse una falta de medidas de seguridad y salud por parte de la empresa que sean causa directa del accidente de trabajo producido, no procediéndose a proponer sanción a la empresa. Todo lo cual se informa a los efectos oportunos."

Noveno.- El informe de investigación de Accidente Laboral emitido el 5/11/2008 por el técnico en prevención de OSALAN D. Ramón en relación con dicho accidente de trabajo, que se tiene por reproducido, se señala lo siguiente:

7.- ANALISIS DE LAS CAUSAS DEL ACCIDENTE Nota: este análisis ha sido elaborado basándose en las informaciones facilitadas por los entrevistados durante la investigación.

7.1.- Existencia de un peligro: a pista de unos tres metros de ancho sobre la que circula la excavadora de 2,49 metros de anchura, presenta a su derecha un fuerte desnivel y en consecuencia un riesgo de caída por ausencia de balizamiento, señalización, deslizamiento del terreno. No obstante, en circunstancias normales y teniendo en cuenta la experiencia del maquinista, la probabilidad de que en este tramo de la pista se produzca un accidente por el simple paso de la excavadora es baja.

7. 2.- Existencia de una situación de peligro: La situación de peligro se da por la suma de otro factor de riesgo no controlado. El trabajador circulaba por la pista seguramente pensando que la consistencia era la adecuada, porque, además, había pasado anteriormente por ella con la aplanadora sin problemas. El trabajador desconocía que la tierra sobre la que asienta la pista había sido erosionada por efecto del agua y no lo vio porque el manto vegetal que tapizaba la ladera se lo impedía. Como no se había realizado la evaluación de



riesgos y la planificación de su actividad preventiva respecto de la obra contratada, no existía documento escrito que recogiese o identificase la asistencia del riesgo. Por otra parte, se trataba de un lugar de paso y no de intervención con la excavadora.

7.3.- Suceso que desencadena el accidente: De la observación del punto donde se produjo el accidente se desprende que la excavadora, con un peso superior a los 17.000 kg. y una anchura máxima de 2,49 m., pasó muy cerca del borde del camino que, en dicha zona, tiene una anchura de tres metros. Esta circunstancia, por sí sola, no hubiese desencadenado el accidente. Pero la existencia de una zona erosionada bajo el cemento-hormigón, de aproximadamente 300 mm., propició que se produjera el hundimiento del piso del camino, siendo el mal estado oculto de la pista el suceso que desencadena el accidente. En este caso, si el mal estado de la pista hubiese sido detectado con antelación y estuviese señalizado y balizado, es seguro que, con su experiencia, el trabajador extremaría las precauciones evitando el acercarse al borde porque sabe que existe una situación de peligro. Probablemente, el buen estado aparente de la pista, la falta de indicios y documentación sobre la existencia de la erosión y su paso anterior por el lugar con la aplanadora sin incidencias, le hizo confiar en su consistencia.(...)

7.5.- Codificación de las causas detectadas:

CAUSAS INMEDIATAS: Vías de circulación deficientes: la pista está indicada para la circulación de vehículos ligeros y no ha procedimiento de revisión y conservación periódica.

FALLOS EN EL SISTEMA DE PREVENCIÓN:

1º.- Inexistencia o insuficiencia de un procedimiento que regula la realización de las actividades dirigidas a la identificación y evaluación de riesgos, incluidas las referidas a los estudios requeridos en las obras de construcción: Por sus características, la obra no contaba con un estudio básico de seguridad y salud. Pero tampoco se había realizado la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva, ni se había exigido por el contratista.

2º.- No identificación del riesgo que ha materializado el accidente: No se identificó el riesgo porque no se realizó una revisión de la pista, antes de iniciar el trabajo. No había información de su mal estado. El lugar del accidente era una zona de paso y no de trabajo.

8.- CONCLUSIONES

Estas conclusiones se realizan sobre la base de los hechos comprobados in-situ, la información facilitada por los entrevistados, la información facilitada por las empresas y el Ayuntamiento de Güeñes:

- El fallecido estaba trabajando solo en una pista camino del municipio de Güeñes, que conduce desde el barrio de Sodupe a los barrios de Unzar y Lejarza.

- La pista tiene tramos de tierra y piedra y otros de cemento-hormigón de unos 600 m., le sigue un tramo de tierra y piedra que se prolonga hasta el barrio de Lejarza.

