

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 23-6-2014, recurso. 1257/2013

Ponente: Luis de Castro Fernández

El TS cambia su doctrina sobre acumulación de indemnizaciones en accidentes de trabajo. En concreto, sobre la acumulación de indemnizaciones por daño moral y por las cantidades correspondientes a la incapacidad laboral.

Recuerda dos sentencias del mismo TS de 17 de julio de 2007, *“por las que pretendimos unificar criterios en orden a determinar el importe de la indemnización por daños y perjuicios derivables de contingencias profesionales ... no se consiguió plenamente el objetivo perseguido”*.

Por ello añade que: *“... nos parece aconsejable resumir nuestra doctrina, prescindiendo de argumentaciones cuya prolijidad no hizo sino -parece- restar claridad al mensaje.”*

El TS resume la doctrina *“hasta ahora vigente”* sobre la incapacidad permanente como factor corrector, y manifiesta que *“la resolución a dictar en unificación de doctrina el TS no necesariamente ha de resolver conforme a una de las dos tesis contrastadas, sino que - superado el requisito de la contradicción- debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, y que a partir de ese momento establece como doctrina unificada. ... el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación»*.

Por ello establece un protocolo sobre la forma de calcular las indemnizaciones por daños derivados de accidente de trabajo.

La sentencia cuenta con un voto particular, al que se añaden otros tres magistrados, entre otros motivos por entender que la Sala *“no es competente para pronunciarse sobre la interpretación del Baremo, ... ni para hacer un protocolo sobre la forma de calcular la indemnización por daños derivados de accidente”*, aunque como también afirma: *“se coincide con el fallo de la mayoría, pero se discrepa de los argumentos que utiliza”*

En resumen, el cambio de doctrina se concreta en que el importe indemnizatorio que corresponda percibir por la incapacidad para el trabajo habitual de la víctima se refiere exclusivamente al daño moral, por lo que no puede deducirse de su importe las cantidades correspondientes por incapacidad laboral, compensadas por las prestaciones de la seguridad social.

Nota: Con el nuevo cálculo, en el caso analizado el importe de la indemnización supera el solicitado en la demanda, por lo que se reduce la suma de indemnizaciones a la cuantía solicitada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de abril de 2012 el Juzgado de lo Social núm. 25 de Barcelona dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo en parte la demanda presentada por Claudio en contra de FRAPE BEHR, SA. sobre reclamación de cantidad por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y 1) declaro el derecho de la parte actora a percibir una indemnización por las lesiones derivadas del accidente de trabajo por importe de 59.947,68 euros y 2) condeno a la sociedad FRAPE BEHR, S.A. al pago del citado importe a la parte actora".

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

"Primero.- El demandante Claudio, nacido el día NUM000/1953, con DNI num. NUM001, de profesión oficial metalúrgico, prestaba servicios a la empresa demandada FrapeBehr, SA desde el día 2/11/1976, cuando el día 18/01/2006 sufrió un accidente de trabajo con afectación dorso-lumbar derivada del movimiento repetitivo y manipulación manual de cargas al ubicar un radiador modelo Nissan en la pila de comprobación de estanquidad.

Segundo.- Como consecuencia del accidente! el demandante estuvo en situación de incapacidad temporal hasta el día 17/7/2007, cuando se le extendió la alta con propuesta de secuelas definitivas y fue declarado en situación de incapacidad permanente en grado de total derivada de accidente de trabajo por resolución del INSS de 25/9/2007, con el siguiente cuadro residual: "Lumbalgia residual, tras intervención quirúrgica por HD L5-S1 con radiculopatía S izquierda, con mejoría de la radiculopatía". Por resolución del INSS de 2/12/2008 se declaró el derecho del demandante a percibir el incremento del 20 % de la base reguladora de la incapacidad permanente total durante los periodos de inactividad laboral.-

