

Sentencia T.S.J. Asturias 3079/2011, de 9 de diciembre

RESUMEN:

Indemnización: Accidente de trabajo. La indemnización por lesiones sufridas en un accidente laboral tiene la naturaleza de deuda valor, en el sentido de que debe cuantificarse atendiendo no a la fecha de producción del daño, sino al día en que recaiga la condena definitiva a la reparación. No ha existido error alguno en la cuantificación de la indemnización por la pérdida temporal de la aptitud laboral.

OVIEDO

SENTENCIA: 03079/2011

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIALOVIEDO

C/ SAN JUAN N.º 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax:985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2011 0101790

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001731 /2011

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 214/2010 JDO. DE LO SOCIAL n.º 3 de GIJON

Recurrente/s: MAPFRE INDUSTRIAL S.A., CONSTRUCCIONES HOGAR MODERNO S.A., CONSTRUCCIONES FERCAVIA S.A

Abogado/a: ALFONSO GONZALEZ TRELLES

Procurador/a: JOSE MARIA DIAZ LOPEZ

Recurrido/s: MAPFRE INDUSTRIAL S.A., ARCELORMITTAL ESPAÑA S.A., CONSTRUCCIONES HOGAR MODERNO S.A., CONSTRUCCIONES FERCAVIA S.A, Germán

Abogado/a: RAMON PRENDES CUERVO, ALFONSO GONZALEZ TRELLES

Procurador/a: JOSE MARIA DIAZ LOPEZ

Sentencia n.º 3079/11

En OVIEDO, a nueve de Diciembre de dos mil once.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de ASTURIAS, formada por los Ilmos. Sres. D. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ, Presidente, D.ª MARÍA VIDAU ARGÜELLES y D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 1731/2011, formalizado por el Procurador D. JOSE MARIA DIAZ LOPEZ, en nombre y representación de MAPFRE INDUSTRIAL S.A., bajo la dirección del Letrado D. JOSE MARIA FERNANDEZ LAVANDERA y por el Letrado D. ALFONSO GONZALEZ TRELLES, en nombre y representación de las empresas CONSTRUCCIONES HOGAR MODERNO S.A. y CONSTRUCCIONES FERCAVIA S.A, contra la sentencia dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 214/2010, seguidos a instancia de D. Germán, representado por el Letrado D. RAMON MARCELINO PRENDES CUERVO frente a MAPFRE INDUSTRIAL S.A., CONSTRUCCIONES HOGAR MODERNO S.A. y CONSTRUCCIONES FERCAVIA S.A, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D.ª MARÍA VIDAU ARGÜELLES.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-D. Germán presentó demanda contra MAPFRE INDUSTRIAL S.A., CONSTRUCCIONES HOGAR MODERNO S.A. y CONSTRUCCIONES FERCAVIA S.A, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha once de Marzo de dos mil once.

Segundo.-En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1.º Construcciones Fercavia SA y Construcciones Hogar Moderno SA son empresas con idéntico objeto social, entre otros particulares la promoción y construcción de viviendas, que comparten el domicilio social en el piso 1.º del n.º 1 de la calle Fernández Vallín de Gijón y los Consejeros Delegados-Administradores mancomunados Claudio y Marí Juana.

Ambas acometieron por igual la construcción de un edificio para viviendas en el n.º 36 de la urbanización La Florida de Oviedo, bajo un Plan de Seguridad y Salud, la figura de un Coordinador de Seguridad Julián, un mismo Jefe de obra, Encargado de obra, Serafin, y Director Alberto.

2.º El Plan de Seguridad y Salud incluía definición, enumeración de riesgos más comunes, detalle de normas preventivas, E.P.I.S y normas de utilización de andamios colgados.

Entre otras normas señala que el montaje se ha de efectuar bajo la dirección del Encargado y que el cinturón de seguridad forma parte del E.P.I.

3.º En Anexo III al plan de Seguridad se incluyeron instrucciones para la instalación de una marquesina en la fachada lateral oeste, con la finalidad de proteger a los trabajadores de la obra colindante frente al riesgo de caída de objetos procedentes de los trabajos de ejecución de la estructura y los posteriores de albañilería, así como para proteger a los trabajadores de la propia obra de los riesgos de caídas a distinto nivel.

Se disponía que se montaría la marquesina corrida una vez hormigonado el forjado de la planta baja, a base de perfiles metálicos doble T de 120mm, de 3m de longitud con un quiebro de 1mt a cuarenta y cinco grados, para conformar un zócalo que proteja de los rebotes de objetos, dotada de pletina horizontal que impida el vuelco y soportes macho que garanticen la estabilidad de los puntales metálicos que soportan los perfiles al forjado del techo de esa planta; piezas esas sobre las que se colocarían tres correas de

tablones, que a su vez soportarían los tableros de aglomerado que conformarían la bandeja y el zócalo.

4.º Se montó una marquesina de tablones y tableros fenólicos, sobre largueros de perfil IPF 100, con vuelo de 1,4m y visera de 45.º de un metro más, levantado sobre puntales de 4 y 5,5m, que en rampa se asentaban sobre cuñas y sobre tetones de las sopandas en la parte superior.