El trabajo consistía en la explanación, nivelación y compactación de los tramos de tierra y piedra que estuviesen en mal estado.

- Para realizar el trabajo utilizaba una excavadora autopropulsada sobre ruedas y una máquina de compactación pesada.

- Había realizado el arreglo del primer tramo de tierra y piedra y subido la compactadora pesada hasta el siguiente tramo de tierra piedra que tenía que reparar.

- Cuando accedía conduciendo la excavadora al siguiente tramo, y como consecuencia de la erosión que presentaba la base sobre la que asentaba el cemento-hormigón, cedió el firme de la cuneta derecha del camino.

- En el punto donde cedió el firme la ladera presentaba un fuerte desnivel, propiciando el vuelco y la precipitación de la máquina por la mencionada ladera, arrastrando en su caída al conductor.

-La máquina recorrió un tramo aproximado de unos 113 m. dando vueltas de campana.

-Durante la precipitación el trabajador se golpeó contra la máquina y el suelo, saliendo despedido unos metros antes del final del recorrido de la máquina.

- Los golpes recibidos le originaron lesiones y aplastamientos graves que causaron su muerte.

El accidente sucedió porque la excavadora, con un peso superior a 17.000 Kg. y una anchura de 2,49 m. pasó cerca del borde del camino, que en dicha zona tiene una anchura de 3 m. Pero esta circunstancia, por si sola, no hubiese desencadenado el accidente si no fuera por la existencia de una zona erosionada, oculta y desconocida, de aproximadamente 300 mm, bajo el cemento-hormigón.



En la evaluación de riesgos realizada por el servicio de prevención ajeno se contempla el riesgo de caída a cotas inferiores del terreno por ausencia de balizamientos, señalización, ausencia de topes, final de recorrido, deslizamiento de terrenos y mal estado del terreno; estimando baja la probabilidad de que se produzca el accidente y muy grave la severidad de las consecuencias.

Según la mencionada evaluación, si se contemplan las medidas preventivas previstas (Vigilancia permanente de las normas preventivas, utilización de maquinaria por personal capacitado y adiestrado en su manejo, revisión periódica de la maquinaria previamente a su utilización, observación de lo reflejado en el vigente código de circulación, utilización de señalista de maniobras, vigilancia permanente de realización de trabajo seguro"), el riesgo se considera moderado.

En este caso, el maquinista estaba capacitado y adiestrado para manejar la excavadora, la máquina estaba revisada y en condiciones de uso, no hay constancia de que incumpliera el código de circulación (El vehículo utilizaba la señal luminosa V-2 a que se refiere el artículo 173.2 del Reglamento General de Circulación) o que efectuara maniobras inseguras. Sin embargo, el accidente ocurrió con consecuencias fatales porque el riesgo no había sido detectado, y no había sido detectado por varias circunstancias:

- El lugar en el que ocurrió el accidente era un lugar de paso y no debía intervenir excavadora. La inspección visual realizada en la zona por el técnico de Asaser, S.A. y el fallecido se limitó fundamentalmente a los puntos o zonas donde debía ejecutarse la tarea.

- En su paso sobre la pista no observaron nada que pudiera revelar o indicar la posible existencia de una zona erosionada bajo la misma. Además el manto vegetal de la ladera oculta la visión de la erosión.

- La anchura de la pista permitía suficientemente el paso de la máquina y aparentemente su piso parecía en buen estado.

- La orden del Ayuntamiento para realizar trabajos dirigidos a consolidar diversos tramos de la pista no incluía información sobre la posibilidad de que existieran zonas erosionadas bajo la pista.

- En la pista hay una señal prohibiendo el acceso a vehículos destinados al transporte de mercancías (camiones y furgones) independientemente de su masa, pero no hay carteles indicando la posible existencia de erosiones ocultas en la pista.

- A pesar de la prohibición anteriormente mencionada y de que la máquina sobrepasaba el peso de un camión o furgón de reparto de mercancías, no se realizó una revisión previa de la pista que permitiera cerciorar el estado real de la misma y los posibles riesgos derivados de la intervención y paso de la maquinaria que ejecuta la obra.