Tercero.- El demandante ha percibido los siguientes importes de la mutua laboral en relación con el accidente de trabajo: Incapacidad temporal pago delegado de 13/4/2005 a 1/5/2005: 1.225,12 euros y 18/7/2007 a 29/8/2007: 2.810,58 euros.-

Cuarto.- El demandante, a las 9 horas del día 13/4/2005, cuando se encontraba en la zona de trabajo definida para la prueba de estanquidad de los radiadores, cogió un radiador modelo Nissan Sudáfrica de 15,7 kg de peso para ubicarlo en la pila de estanquidad cuando escuchó un dolor en la espalda, que fue diagnosticado de lesión dorso-lumbar de carácter leve. Estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 13/04/2005 hasta el 1/05/2005, fecha en que le dieron el alta médica por mejoría, que permitía realizar el trabajo habitual.-

Quinto.- La tarea que realizaba el demandante consistía en comprobar o analizar los radiadores devueltos por los clientes. Debía coger el radiador del lugar donde está almacenado, frente a la pila, a unos 0,5 m de distancia, trasladarlo manualmente hasta la pila de estanquidad (altura de 1 metro desde el suelo), **precisando según los días y la ubicación y realizar movimiento de flexión o de giro del torso.** (Informe de la Inspección).-

Sexto.- La empresa realizó reconocimiento médico al demandante, con carácter previo y periódico el 23/3/2005 con declaración de aptitud para el trabajo. La mutua laboral le realizó reconocimiento médico preventivo-periódico el 3/11/2005, con la conclusión de "apto, aunque sería aconsejable que no se sometiera a manipulaciones de cargas pesadas de forma frecuente".-

Séptimo.- En fecha de 19/1/2006 volvió a causar baja médica con un proceso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo con el diagnóstico de dorsalgia y lumbalgia

mecánica. Siguió tratamiento rehabilitador desde el 20/01/2006. Posteriormente, fue sometido a tratamiento antineurítico y a un bloqueo peridural lumbar en el nivel LS-S1. Fue diagnosticado de hernia discal L5-S1, lumbociática izquierda y discopatía degenerativa LS-S1. En fecha de 2/1/2007 fue intervenido quirúrgicamente de la hernia discal, con alta hospitalaria el día 5/1/2007. En fecha de 7/2/2007 inició tratamiento rehabilitador. En fecha de 29/5/2007 fue diagnosticado por el Servicio de Neurocirugía del Hospital del Mar de lumbalgia residual con fibrosis cicatricial posquirúrgica.-

Octavo.- Por resolución del INSS de 3/1/2006 se impuso el recargo del 30% sobre las prestaciones derivadas del accidente de trabajo, confirmada por sentencia del Juzgado de lo Social n.º 14 de Barcelona de fecha 1/9/2006. La sentencia fue confirmada por el TSJ de Cataluña el día 18/3/2008, que ha sido firme, al haber inadmitido el Tribunal Supremo el recurso de casación por Auto de 16/7/2009.-

Noveno.- Por resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales de la Generalitat de 27/11/2006, se impuso sanción por infracción de medidas de seguridad a la empresa demandada. Por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Barcelona se estimó la demanda de la empresa, dejando sin efecto la resolución, como consecuencia del allanamiento del Director General de Relaciones Laborales de la Generalitat en la demanda (folios n.º 320 a 324).-

Décimo.- El accidente ha dado lugar a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que emitió informe y propuso el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, así como sanción a la empresa FrapeBehr, SA. La Inspección de Trabajo aprecia la existencia de falta de medidas de seguridad por no adoptar las medidas técnicas u organizativas necesarias para evitar la manipulación manual de las cargas, sin la utilización de equipos para el manejo mecánico de las mismas, sea de forma automática o controlada por el trabajador. La garantía de una adecuada formación e instrucción en una correcta manipulación manual de cargas, la cual no queda acreditada (y porque no se han tenido presentes los antecedentes médicos del trabajador, apreciando la infracción de los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto 487/1997 de 14 de abril que fija las condiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas, en relación con los artículos 14.2 y 17.2, 18 y 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 13/95 de 8 de noviembre.- Decimoprimer.- Se agotó en fecha de 21/4/2008 la conciliación previa ante el órgano administrativo competente, con el resultado de intentado sin efecto.