5.º Llegado el día de retirar los andamios colgados, el Encargado de obra encomendó la labor a Heraclio y a Germán.

El primero era trabajador por cuenta de Construcciones Hogar Moderno SA, con antigüedad de diez años, categoría de encofrador y experiencia en la labor.

El segundo contaba con contrato de trabajo, en calidad de peón especialista, firmado con la empresa Construcciones Fercavai SA en julio de 2007, si bien había prestado servicios de peón por cuenta de esa empresa desde el año 2004.

Ambos trabajadores habían seguido cursos de formación en materia de Seguridad en la Construcción, dos horas en el año 2004 y 1:30 h. en el año 2005; en Primeros Auxilios, 1:30 h. en el año 2005; en el Uso de E.P.I.S, 1:30 h. en el año 2006; y en materia de Prevención de Riesgos Laborales para la Construcción, 1 h. en el año 2007.

6.º Para desmontar los andamios era preciso soltar las plataformas de los elementos de anclaje y dejarlas después sobre una superficie de apoyo, lugar del que las retiraría el personal con empleo de una grúa.

Los trabajadores contaban con cinturón de seguridad que llevaban colocado y enganchado a alguna de las varias líneas de vida instaladas en el edificio.

En primer lugar desmontaron los andamios situados en la fachada sur, y para ello utilizaron como superficie de tránsito, apoyo y depósito la terraza de la fachada.

Finalizado ese trabajo continuaron con la retirada de los andamios de la fachada lateral oeste, y utilizaron como superficie de tránsito, apoyo y depósito de las plataformas la marquesina levantada a la altura del techo de la planta baja. En el transcurso del trabajo descansaron y volvieron a la tarea sin enganchar antes el cinturón de seguridad a las líneas de vida. Una vez retiradas todas las plataformas, depositadas sobre la marquesina, los trabajadores salían de esa superficie cuando se desplomó, de modo que cayeron al solar contiguo desde una altura de 14 metros.

7.º A consecuencia de la caída el Sr. Moreiras, que nació el 11 de enero de 1978, ingresaba en el Hospital, en estado de consciencia, el mismo día 26 de octubre, aquejado de fractura en el arco cigomático izquierdo y en la pared lateral del seno maxilar izquierdo.

Se sometió a intervención quirúrgica, que para resolver las fracturas supuso la instalación de una placa recta Synthes 1,5 y dos tornillos a cada lado del foco, de 6 y 8 mm.

Permaneció hospitalizado hasta el 30 de octubre de ese año.

Causó incapacidad temporal el 26 de octubre y fue alta por curación el 19 de diciembre de 2007.

Durante el proceso recibió asistencia médica a cargo del Servicio de la Mutua Asepeyo, que también le dispensó apoyo psicológico por trastorno del sueño, que había remitido al alta.

Le quedó cicatriz en forma de "L" en la región supraciliar izquierda, de 3,5 y 4 cm, más otra de 3,5 por 0,5 en la rodilla derecha y de 4 por 2 en la izquierda.

8.º Tras el alta en el proceso de incapacidad temporal, la Mutua solicitó del INSS la valoración de las secuelas.

En resolución de 8 de abril de 2008 la DP del INSS le declaró afectado de lesiones permanentes no invalidantes, consistentes en cicatrices en cara y rodillas, susceptibles de indemnización conforme a Baremo, en importe de 1.000€, que recibió de la Mutua Asepeyo.

9.º En desacuerdo con el cuadro lesivo que había contemplado el INSS al tiempo de fijar las secuelas del accidente, por considerar que en la fecha de la resolución administrativa aún estaba por cerrar el proceso de curación la patología que sufría en la rodilla izquierda, lesión osteocondral y gonalgia, y que el mismo provenía del accidente de trabajo, presentó reclamación previa, que vio desestimada en otra de 8 de octubre de 2008.

Interpuso demanda el 6 de noviembre de 2008, con la pretensión de que se dejara sin efecto la resolución de octubre de 2008, en el sentido de no dar por cerrado el proceso de curación y paso a lesiones permanentes no invalidantes derivadas del accidente de trabajo, dejando fuera la patología de rodilla izquierda.

La demanda dio lugar a sentencia desestimatoria dictada el 22 de mayo de 2009 en el procedimiento n.º 853/3008 del Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Gijón.

El trabajador interpuso recurso de suplicación, que quedó resuelto en sentencia de 5 de febrero de 2010, que confirma la sentencia de instancia y declara ajena al accidente de trabajo la patología en rodilla izquierda.

Como el 17 de abril de 2008 iniciara un proceso de incapacidad temporal por osteocondrosis de rodilla y el INSS la etiquetara de debida a enfermedad común, presentó demanda en solicitud de sentencia que declarase era debida al accidente de trabajo. Dio lugar al procedimiento n.º 980/2008 del Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Gijón, que desestimó la demanda; sentencia confirmada en otra de 5 de febrero de 2010, dictada en suplicación; ambas declaran que la patología de rodilla no está vinculada al accidente de trabajo.