- No existía estudio de seguridad y salud o estudio básico de seguridad y salud aplicables a la obra concreta que ejecutaba el fallecido; tal como estipula los artículos 4, 5 y 6 del Real Decreto 1627/1 997. de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. Por ende, y tal como establece el artículo 7º tampoco se elaboró un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio o estudio básico, en función de su propio sistema de ejecución de la obra.

- En el Real Decreto 1627/ 997, de 24 de octubre, por el que establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, no se hace una diferenciación entre obras con o sin proyecto, pero en la Guía técnica, elaborada por Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo sobre la base de lo estipulado en la disposición final primera del Real Decreto, sí.

De acuerdo con las características de la obra que ejecutaba el fallecido y lo especificado en la anteriormente mencionada Guía técnica, se puede considerar que la obra en cuestión es una obra de construcción que se realizaba sin proyecto previo porque se trataba de una obra de corta duración, escasa importancia tecnológica y económica que requería poco tiempo para su ejecución (dos días y medio).

- Además, aunque se trataba de una obra programada, como se indica en la orden emitida por el Ayuntamiento de Güeñes, su inicio se determinó con poco tiempo de antelación. La orden del Ayuntamiento de Güeñes, indicando que se realizara la consolidación del camino, la recibió Asaser. SA., el viernes día 8 de agosto, el lunes día 11 de agosto Asaser, S.A. se lo comunica a Excavaciones San Lorenzo, S.L.; ésta indica al fallecido que visite la zona de trabajo junto al responsable de Asaser, S.A., al objeto de conocer el lugar y concretar oralmente la tarea a realizar. Sobre la base del contrato nº 2008/003, firmado entre ambas empresas, el día 12 de agosto firman el anexo por el que Excavaciones San Lorenzo. SA., asume la ejecución de la obra, fijando el comienzo de la obra el mismo día de la firma.

- No obstante, a pesar de que por sus características es una obra que no necesita proyecto, Excavaciones San Lorenzo. SL, debería haber realizado la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva



respecto de la obra contratada, en aplicación la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Asimismo, Asaser, S.A., debería habérsela exigido antes del inicio de la actividad, tal como especifica el punto 2 del artículo 10 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales.

Como conclusión final se puede decir: Que aun tratándose de una obra de construcción que se realizaba sin proyecto previo porque era de corta duración, escasa importancia tecnológica y económica y que requería poco tiempo para su ejecución, debería haberse realizado la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva respecto de la obra contratada. Que la evaluación de riesgos debería incluir la revisión previa de la pista, al considerar la limitación establecida por la señal de tráfico que prohíbe el acceso a vehículos destinados al transporte de mercancías (camiones y furgones) independientemente de su masa. Que, no obstante, es posible que a pesar de realizar la revisión previa de la pista no se hubiese detectado la erosión por ser desconocida para todos los intervinientes en la obra, estar oculta por la vegetación y en una zona de paso y no de trabajo. Que como consecuencia de lo anterior tampoco se hubiese evaluado el riesgo ni planificado la actividad preventiva concreta. Persistiendo la posibilidad de que se produzca el accidente. Que de haberse identificado el riesgo se hubiesen podido establecer las medidas técnicas necesarias y especificado las medidas preventivas y protecciones técnicas tendentes a controlar y reducir el riesgo derivado de la actuación y paso de la máquina que ejecuta la obra, evitando posiblemente el accidente."

Décimo.- Que el accidente laboral del Sr. Jacobo ha generado una pensión de viudedad a favor de la demandante, y dos pensiones de orfandad a favor de sus hijos Noelia y Casimiro, con una base reguladora de 1.869,39 euros, y a instancia de la demandante se promovió procedimiento sobre responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en la que se dictó resolución por la Dirección Provincial del INSS de fecha 30/12/2.009 por la que se acordó denegar la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador no procediendo recargo alguno sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente. Formulada reclamación previa, esta ha sido desestimada mediante resolución del INSS de fecha 18/02/2.010.

2.- Tras el accidente agentes de la ertzaintza recibieron un aviso sobre las 20 h. de un caserío cercano encontrándose al acudir con una excavadora que se había caído por el monte abajo unos 100 metros con una pendiente de +- 13-15º, encontrándose al trabajador fallecido unos metros antes de la máquina totalmente atrapado por un avellanal.