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones procesales de D. Claudio y FRAPE BEHR, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 22 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 estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa FRAPE BEHR, SA. y desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Claudio contra la Sentencia, de fecha 18 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 25 de los de Barcelona en los autos 399/08, seguidos en virtud de demanda formulada por el trabajador Claudio, en materia de reclamación de cantidad por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo contra la mencionada empresa recurrente, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el único sentido de establecer en 10953,03 euros la suma a pagar por la empresa demandada en concepto de indemnización al actor por daños y perjuicios, dejando en sus términos los demás pronunciamientos de la resolución recurrida. Reintégrese la totalidad del depósito constituida para recurrir. Sin costas".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Claudio se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007 (Rec. 4367/2005).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de abril de 2014, suspendiéndose el mismo y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia se señaló para su debate en Sala General el 18 de junio de 2014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Planteamiento de la cuestión.

La cuestión que se debate en las presentes actuaciones es la relativa a la incidencia que las prestaciones reconocidas por IP hayan de tener en la responsabilidad adicional que pueda exigirse al empresario cuando el daño causado por el accidente de trabajo se vincula con una conducta de aquél ajena al contenido obligacional del contrato laboral; y más en concreto, en la forma que tales prestaciones hayan de tenerse en cuenta respecto del importe indemnizatorio que corresponda percibir por el factor de corrección de «incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima».

Lo que ha de resolverse sobre la base de los siguientes HDP: a) el reclamante en las presentes actuaciones ha nacido en NUM000/53 y fue declarado en situación de IPT -cualificada con el incremento del 20 % del importe de la pensión- por resolución de 25/08/07, en causa a lumbalgia residual; b) por resolución administrativa judicialmente confirmada (STSJ Cataluña 18/03/08) se impuso a la empresa -«FrapeBehr, SA»- el recargo del 30%, por infracción de medidas de seguridad; c) habiéndose reclamado 164.475,06 Eur. por daños y perjuicios adicionales, el J/S num. 25 de los de Barcelona reconoció en sentencia de 18/04/11 (autos 399/08) el derecho a percibir una indemnización complementaria de 59.947,68 Eur.

2.- La solución dada en instancia y Suplicación.

El J/S llegó a tal cifra tras asignar (aparte de otros extremos cuyos importes ya no se discuten que en este trámite), la cantidad de 88.063,51 Eur. por el concreto factor de corrección «Incapacidad Permanente Total» que se contempla - como cantidad máxima en la actualización aplicable- en la Tabla IV del Baremo del Anexo al Texto Refundido de la LRCSCVM EDL (RD Legislativo 8/2004, de 29/Octubre), si bien atribuyendo respecto de aquella cifra -los 88.063,51 Eur.- «una proporción del 60% para la discapacidad laboral, siendo el 40% restante atribuible a la discapacidad vital, y por tanto, no compensable con la prestación de la Seguridad Social al no ser concepto homogéneo», de manera que por todos los conceptos se reconoce como indemnización la cantidad de 59.947,68 Eur.

Disconformes las partes con el importe fijado, la STSJ Cataluña 22/02/2013 (rec. 7376/11) rechazó el recurso formulado por el trabajador y acogió parcialmente el articulado por la empresa, resolviendo -aparte de otras cuestiones y rectificaciones indemnizatorias que tampoco se debaten en la presente fase procesal- dos extremos que tienen decisiva proyección sobre la litis:

a).- Incorporar al relato de hechos un nuevo ordinal -el decimosegundo- referido al resultado de la diligencia final acordada y expresivo de que el actor había sido sometido a prueba biomecánica en centro especializado y que en ninguno de los estados estático de fatiga y dinámico «se ha detectado una aberración o discrepancia, concordando todos los niveles dentro de parámetros normales», sin que tampoco se apreciase «fatiga en los músculos tensores de la columna, lo que indica que no existe ningún proceso anormal en dicha columna, concluyéndose por tanto que el actor no presente ningún síntoma de limitación de movilidad, situándose en parámetros absolutamente normales».