10.º En el mes de septiembre de 2007 el trabajador recibía 1.201,16€ en concepto de retribución, en octubre 1.088,44 y en diciembre 441,74€.

Durante el tiempo en situación de incapacidad temporal recibió 1.990,68€, de los que 1.880,82€ lo fueron como subsidio de 54 días de IT abonado por Asepeyo.

11.º El 24 de enero de 2008 la Inspección de Trabajo levantada Acta de Infracción (1332008000001091) y tiene a las dos empresas por responsables solidarias del accidente de trabajo, en el marco de una falta grave.

La DP del INSS dictaba resolución el 16 de noviembre de 2008 y declaraba la existencia de responsabilidad empresarial, en la producción del accidente, así como la procedencia de que las prestaciones de incapacidad temporal y de las futuras derivadas del accidente, se incrementen en un 50%, a cargo de ambas empresas solidariamente.

Por ese concepto Construcciones Fercavia SA abonó 1.440,41€.

12.º Ambas empresas tiene asegurada la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo con MAPFRE Industrial SA, a través de la Póliza 0969980363715, con un límite por Víctima de 90.151,82€, a la que la compañía aplica una franquicia de 1.502,53€.

13.º El 22 de febrero de 2010 el trabajador presentaba papeleta de conciliación en el UMAC, frente a las empresas constructoras y a la Aseguradora La Estrella SA.

Dirigió la demanda frente a MAPFRE Industrial SA el 28 de octubre de 2010.

Tercero.-En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que debo estimar y estimo en parte la demanda presentada por Germán frente a CONSTRUCCIONES FERCAVIA SA, CONSTRUCCIONES HOGAR MODERNO SA, MAPFRE INDUSTRIAL SA, y debo condenar y condeno a todas ellas al abono de una indemnización de 19.154,64€, de los que Mapfre Industrial SA responde hasta 17.652,11€. Sumas que devengan el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago para las empresas Construcciones Fercavia SA y Hogar Moderno SA; el mismo interés incrementado en un 50% para Mapfre Industrial SA, que no será inferior al 20% una vez transcurran dos años desde la fecha de esta sentencia.

Cuarto.-Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por MAPFRE INDUSTRIAL S.A., CONSTRUCCIONES HOGAR MODERNO S.A., CONSTRUCCIONES FERCAVIA S.A formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto.-Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 24 de junio de 2011.

Sexto.-Admitido a trámite el recurso se señaló el día 14 de julio de 2011 para los actos de votación y fallo.

Séptimo.-Se advierte que esta sentencia se firma fuera de plazo por falta de personal en la Secretaría de la Sala para su transcripción.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-La sentencia de instancia estimando en parte la demanda deducida por el actor, condenó a las demandadas Construcciones Fercavia S.A., Construcciones Hogar Moderno S.A. y Mapfre Industrial S.A. al abono de una indemnización al actor de 19.154,64 euros, de los que Mapfre Industrial responde hasta 17.652,11 euros, devengando dichas sumas el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el completo pago para las empresas Construcciones Fercavia S.A. y Construcciones Hogar Moderno S.A., y el mismo interés incrementado en un 50% para Mapfre Industrial S.A, que no será inferior al 20% una vez transcurran dos años desde la fecha de la sentencia.

Frente a la anterior sentencia se han interpuesto dos recursos de suplicación, que respectivamente formalizan la entidad aseguradora y las dos empresas, pidiendo éstas la modificación del relato de hechos probados en dos motivos amparados en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, y ambas partes recurrentes formulando diversos motivos que amparados en el apartado c) del citado precepto legal se dedican a la denuncia jurídica. Por cuestión de economía vamos a analizar de forma conjunta los dos recursos que interponen las tres demandadas, pues prácticamente la respuesta para uno es la del otro.

Los motivos de revisión de hechos, vienen a incidir en los hechos probados primero y sexto de la sentencia de instancia siendo en concreto las pretensiones de las empresas

recurrentes, las dos siguientes: a) que el segundo párrafo del hecho probado primero sea sustituido en su comienzo por el texto siguiente que propone "Construcciones Fercavia S.A. es empresa principal en la obra de construcción sita en el Paseo de la Florida n.º 41 de Oviedo, de la que la empresa Construcciones Hogar Moderno S.A es empresa subcontratista, bajo un Plan de Seguridad y Salud....."; b) que a continuación del principio del hecho probado sexto se añada la frase que indica de tal forma que su redacción sea "Para desmontar los andamios era preciso soltar las plataformas de los elementos de anclaje, quedando suspendida o sujeta la grúa torre para ser dejadas después sobre una superficie de apoyo y retirarlas después...."(quedando el resto del hecho como está). Apoya una y otra revisión postulada en la documental del folio 212 y 212 vuelto de las actuaciones.