3.- La empresa ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS SA tenía suscrita al tiempo del accidente una póliza de responsabilidad civil patronal con la aseguradora ALLIANZ con un límite por víctima de 150.000 euros y de 300.000 euros por responsabilidad civil de explotación.

4.- La empresa EXCAVACIONES SAN LORENZO SL tenía suscrita al tiempo del accidente póliza de responsabilidad civil patronal con la aseguradora AXA SEGUROS con un límite por víctima de 150.253 euros con una franquicia del 10% por siniestro con un mínimo de 901,52 euros y un máximo de 9.015,18 euros.

5.- El Ayuntamiento de GUEÑES tenía suscrita al tiempo del accidente póliza de responsabilidad civil patronal con la aseguradora CASER con un límite por víctima de 90.150 euros con una franquicia de 900 euros.

6.- La aseguradora FIAC abonó los hijos del trabajador en concepto de mejora de prestaciones de convenio de la construcción de Bizkaia un importe de 45.000 euros a cada uno.

7.- El trabajador fallecido estaba casado con la Sra. Dña. Crescencia nacida el NUM003 /1972 siendo padres de dos menores, Casimiro nacido el NUM004 /2005 y Noelia nacida el NUM005 /2002. Dña. Crescencia que presta servicios en la empresa Sabeco con una retribución bruta de 10.340,40 euros permaneció de baja médica desde el 18/8/2008 al 2/3/2009.

8.- El trabajador fallecido que ostentaba la categoría de oficial de 1ª y percibió en el año 2008 una retribución (promedio enero a julio de 2008) de 1878,09 euros. Asimismo percibía un importe en concepto de media dieta a razón de 12,51 euros día por comida. El Convenio colectivo de la construcción de Bizkaia entonces vigente regulaba el devengo de media dieta por comida, cuando como consecuencia del desplazamiento el personal afectado tuviera la necesidad de realizar la comida fuera de su residencia habitual pudiendo volver a pernoctar en la citada residencia, devengándose por día efectivo trabajado.

9.- El trabajador fallecido era hijo de Doña. Belinda y Don. Samuel fallecido el 22/11/2009.

10.- Los importes percibidos en los ejercicios 2008/2011 en concepto de pensión de viudedad y orfandad son lo que se certifican en el doc. 31 parte actora".



TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de Doña Crescencia y sus dos hijos menores, Noelia y Casimiro , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 19 de febrero de 2013 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Crescencia , Noelia y Casimiro y Belinda frente a la sentencia de 25 de mayo de 2012 (autos 65/12) dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Vizcaya en procedimiento sobre reclamación de cantidad instado por los recurrentes contra el AYUNTAMIENTO DE GÜEÑES, EXCAVACIONES SAN LORENZO S.L.; ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.; AXA SEGUROS GENERALES S.A.; SEGUROS CASER S.A. y ALLIANZ SEGUROS, S.A., debemos CONFIRMAR la resolución impugnada".

CUARTO.- Por la Letrada Doña Marta Moina Arriaga, en nombre y representación de Doña Crescencia y sus dos hijos menores, Noelia y Casimiro , se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 6 de abril de 2011, recurso núm. 84/2011 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 13 de septiembre de 2013 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de que debía ser estimado el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de marzo de 2014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora se centra en determinar si procede deducir, o no, o en qué forma, de la indemnización reclamada por daños y perjuicios, la cantidad que, en virtud de lo pactado en convenio colectivo como mejora voluntaria de seguridad social, percibió cada uno de los dos hijos menores del causante (45.000 x 2= 90.000 €), fallecido como consecuencia de un accidente de trabajo.

2. Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación ahora recurrida (STSJ del País Vasco 19-2-2013, R. 201/13) han deducido el importe de aquellas mejoras (45.000 € por cada hijo) del total de la indemnización correspondiente a los daños causados, cuando los actores entendían que la deducción debería practicarse, en su caso, sobre el concepto de "lucro cesante", siendo así que los criterios empleados para el cálculo de la indemnización por los daños han sido siempre -en instancia, en suplicación y ya no se discuten en este trámite- los que se recogen en el sistema para la valoración en accidentes de tráfico de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, conforme a la actualización aprobada por Resolución de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE 6-2-2012).