b).- En lo que se refiere a la indemnización fijada, la Sala de Suplicación resuelve -con seguimiento un tanto dificultoso por nuestra parte-:

1º.- Al importe del daño moral por los días de IT (16.379,04 Eur.) le resta el 15 Eur. por factor de corrección de la Tabla V-B, por perjuicios económicos inexistentes, para llegar -por tal concepto- a la cantidad de 13.922,18 Eur..

2º.- Por «Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales)» de la Tabla III le atribuye 8.648,53 Eur..

3º.- Como «Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes», regulados en la Tabla IV, la Sala de Suplicación opta por:

- por sumarle un 15 % (1.297,28 Eur.) por perjuicios económicos; y

- se muestra disconforme con que en instancia se hubiese fijado el importe máximo fijado en aquélla para el factor «Incapacidad Permanente Total» de la víctima (88.063,51 Eur.) y entiende más adecuada una cantidad media (44.000 Eur.), pero procede a descontarle el 60% de la primera cifra (52.838,00 Eur.), que imputa a lucro cesante ya satisfecho.

4º.- Conforme a tales operaciones, la Sala de Suplicación llega a la cifra indemnizatoria definitiva y global -por todos los conceptos- de 10.953,03 Eur.

SEGUNDO.- 1.- El recurso interpuesto.

Frente a la referida sentencia, el trabajador interpone recurso de casación para la unidad de la doctrina, denunciando la infracción de los arts. 1101 y 1902 CC, en relación con la DA 8ª de la Ley 30/1995, en su interpretación jurisprudencial. Y se aduce como decisión de contraste la STS 17/07/07 (rcud 4367/05), que contempla supuesto de trabajador que había sido declarado - como en autos- en situación de IPT derivada de accidente de trabajo, con recargo de prestaciones en el 30 % por infracción de medidas de seguridad, y en la que se sienta la doctrina -entre otros extremos- y resuelve sobre el cálculo de la indemnización por IT y por lesiones permanentes, contemplando específicamente -como veremos- la incidencia que hayan de tener como factores de corrección las prestaciones de Seguridad Social por IT e IP, en aplicación de las Tablas IV y V Baremo del Anexo al TR de la LRCSCVM.

2.- Existencia de contradicción.

El art. 219 LRJS (art. 217 LPL) exige -para la viabilidad del RCU- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, en cuanto contengan pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (entre las últimas, SSTS 11/02/14 -rcud 544/13-; 03/03/14 -rcud 986/13-; y 03/03/14 -rcud 1655/13-).

Exigencia se cumple en el presente caso, puesto que ante un supuesto sustancialmente igual - como hemos reflejado más arriba- el criterio que se sigue por la sentencia recurrida es discordante con el mantenido -resuelto- por esta Sala en la sentencia de contraste, puesto que para el TS -entre otras cosas-: a) la compensación sólo puede producirse sobre conceptos homogéneos y que las «prestaciones sociales percibidas no puedan compensarse con la indemnización señalada con arreglo a la citada Tabla V»; b) el porcentaje del factor de corrección por IP que haya de imputarse -respectivamente- a incapacidad laboral o a otras actividades de la vida, necesariamente ha de serlo con relación a la cantidad que se fije en concreto por aquel concepto (factor de corrección), mientras que la Sala de Suplicación lo ha aplicado sobre la cantidad máxima establecida en el Baremo y no sobre la que había corregido a la baja, lo que incoherentemente lleva -como con acierto destaca el recurso- a un resultado «negativo» del concepto indemnizatorio.

TERCERO.- Necesidad de clarificar la doctrina.