Es conocido el criterio relativo a que la revisión no puede basarse en cuestiones que carezcan de relevancia o trascendencia en orden a una posible modificación del fallo y ello es lo que acontece con la primera revisión que nada nuevo aportaría, pues en todo caso la responsabilidad seguiría siendo tanto de la empresa principal como de la subcontratista, y ambas responderían de los daños y perjuicios causados. En cuanto al hecho probado sexto que intenta modificarse, claramente se aprecia a la vista de la documental invocada, que de la misma no resulta inequívocamente el hecho se pretende introducir, y el Tribunal Supremo viene reiterando de forma permanente que la revisión debe basarse, en un documento o prueba pericial de las que resulte de forma clara, patente y directa aquello que se insta, sin necesidad de acudir a argumentaciones o conjeturas (TS 8-10-09 y 22-9- 08), lo que determina que sean desestimados los motivos revisores.

Segundo.- Pasando al examen de los motivos jurídicos, es de apreciar como en el recurso interpuesto por la entidad aseguradora se denuncia, en los dos motivos formulados al respecto, la infracción, por errónea aplicación, de lo establecido en los artículos 17.2 y 42.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, así como de los artículos 1.101 y ss y los artículos 1.902 y ss. del Código Civil, así como la infracción, por errónea aplicación, de la jurisprudencia contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de julio y 3 de octubre de 2007, y 14 de diciembre de 2009.

Se sostiene por la representación letrada de la entidad aseguradora recurrente: a) que concurre culpa exclusiva de la víctima, pues de haber hecho uso del cinturón de seguridad que llevaba colocado enganchándolo a algunas de las varias líneas de vida instaladas en el edificio no se hubiera producido la caída desde la plataforma evitándose el accidente que el trabajador sufrió y por lo tanto, por haber prescindido de tal elemento de protección, a él son achacables en exclusiva las consecuencias lesivas que sufrió, siendo su conducta temeraria la única causa de producción del accidente que sufre; b) de no estimarse culpa exclusiva procede entonces la valoración de culpa concurrente del trabajador en la causación del resultado dañoso, cuyo porcentaje la entidad aseguradora lo cifra en uno que no sea inferior al cincuenta por ciento; y c) que la cuantía de la indemnización debe ser la total de 14.554,15 euros (1.739,48 por daños morales por IT; 173,94 por lucro cesante por IT; 4.839,24 por secuelas fisiológicas; 7.652,34 por secuelas estéticas (total de 12.491,58 por daño moral por secuelas físicas que con deducción de los 1.000 percibidos por lesiones permanentes no invalidantes serían 11.491,58 euros), y con el incremento de 1.149,15 euros por lucro cesante por secuelas físicas.

Por su parte las empresas recurrentes en los dos motivos formulados en sede de censura jurídica en el recurso interpuesto por su representación letrada, denuncian por un lado la infracción por aplicación indebida del artículo 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en relación con los artículos 4.2 d) y 19.1 del ET, y artículos 14.2, 15,4 y 17.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y la infracción de los artículos 1.101, 1.102, 1.104 y 1.902 del Código Civil. Por otro lado se denuncia la infracción, por indebida aplicación, del R.D. Legislativo 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, en concreto la inaplicación de la regla 3.^a del Capítulo Especial dedicado al Perjuicio Estético contenida en el Anexo de la citada norma.

Se sostiene en los motivos: a) que el accidente no se hubiera producido si el trabajador accidentado hubiera cumplido las instrucciones de su Encargado y sí además hubiera dispuesto la sujeción de su arnés anticaída a la línea de vida establecida al efecto, rompiendo la conducta del demandante el nexo causal que pudiera existir en la conducta de la empresa en relación con el daño sufrido; b) en segundo lugar y con carácter subsidiario, se alega que la sentencia de instancia no ha ponderado debidamente la existencia de culpa concurrente del trabajador en el accidente y sus consecuencias, debiendo compensarse la responsabilidad empresarial con la del propio trabajador accidentado, estableciendo dicha parte el porcentaje en un 80% de responsabilidad del trabajador y 20% de responsabilidad empresarial; c) y por último cuestionando la cuantía indemnizatoria establecida, alegando que el perjuicio fisiológico y el estético se han de valorar separadamente y lo que han de sumarse son las cantidades obtenidas siendo el resultado de dicha suma el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes, y por lo tanto por perjuicio fisiológico osteoarticular corresponde al actor 4.839,24 euros, y por perjuicio estético 7.652,34 ascendiendo la suma de dichas cantidades a la de 12.491,58 euros, y siendo ésta la valoración correcta de las secuelas por lesiones permanentes, por lo que procede reducir la condena impuesta por dicho concepto a 11.491,58 euros (una vez descontados los 1.000 euros percibidos por lesiones permanentes no invalidantes). A ello se añade que en concepto de perjuicios económicos por lucro cesante, el factor de corrección del 10%, se aplica no sobre la retribución salarial sino que se aplica sobre el montante indemnizatorio determinado por la aplicación del baremo, por lo que sería entonces el 10% de 11.491,58 euros (1.149,15 euros), ascendiendo por ello el total de la indemnización a 15.941,46 euros en lugar de la indicada en la sentencia de instancia, que con la minoración del 80% de responsabilidad del trabajador, supondría una indemnización a su favor en cuantía de 3.188,29 euros.