3. La sentencia de instancia (JS nº 7 de Bilbao 25-5-2012) estimó parcialmente la demanda y, en lo que al presente recurso interesa, condeno solidariamente a tres de las entidades demandadas a que abonaran a cada uno de los dos hijos menores del causante la suma de 6.085,10 €, descontándoles así los 45.000 € derivados del convenio colectivo de aplicación (el de la Construcción de Vizcaya) del total de 51.085,10 € (46.441 de indemnización más 4.644,10 por perjuicio económico) que, conforme al baremo del automóvil, la propia resolución les reconocía.

4. La sentencia impugnada, manteniendo incólume el relato fáctico de instancia, cuyo contenido íntegro hemos reproducido en los antecedentes de la presente resolución, para desestimar el recurso de suplicación interpuesto por los causahabientes, en el que denunciaban la infracción de los arts. 1101 y 1106 del Código Civil y de la jurisprudencia que mencionaban (SSTS 17-7- 2007, entre otras) y, entre otras cosas, insistían en la elevación de las indemnizaciones que correspondían a los dos hijos menores del trabajador fallecido, se limita a afirmar que la de instancia aplicó "para cada hijo menor, descontando lo ya cobrado por vía de mejora prevista en el convenio colectivo, evitando así duplicidades resarcitorias (...). Así mismo, aplicó el factor de corrección hasta el 10% que es el máximo, atendiendo a los ingresos anuales de la víctima por trabajo personal. Todo ello conforme a las cuantías vigentes en el momento de dictarse la sentencia. Por tanto, no cabe hacer reproche alguno a esa decisión".

Solicitada "subsanción y complemento de sentencia" por los actores, la Sala del País Vasco, mediante auto del 26-3-2013 , la denegó, reiterando los argumentos de la sentencia respecto a la indemnización de los hijos menores, porque "no se considera aplicable al caso el art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ".

5. Contra la sentencia de suplicación recurren en casación unificadora los demandantes, insistiendo en aquél mismo modo de descuento y achacando a la sentencia impugnada la aplicación indebida de los arts. 1101 , 1106 y 1172 del Código Civil , así como los criterios de determinación de la indemnización contenidos en el



referido Baremo, en relación a la doctrina establecida en la sentencia de contraste (STSJ Castilla y León/ Valladolid de 6-4-2011, R. 84/2011) que, según dice, "recoge la doctrina unificada por el TS en sus sentencias de 17 de Julio de 2.007 y posteriores".

6. La sentencia referencial, también respecto a una indemnización por daños derivados de accidente de trabajo, mantiene, con remisión a las sentencias de esta Sala de 17-7-2007, "que lo percibido por prestaciones sociales y mejora de las mismas es compensable con la parte de la indemnización reconocida por lucro cesante, pero no con las cantidades reconocidas por otros conceptos, de tal forma que solo se compensan conceptos homogéneos", y con tales parámetros concluye, por aplicación del Baremo de 2007, que "a la viuda le correspondería (tabla I, Anexo I) una indemnización básica por muerte (incluidos daños morales) de 99.222,70 euros. Ahora bien, esa indemnización básica está sujeta a factores de corrección (tabla II), entre los que se incluye el de perjuicios económicos. La Sala considera que, dado que la viuda ha percibido prestaciones económicas y mejora de seguridad social (hecho undécimo [39.313 euros en virtud de póliza de convenio]) cuya razón de ser es la compensación del perjuicio económico, no cabe añadir cantidad alguna por ese factor, en lo que constituye el modo adecuado de compensar lo que se recibe en tal concepto".

7. La contradicción parece evidente, sobre todo cuando la sentencia referencial, según manifiesta expresamente, está aplicando la doctrina jurisprudencial a la que luego nos referiremos, porque mientras la recurrida practica el descuento de los 45.000 € de la mejora, de manera prácticamente automática, sobre el resultado total de la indemnización por daños que corresponde a cada hijo menor, por el contrario, en la sentencia de contraste ese descuento o compensación parece efectuarse sobre el lucro cesante cuando lo hace sobre el concepto de "perjuicios económicos" de la Tabla II del Baremo. Y siendo precisamente esa la discrepancia esencial de las sentencias comparadas, resulta irrelevante, en contra de lo que afirma uno de los recurridos en su escrito de impugnación, que sea distinta la regulación convencional que establece cada mejora, porque lo decisivo, como sostiene con acierto el Ministerio Fiscal para reconocer la contradicción de sentencias, no es si la mejora debe o no ser descontada -siempre ha de serlo- sino el modo de hacerlo.