La Sala es plenamente consciente -tras los múltiples recursos que en la materia se han interpuesto- que con las dos SSTs de 17/07/07 (rcuds. 4367/05 y 513/06) **por las que pretendimos unificar criterios en orden a determinar el importe de la indemnización por daños y perjuicios derivables de contingencias profesionales (particularmente IT e IP), no se consiguió plenamente el objetivo** perseguido y que **la materia en manera alguna está clarificada** para gran parte de los órganos judiciales y restantes operadores jurídicos.

La novedad de aquella doctrina, intentando ofrecer unas pautas de aplicación analógica que superasen la inseguridad jurídica que suponía la tradicional discrecionalidad aplicada en la cuestión; la profusión argumental utilizada para justificar cada una de nuestras soluciones en los complejos temas a tratar; la dificultad de extrapolar soluciones desde un campo de pura responsabilidad objetiva como el accidente de circulación a otro con exigencia de una cierta culpa como es la responsabilidad civil complementaria en accidentes de trabajo; la redacción simultánea de dos sentencias con textos no siempre coincidentes; y las sucesivas correcciones que con el tiempo nos vimos obligados a hacer, todas estas razones hacen del todo comprensible que la finalidad perseguida -unificación de criterios- no se hubiese alcanzado debidamente, por lo que **nos parece aconsejable resumir nuestra doctrina, prescindiendo de argumentaciones cuya prolijidad no hizo sino -parece- restar claridad al mensaje.** Resumen esquematizado de la doctrina, limitada a las contingencias de IT e IP, que se presenta tanto conveniente para resolver el presente supuesto cuanto necesario para cumplir con nuestra misión unificadora, y que haremos conforme a las diversas soluciones ofrecidas -con sucesivas matizaciones y rectificaciones- por la que es ya una copiosa doctrina jurisprudencial sentada en multitud de resoluciones (entre tantas otras, las SSTs SG 17/07/07 -rcud 4367/05-; SG 17/07/07 - rcud 513/06-;... 30/01/08 -rcud 414/07- ;... 23/12/08 -rcud 3738/07-;... SG 30/06/10 -rcud 4123/08-;... 18/05/11 -rcud 2621/10-;... 16/01/12 -rcud 4142/10-;... 01/02/12 -rcud 1655/11-;... 06/06/13 -rcud 2757/11-;... 15/01/14 -rcud 909/13-;... y 24/02/14 - rcud 732/13-), muchas de cuyas afirmaciones proceden de la más clásica jurisprudencia de esta Sala.

CUARTO.- Cuestiones generales sobre la indemnización adicional.- 1.- Sistema de responsabilidad empresarial en contingencias profesionales.- Puede ser cuádruple:

- a) las **prestaciones**, que suponen responsabilidad objetiva con indemnización tasada, atendidas por las cotizaciones del empresario;
- b) el **recargo de prestaciones** ex art. 123 LGSS, por posible incumplimiento de las reglas técnicas impuestas como medidas de seguridad;

c) las mejoras voluntarias de la acción protectora; y

d) como cierre del sistema, la **responsabilidad civil** de naturaleza contractual (art. 1101 CC) o extracontractual (art. 1902 CC), por concurrir culpa o negligencia empresarial.

2.- Exigencia de culpa en la responsabilidad contractual.- Aunque la responsabilidad civil contractual requiere culpa, la exigencia culpabilista no lo es en su sentido clásico, porque la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (AT/EP), para enervar su posible responsabilidad el empleador haya de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias.

3.- Competencia del orden social.- Alcanza tanto a la posible responsabilidad civil contractual (por ilícito laboral surgido «dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial»), como cuando se yuxtapone a responsabilidad extracontractual (la relación de trabajo es tan sólo antecedente causal del daño), porque el contrato absorbe todo aquello que se halla en su órbita natural.

4.- Alcance general de la reparación económica.- El trabajador tiene derecho a la reparación íntegra, de forma que «la indemnización procedente deberá ser suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios, que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social», sin que pueda exceder del daño o perjuicio sufrido.