En realidad se viene a alegar en ambos recursos, con diversidad de argumentos, el que concurre culpa exclusiva de la víctima cuya conducta rompe el nexo causal que pudiera existir en la conducta de la empresa en relación con el daño sufrido, no teniendo la empresa por ello responsabilidad alguna en el accidente sufrido, que en todo caso debe ponderarse la concurrencia de culpa por parte del trabajador en la causación del accidente, y por último que la cuantía de la indemnización fijada por la Juzgadora de instancia es incorrecta, siendo tales extremos los que procede analizar.

Tercero.-La infracción invocada de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil no puede prosperar. El primero de dichos preceptos establece que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquéllas. Así pues la responsabilidad contractual precisa de dolo o negligencia, y esta exigencia es aplicable a la infracción de las obligaciones de salubridad y seguridad en el trabajo. Y la negligencia empresarial ha de apreciarse de acuerdo a los patrones de conducta exigibles al empresario, no los ordinarios, en cuanto que el mismo organiza y dirige los servicios en un ámbito determinado y por tal condición debe conocer los riesgos que el proceso entraña y los medios precisos para evitar los riesgos que se generan, con su correspondiente puesta en práctica.

El artículo 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, protección que ha de producirse de forma eficaz (artículo 14.1). El artículo 14.2 está exigiendo al empleador no sólo las garantías de seguridad posible, sino también la aplicable en cada caso, y ha de prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador (artículo 15.4). La omisión puede afectar a medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, y, en orden a la tipicidad de la concreta conducta sancionada,

diversos Tribunales Superiores de Justicia admiten que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, contiene verdaderos tipos de conductas a los que por, las características de éstas, no es necesario exigir mayor concreción puesto que no se refiere a datos específicos sobre mecanismos materiales de seguridad, sino a comportamientos relativos al eficaz empleo de los mismos. El deber genérico de la protección de la integridad física de los trabajadores viene impuesto también por los artículos 4.2 y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores, y 16 del Convenio 155 de la OIT de 22 de junio de 1981 (ratificado por España el 26 de julio de 1985). Tal deber si bien no es un deber de vigilancia continuo o absoluto, de individualizado seguimiento constante por el empleador de cada trabajador de las medidas de seguridad adecuadas, pues ello implicaría que sería responsable de todo accidente sufrido, sí es un deber de vigilancia en prevención de siniestros laborales que debe graduarse de acuerdo a las circunstancias ordinarias y normales en el trabajo. El empresario, por lo tanto, ha de adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (artículo 14.2 de la Ley 31/1995). Es decir, el empresario, en cada situación y lugar concreto tiene sus obligaciones de seguridad, y en relación a tales obligaciones siempre ha de tenerse en cuenta el criterio de la suficiencia de las medidas previstas para la protección de los trabajadores, de forma que el riesgo resultante sea cero o, si esto no es posible, al menos se reduzca a un nivel tolerable (artículo 15.1 de la Ley 31/1995), teniendo muy en consideración que para la definición del nivel de riesgo han de preverse las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.

Esta obligación a cargo del empresario demandado, de adoptar cuantas medidas fueran necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, genera, en caso de infracción, su responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, de tal forma que si el accidente de trabajo trae causa, sea o no exclusiva, en el incumplimiento empresarial de su obligación de seguridad la empresa debe indemnizar los daños y perjuicios derivados del mismo.

A la luz de lo expuesto, en el presente caso, y partiendo del relato fáctico de la sentencia de instancia (incluidos los hechos que con valor de hechos probados figuran también en la fundamentación jurídica de la sentencia) no puede compartirse las tesis de las recurrentes que niegan la inexistencia de cualquier incumplimiento empresarial que pueda estimarse decisivo en la producción del accidente, sosteniendo las empresas que el accidente no se hubiera producido si el trabajador accidentado hubiera cumplido las instrucciones de su Encargado y sí además hubiera dispuesto la sujeción de su arnés anticaída a la línea de vida establecida al efecto, y la aseguradora alegando que las consecuencias lesivas fueron debidas única y exclusivamente a la negligencia del trabajador accidentado, pues hubo un incumplimiento consciente y temerario por parte del trabajador, que tenía formación y experiencia, de las medidas preventivas exigibles no utilizando los medios de seguridad que tenía a su alcance, ya que de haber utilizado el cinturón de seguridad anclado a una de las líneas divisorias se hubiera evitado su caída desde la plataforma y el accidente sufrido y sus consecuencias lesivas.