SEGUNDO .- 1. La mejor doctrina se contiene en la sentencia referencial por lo que procede anular y casar la sentencia recurrida.

En efecto, la cuestión debatida, tratada con carácter general en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala, fue unificada por dos sentencias de Sala General, ambas de fecha 17 de Julio de 2007 (R. 4367/05 y 513/06), a cuya fundamentación "in extenso" nos remitimos, pudiendo resumirse esa nueva doctrina al respecto, tal como hizo la posterior de 21 de enero de 2008 (R. 4017/06) y reiteró la de 20 de octubre del mismo año (R. 672/07), en los siguientes puntos:

"1. La mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es partidaria de la llamada "compensatio lucri cum damno", compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1.4 del Código Civil, de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. La regla general sería, pues, el cómputo de todos los cobros derivados del mismo hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto. La aplicación de este principio por parte de este orden jurisdiccional social debe ser objeto, no obstante, de ciertas matizaciones y correcciones, para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido, como está ocurriendo. Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató el aseguramiento del daño causado su responsable.

2. Los artículos 1101 y 1106 del Código Civil nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como



el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación.

3. Sentado lo anterior, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se efectúe por el juzgador, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, de forma que el descuento por lo ya abonado opere, solamente, sobre los conceptos a los que se imputaron los pagos previos. Consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como, que las que se reconocen por la incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa.

4. Especial consideración merece el descuento del capital coste de la prestación por incapacidad permanente reconocida por la Seguridad Social y, en su caso, del importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial o por lesión permanente no invalidante que se hayan reconocido por la Seguridad Social. Ante todo, conviene recordar que estas prestaciones se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral. Por tanto, es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario, sea por vía del pago de primas de seguro, sea por aportación directa. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones que indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante" (FJ 4º STS 21-1-2008).

En la STS de 20 de octubre de 2008 (R. 672/07) añadíamos, como deducíamos igualmente de nuestras dos precitadas resoluciones del Pleno, que:

"1) que, para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios derivada de un accidente de trabajo, resulta oportuno -que no obligatorio- la utilización, como criterio de orientación analógica -nunca por reproducción mimética de las concretas operaciones contenidas en el Anexo-, del sistema de valoración de daños del Anexo introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (hoy Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, cuyos módulos han sido cuantitativamente actualizados por Resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones); 2) ese sistema baremado, cuando se utilice, puede corregirse al alza en los casos en que concurra culpa o negligencia empresarial y, aunque su determinación cuantitativa constituye una competencia fundamental del juez de instancia, cabe su revisión en cualquier alzada en los supuestos en los que sus conclusiones, por resolver de forma errónea, caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta, no superen el imprescindible test de razonabilidad; y 3) en principio, y sin perjuicio de la obligada reparación íntegra y total del daño causado, las prestaciones de la Seguridad Social actúan de forma tasada la responsabilidad objetiva del empresario y compensan la pérdida de ingresos profesionales (lucro cesante) del trabajador accidentado, bien para descontar su capital-coste de una previa capitalización del lucro cesante en algunos supuestos, bien para descontar su importe mensual del verdadero lucro (el salario percibido hasta el accidente) cesante en el mismo período de tiempo" (FJ 3º STS 20-10-2008).

Más en particular, conviene reproducir el concreto pasaje de la STS de 17 de julio de 2007 (Pleno, R. 4367/05) que, afectando específicamente a la cuestión objeto del presente recurso, dice así:

"... la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como, que las que se reconocen por la incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa. Con respecto a la compensación de las prestaciones por incapacidad temporal, conviene recordar, conforme a lo antes dicho y a la doctrina constitucional citada, que esta jurisdicción no está vinculada por las normas de la Tabla V del Baremo y que la reparación de los perjuicios económicos debe perseguir la plena indemnidad del trabajador, lo que supone, salvo prueba que acredite otra cosa, que el perjudicado en concepto de lucro cesante debe percibir, al menos, el cien por cien del salario cobrado al tiempo del accidente y que las prestaciones sociales percibidas no puedan compensarse con la indemnización señalada con arreglo a la citada Tabla V mientras las mismas, junto con su posible mejora convencional, no superen ese cien por cien, sin que, por otro lado, quepa su compensación con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral, cual se dispone en el artículo 1.106 del Código Civil y se reitera en el artículo 1-2 de la LRCSCVM " (FJ 3º).