5.- Fijación en instancia y posible revisión.- Aunque la fijación del importe indemnizatorio es misión del órgano de instancia, pese a todo es fiscalizable en vía de recurso extraordinario, cuando aquélla ha aplicado sus propios criterios de forma incorrecta, arbitraria o desproporcionada.

6.- Categorías básicas a indemnizar.- La exigible especificación de los daños y perjuicios únicamente puede llevarse a efecto distinguiendo entre los que corresponden a las **categorías básicas**: el **daño corporal** (lesiones físicas y psíquicas), el **daño moral** (sufrimiento psíquico o espiritual), el **daño emergente** (pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso) y el **lucro cesante** (pérdida de ingresos y de expectativas laborales).

7.- La «compensatiolucris cum damno».- Cuando existe el derecho a varias indemnizaciones, las mismas se entienden compatibles pero complementarias, lo que supone que haya de deducirse del monto total de la indemnización lo que se hubiese cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto; con dos aclaraciones: a) con ello se persigue tanto evitar el enriquecimiento injustificado del trabajador como el de quien causó el daño o la posible aseguradora; y b) la compensación de las diversas indemnizaciones solo puede ser efectuada entre conceptos homogéneos.

QUINTO.- Reglas generales en la determinación del importe indemnizatorio.- 1.- Justificación vertebrada.- La indemnización debe fijarse de una forma estructurada que permita conocer los diferentes daños y perjuicios que se compensan y la cuantía indemnizatoria que se reconoce por cada uno de ellos, razonándose los motivos que justifican esa decisión.

2.- Fuente a utilizar para calcular las respectivas indemnizaciones.-

a).- Daño emergente.- En lo que al daño emergente se refiere, la determinación de su importe indemnizatorio habrá de realizarse atendiendo exclusivamente a lo

oportunamente pedido y a la prueba practicada, tanto respecto de su existencia como de su importe.

b).- Lucro cesante.- Tratándose de lucro cesante, tanto por IT como por IP, la responsabilidad civil adicional tiene en su caso carácter complementario de las prestaciones de Seguridad Social y de las posibles mejoras voluntarias, si el importe de aquél supera a la suma de unas y otras, que en todo caso habrán de ser tenidas en cuenta al fijar la indemnización (en los términos que se precisarán), porque hay un solo daño que indemnizar y el mismo puede alcanzarse por las diversas vías, «que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio». Pero muy contrariamente -como razonaremos- no se deducirá del monto indemnizatorio por el concepto de que tratamos -lucro cesante- el posible recargo por infracción de medidas de seguridad.

c).- Daño corporal/daño moral.- Para el resarcimiento de estos dos conceptos, el juzgador puede valerse el Baremo que figura como Anexo al TR de la LRCSCVM, que facilita aquella -necesaria- exposición vertebrada, teniendo en cuenta:

a).- Se trata de una aplicación facultativa, pero si el juzgador decide apartarse del Baremo en algún punto -tal como esta Sala lo interpreta y aplica- deberá razonarlo, para que la sentencia sea congruente con las bases que acepta.

b).- También revisten carácter orientativo y no han de seguirse necesariamente los importes máximos previstos en el Baremo, los que pueden incrementarse en atención a factores concretos del caso y a los genéricos de la ya referida -y singular- exigencia culpabilística en la materia (inexistente en los riesgos «circulatorios») y de los principios de acción preventiva.

3.- No incidencia del recargo por infracción de medidas de seguridad.- Del referido cómputo de las prestaciones - en el cálculo del lucro cesante- ha de excluirse el recargo por infracción de medidas de seguridad, dada su naturaleza esencialmente sancionadora y finalidad preventiva, y porque en caso contrario se desvirtuaría la finalidad pretendida por el art. 123 LGSS.