En efecto partiendo de los hechos consignados en el relato fáctico de la sentencia de instancia la conclusión que se alcanza es la de que sí que ha existido un incumplimiento empresarial que contribuyó a causar el accidente de trabajo. Y es que el accidente si bien se produjo volviendo el actor, tras un descanso, a la realización de la tareas encomendadas por el Encargado de obra a él y a otro trabajador de retirar los andamios, y sin entonces enganchar antes el cinturón de seguridad a las líneas de vida, ello no supone la exoneración de responsabilidad pretendida por las recurrentes pues son hechos a tener en cuenta los siguientes: que el día del accidente el trabajador demandante (con antigüedad en la empresa Construcciones Fercavia SA de julio de 2007 y categoría profesional de Peón especialista) y otro compañero (el Sr. Heraclio cuya antigüedad en la empresa Construcciones Hogar Moderno SA era de diez años y categoría de encofrador) únicamente recibieron del Encargado de Obra la simple orden de trabajo de retirar los andamios colgados; que para ello siguieron el procedimiento que el Sr. Heraclio conocía por ya haberlo realizado en otras ocasiones; que el Plan de Seguridad recoge normas

sobre montaje, conservación y uso de los andamios, no así para retirarlos, señalando tales normas que el montaje se ha de efectuar bajo la dirección del Encargado; que en el Anexo II del Real Decreto 1962/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de Seguridad y Salud en las Obras de Construcción se establece que los soportes temporales solo se pueden montar y desmontar bajo vigilancia, control y dirección de una persona competente; que para desmontar los andamios era preciso soltar las plataformas de los elementos de anclaje dejándolas después sobre una superficie de apoyo, lugar del que las retiraría el personal con empleo de una grúa; que los trabajadores contaban con cinturón de seguridad que llevaban colocado y enganchado a alguna de las varias líneas de vida instaladas en el edificio, desmontando en primer lugar los andamios situados en la fachada Sur, utilizando para ello como superficie de tránsito, apoyo y depósito la terraza de la fachada; que finalizado este trabajo continuaron con la retirada de los andamios colgados de la fachada lateral Oeste, utilizando entonces como superficie de tránsito, apoyo y depósito de las plataformas la marquesina levantada a la altura del techo de la planta baja; en el discurrir de tal trabajo descansaron y volvieron a la tarea sin enganchar antes el cinturón de seguridad a las líneas de vida, y una vez retiradas todas las plataformas y depositadas sobre la marquesina, cuando los trabajadores salían de esa superficie se desplomó la marquesina cayendo el trabajador demandante al solar contiguo desde una altura de 14 metros; en el Anexo III al Plan de Seguridad de la obra acometida por las empresas demandadas, la construcción de un edificio para viviendas en el n.º 36 de la urbanización La Florida, fueron incluidas instrucciones para la instalación de una marquesina en la fachada lateral oeste, con la finalidad no solo de proteger a los trabajadores de la obra colindante frente al riesgo de caída de objetos procedentes de los trabajos de ejecución de la estructura y los posteriores de albañilería, sino también para proteger a los trabajadores de la propia obra de los riesgos de caídas a distinto nivel, disponiéndose en el Plan como se montaría la marquesina; que se montó una marquesina de tablonos y tableros fenólicos, sobre largueros de perfil IPF 100, con vuelo de 1,4 m y visera de 45.º de un metro más, levantado sobre puntales de 4 y 5,5 m, que en rampa se asentaban sobre cuñas y sobre tetones de las sopandas en la parte superior. Y de tales hechos la conclusión que se infiere es que el accidente se produce en la realización de las tareas de desmontaje de los andamios colgados por parte de dos trabajadores a los que simplemente se les dio por la empresa la orden de trabajo de retirar los andamios, tareas que realizaron siguiendo el procedimiento de trabajo que el otro trabajador conocía por haberlo realizado con anterioridad, y por lo tanto sin instrucción, control y vigilancia de persona competente como era obligado, procedimiento seguido que no era el adecuado por cuanto se venía a utilizar como plataforma de apoyo y puesto de trabajo la marquesina, que no había sido instalada y montada para dicho fin, y sobre la que se iban depositando las plataformas retiradas de los andamios, desplomándose, sin duda por la sobrecarga que suponía el transitar de los dos trabajadores junto con el depósito de las plataformas de los andamios, con la consecuencia de caída del trabajador demandante: Y partiendo de ello, en el caso que se examina, es de apreciar, compartiendo la conclusión alcanzada en la instancia, de que si que ha existido por parte de las empresas un incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad laboral, pues en todo caso debía de haberse elegido procedimientos y proporcionar equipos de trabajo adecuados para conseguir una protección eficaz de los trabajadores, a los que también debería de haberseles dado órdenes e instrucciones claras sobre el desarrollo del trabajo y con control y supervisión, a fin de que se realizara el mismo en condiciones de seguridad.