2. Pues bien, el apartado Primero ("Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización"), punto 7, del ya mencionado Anexo del RD Leg. 8/2004 dispone que "para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima...".

En la "explicación del sistema" que nos facilita el apartado Segundo del propio Anexo, cuando se refiere al contenido de la Tabla I, nos dice que "comprende la cuantificación de los daños morales, de los daños patrimoniales básicos y la determinación legal de los perjudicados", y respecto a la Tabla II la explicación consiste en afirmar que "describe los criterios que deben ponderarse para fijar los restantes daños y perjuicios ocasionados, así como los elementos correctores de estos". "A dichos efectos [continúa la norma], debe tenerse en cuenta que tales daños y perjuicios son fijados mediante porcentajes de aumento o disminución sobre las cuantías fijadas en la tabla I y que son satisfechos separadamente y además de los gastos correspondientes al daño emergente, esto es, los de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro y funeral".

Respecto a los factores de corrección, además de aclararnos para la Tabla I que "no son excluyentes entre sí, sino que pueden concurrir conjuntamente en un mismo siniestro", nos informa también en relación con la Tabla II ("Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte"), que los "perjuicios económicos" están relacionados con los "ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal".

Parece claro, pues, tal como concluye con acierto el Ministerio Fiscal cuando analiza la mencionada regulación, que es este último factor de corrección, el referido a los ingresos que percibía la víctima, el que cuantifica el lucro cesante al que sin duda alude el punto 7 del transcrito apartado Primero.

3. Llegados a este punto, también con el Informe del Ministerio Fiscal, luce con suficiente claridad el error de la sentencia impugnada cuando, de la indiscutida indemnización básica derivada de la Tabla I (cuantificación de los daños morales y patrimoniales básicos) que, en aplicación del también indiscutido Baremo, corresponde a cada uno de los hijos menores del causante (46.441 €), descontó indebidamente los 45.000 € de la mejora de seguridad social derivada del convenio colectivo que había compensado el lucro cesante del progenitor. Sin embargo, el incremento por perjuicio económico que, en cuantía del 10% de aquella indemnización básica, deriva de la Tabla II, que, como vimos, viene a ponderar los restantes daños y perjuicios ocasionados, al tener la consideración de lucro cesante y ser homólogo, por tanto, a la mejora establecida en el convenio colectivo, sí puede ser compensado. En definitiva, el único descuento procedente es precisamente el del 10% de este último "incremento", es decir, la cantidad de 4.644 €.

TERCERO.- Lo hasta aquí razonado pone de manifiesto que la sentencia recurrida, al proceder a descontar automáticamente de la indemnización total que correspondía a cada uno de los hijos menores del causante (46.441 €) el importe de la mejora de seguridad social prevista en el convenio colectivo de aplicación (45.000 €), no se atuvo a la buena doctrina. Así pues, procede la estimación del recurso, la revocación del fallo impugnado y la consecuente condena al abono a cada uno de los hijos menores, Noelia y Casimiro, de los 41.797 euros (46.441-4644=41.797) que constituyen la cuantía íntegra de la indemnización básica, manteniendo en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia, incluidas las responsabilidades que, respecto a su abono, contiene dicha resolución. Sin costas.

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 unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña Crescencia y de sus dos hijos menores, Noelia y Casimiro, contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2013, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso de suplicación nº 201/13) y, resolviendo el debate de suplicación, estimamos el de tal clase interpuesto por Doña Crescencia, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, Noelia y Casimiro, y Doña Belinda y, en consecuencia, condenamos a los demandados al abono a cada uno de los hijos menores del causante, Noelia y Casimiro, de los 41.797 euros que constituyen la cuantía íntegra de la indemnización básica, manteniendo en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia, incluidas las responsabilidades que, respecto a su abono, contiene dicha resolución. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano 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. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