No obstante ello, es lo cierto que no podemos olvidar el tenor literal del hecho probado sexto de la resolución recurrida, que nos sitúa en el plano fáctico de la sucesión de actos que concluyen con el resultado dañoso, y en el que está constatado como en el discurrir del trabajo de retirada de los andamios de la fachada lateral oeste, los trabajadores descansaron y volvieron a la tarea sin entonces enganchar antes el cinturón de seguridad a las líneas de vida, cinturón de seguridad con el que contaban y llevaban colocado y que antes del receso habían enganchado a alguna de las varias líneas de vida instaladas en el edificio. La conclusión de lo expuesto es que en el presente caso si bien la conducta del trabajador también ha de ser calificada como imprudente dado que reinició el trabajo sin enganchar antes el cinturón de seguridad a las líneas de vida, sin embargo dicha

imprudencia no supone una exención de responsabilidad para la empresa pues el artículo 15.4 de LPRL establece que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador, y en el presente caso la actitud del trabajador, por mucho que insista la entidad aseguradora recurrente, ni constituye un supuesto de imprudencia temeraria que conlleve una exoneración de responsabilidad para la empresa, y que viene siendo definida como una temeraria provocación o asunción de un riesgo innecesario con la clara conciencia y patente menosprecio del mismo, lo que no acontece en el presente caso, ni tampoco fue la misma la determinante o causante del accidente que como ya se dijo se debió al desplome de la marquesina, siendo cosa distinta que su descuido deba de tenerse en cuenta a la hora de fijar el quantum indemnizatorio en el sentido de moderar la cantidad a percibir por el trabajador por los daños y perjuicios sufridos, por cuanto que con su conducta de no enganchar el cinturón de seguridad que portaba a alguna de las líneas de vida que tenía a su alcance, contribuyó al resultado lesivo por el sufrido, concurriendo su actuar con el empresarial en el origen del daño causado, pero sin que la ponderación de su culpa concurrente pueda alcanzar los porcentajes del 50 o hasta del 80 por ciento que se pretenden en los recursos, estimando esta Sala que se ha de ponderar la culpa concurrente del actor en una rebaja del 20% del montante indemnizatorio, teniendo en cuenta las circunstancias en las que acaece el accidente y de las que resulta claramente que la conducta determinante y decisiva de su causación fue la de la empresa que debía haber elegido procedimientos y proporcionar equipos de trabajo adecuados y que en todo caso venía obligada a controlar la actividad de sus trabajadores en la operación de desmontaje de andamios que debía de haberse realizado bajo la instrucción, control y vigilancia del Encargado de la obra.

Cuarto.- También es objeto de denuncia por las partes recurrentes, en uno y otro recurso, la infracción de las reglas contenidas en el Real Decreto Legislativo 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.

Solicita la aseguradora recurrente que el quantum indemnizatorio se fije en la cantidad total de 14.554,15 euros, con el siguiente desglose:

a) 1.739,48 euros por daños morales por IT: 4 días de hospitalización x 61,97 euros= 247,88 euros, y 55 días impeditivos x 27,12 euros= 1.491,60 euros

b) 173,94 euros por lucro cesante por la situación de IT: 10% de 1.739,48 euros.

c) 11.491,58 euros por daño moral por secuelas físicas: secuelas fisiológicas (material de osteosíntesis) 6 puntos x 806,54 euros= 4.839,24 euros; secuelas estéticas 9 puntos x 850,26 euros= 7.652,34 euros, debiendo de descontarse de la suma total que resulta de 12.491,58 euros la cantidad de 1.000 euros que percibió el trabajador por lesiones permanentes no invalidantes.

d) 1.149,15 euros por lucro cesante por secuelas físicas: 10% de 11.491,58

Se sostiene que ha existido un cómputo erróneo por la Juzgadora de instancia en cuanto al cálculo por incapacidad temporal y a la cuantificación de las secuelas pues la valoración de las secuelas fisiológicas ha de hacerse separadamente de las secuelas estéticas.

Por su parte las empresas recurrentes solicitan se fije el importe de la indemnización en la cantidad total de 15.941,46 euros, sin perjuicio de la minoración procedente por concurrencia de culpa del trabajador, discrepando de la cuantificación realizada en la instancia en cuanto a la indemnización por lesiones permanentes y en cuanto a lucro cesante, que considera que debe ser las siguientes:

a)-11.491,58 euros por lesiones permanentes: perjuicios fisiológicos osteoarticulares 6 puntos x 806,54 euros (valor punto) = 4.839,24 euros; perjuicios estéticos 9 puntos x

850,26 euros (valor del punto) = 7.652,34 euros, debiendo de descontarse de la suma total que resulta de 12.491,58 euros la cantidad de 1.000 euros que percibió el trabajador por lesiones permanentes no invalidantes.

b)-1.149,15 euros perjuicios económicos por lucro cesante: 10% de 11.491,58 euros.

Se alega que la valoración de la indemnización básica de las secuelas por lesiones permanentes realizada en la instancia es incorrecta pues el perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y lo que ha de sumarse son las cantidades obtenidas, sosteniendo también que en concepto de perjuicios económicos por lucro cesante, el factor de corrección del 10% se ha de aplicar sobre el montante indemnizatorio determinado por la aplicación del baremo y no por los ingresos económicos del perjudicado como se ha realizado en la sentencia de instancia.

La indemnización por lesiones sufridas en un accidente laboral tiene la naturaleza de deuda valor, en el sentido de que debe cuantificarse atendiendo no a la fecha de producción del daño, sino al día en que recaiga la condena definitiva a la reparación, postura que encuentra su apoyo en los artículos 1045, 1079 y 1106 del Código civil, en la forma en la que ha sido recogida por las sentencias de 17 de julio de 2007 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ((FD 2,5, R. 4367/2005 y FD 13 R. 513/2006), que no ha rehusado en aplicarla bien que fijando el momento de la valoración al tiempo de la resolución del litigio en la instancia, consiguiendo así "la restitutio in integrum", siendo las normas vigentes al tiempo del accidente, las que determinen el régimen jurídico aplicable para fijar el perjuicio según la edad de la víctima, sus circunstancias personales, su profesión, las secuelas resultantes, la incapacidad reconocida, etc, habiendo sido tales pautas las seguidas en la sentencia de instancia por la Magistrada a quo, si bien partiendo para la cuantificación a la fecha de celebración del juicio que lo fue en diciembre de 2010, en lugar de la posterior de la sentencia dictada y que fue debido a la necesidad de concluir con la diligencia que tenía por objeto incorporar a la prueba la información interesada por las partes con anterioridad al acto del juicio, lo que no ha resultado cuestionado por las partes, y por tanto partiendo para la cuantificación del sistema de valoración recogido en la Resolución de 31 de enero de 2010.

Y partiendo de las cuantías señaladas en dicha Resolución cabe concluir, en contra de lo meramente alegado por la entidad aseguradora recurrente, que no ha existido error alguno en la cuantificación de la indemnización por la pérdida temporal de la aptitud laboral, pues habiendo permanecido el trabajador en incapacidad temporal un total de cincuenta y cinco días de los cuales estuvo hospitalizado cuatro días, siendo la indemnización diaria de 66 euros durante la estancia hospitalaria y de 53,66 euros por día impeditivo, la indemnización por días de baja asciende a la cantidad fijada por la Juzgadora de instancia de 3.000,66 euros, sobre la que opera un incremento del 10% como factor de corrección que recoge la Tabla V para las indemnizaciones por incapacidad temporal.

Por el contrario sí que resulta obligado revisar la valoración llevada a cabo en la sentencia recurrida en cuanto a las secuelas, pues conforme al número 3 de las Reglas que se establecen tras el Capítulo Especial de Perjuicio Estético (Tabla VI- Clasificaciones y valoraciones de secuelas), el perjuicio fisiológico y el estético se han de valorar separadamente y adjudicada la puntuación total que corresponde a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponde de acuerdo con la Tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes. En la sentencia recurrida se incumple esta regla al haber sumado los 6 puntos de secuela por material de osteosíntesis en cara con los 9 de perjuicio estético dando lugar a un total de 15 puntos, que supone una indemnización de 15.226,95 euros, cuando de haberse aplicado tal regla al trabajador le correspondería por los 6 puntos de perjuicio por el material de osteosíntesis 4.839,24 euros (6 x 806,54 euros valor punto) y por los 9 puntos de perjuicio estético 7.652,34 euros (9 x 850,26 valor punto), que da como resultado una indemnización básica por lesiones permanentes de 12.491,58 euros, a la que hay que descontar los 1.000 euros

que percibió el trabajador por lesiones permanentes no invalidantes, quedando la cantidad de 11.491,58 euros, que es a la que en realidad hay que aplicar el 10% de factor de corrección en concepto de perjuicios económicos por lucro cesante (Tabla IV) - que no al montante de los ingresos netos por trabajo personal de la víctima como se realiza en la sentencia de instancia- resultando ser por ello 1.149,15 euros los que han de incrementar la indemnización por lesiones permanentes que ha de quedar fijada de este modo en la cantidad total de 12.640,73 euros, ascendiendo entonces el total de la indemnización a la suma de 15.941,46 euros, que con la minoración del 20% por la responsabilidad concurrente del trabajador anteriormente reseñada, supone una indemnización a su favor en la cuantía de 12.753,16 euros, lo que conlleva, en definitiva a la estimación parcial de los recursos de suplicación interpuestos contra la sentencia impugnada.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte los recursos de suplicación interpuestos por la representación letrada de las empresas Construcciones Hogar Modernos S.A y Construcciones Fercavia S.A y por la representación letrada de Mapfre Industrial S.A contra la sentencia de fecha 11 de marzo de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Gijón en los autos seguidos a instancias de D. Germán contra dichas recurrentes, en materia de indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, revocamos dicha sentencia en el sentido de fijar la indemnización a abonar al demandante en la suma de 12.753,16 euros, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia impugnada en cuanto a la exención para la aseguradora de la cantidad franquiciada de 1.502,53 euros y el devengo de intereses, y todo ello sin imposición de costas.

Firme la presente resolución devuélvase a las recurrentes los depósitos por cada una de ellas efectuados para recurrir, y en cuanto a la consignación y aseguramiento realizado, estése al destino previsto en la Ley.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito que se presentará ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para que puedan cumplirse los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.