SEXO.- La concreta fijación -también general- de los daños y perjuicios.-

Limitándonos al supuesto de accidente de trabajo con resultado discapacitante -objeto de la presente litis-, con carácter previo es conveniente destacar que si bien el Baremo trata de manera singular las indemnizaciones por Incapacidad Temporal, en cambio no regula de forma autónoma -como tal- la Incapacidad Permanente, sino que lo hace en la Tabla IV tan sólo como uno de los «factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes» (las de la Tabla III), e incluso con una terminología más amplia que la utilizada en el ámbito de Seguridad Social (se refiere a la «ocupación habitual» y no al trabajo, porque la norma afecta a toda persona, trabajadores o no).

En otro orden de cosas, para facilitar la exposición de cómo determinar el importe indemnizatorio de cada categoría básica a indemnizar (daño corporal; daño moral; lucro cesante), parece conveniente tratar la materia distinguiendo los tres grandes apartados de secuelas que acto continuo referiremos, y remitir a la prueba lo relativo al posible daño emergente (hasta la fecha inédito en la casuística de la Sala).

1.- Por las secuelas físicas (Tabla III).-

a).- **Aplicación del Baremo.**- Como las «indemnizaciones básicas por lesiones permanentes» (secuelas físicas) se determinan ya con inclusión de los daños morales, en este apartado la utilización del Baremo -en su Tabla III- se presenta de manifiesta utilidad, en su simplificada atribución de puntos por concreta secuela y de valor por punto en función de la edad del damnificado. Conviene precisar que su importe no puede ser objeto de compensación alguna con las prestaciones de Seguridad Social ya percibidas ni con mejoras voluntarias y/o recargo de prestaciones, puesto que con su pago se compensa el lucro cesante, mientras que con aquél se repara el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente.

b).- **Régimen jurídico aplicable.**- Como se trata de una deuda de valor, el régimen jurídico de secuelas y número de puntos atribuibles por aquéllas son -en principio- los de la fecha de consolidación, si bien los importes del punto han de actualizarse a la fecha de la sentencia, con arreglo a las cuantías fijadas anualmente en forma reglamentaria; aunque también resulta admisible -frente a la referida regla general de actualización y sólo cuando así se solicite en la demanda- aplicar intereses moratorios no sólo desde la interpelación judicial, sino desde la fijación definitiva de las secuelas (alta por curación), si bien es claro que ambos sistemas -intereses/actualización- son de imposible utilización simultánea y que los intereses que median entre la consolidación de secuelas y la reclamación en vía judicial no son propiamente moratorios, sino más bien indemnizatorios.

2.- Por la Incapacidad Temporal (Tabla V).

a).- **El lucro cesante.**- En la aplicación de la Tabla V del Anexo se ha de tener en cuenta: 1º) el lucro cesante ha de cifrarse -generalmente- en la diferencia entre salario real que se hubiera percibido de permanecer el trabajador en activo y las cantidades satisfechas por prestación; 2º) también ha de computarse -si es alegado y acreditado por la empresa para su descuento- el complemento de subsidio de IT establecido como mejora voluntaria; 3º) igualmente ha de considerarse -a efectos de determinar el lucro cesante- el incremento salarial que pueda establecerse por nuevo Convenio Colectivo que resultara aplicable durante el periodo de IT, aunque en este caso la prueba del incremento salarial pactado incumbe al accidentado; 4º) no procede aplicar a efectos de incremento los que en el Anexo figuran como «factores de corrección» por perjuicios económicos en atención a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, pues ya se ha partido -a efectos del lucro cesante- del 100 por 100 de los salarios reales dejados de percibir; 5º) la cifra así obtenida no puede compensarse con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral.

b).- **El daño moral.**- La determinación del daño moral para la situación de IT ha de hacerse -tras corrección del criterio inicialmente seguido por la Sala- conforme a las previsiones contenidas en la Tabla V, y justo en las cantidades respectivamente establecidas para los días de estancia hospitalaria, los impeditivos para el trabajo y los días de baja no impeditivos (el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta).

3.- Por la Incapacidad Permanente (Tabla IV).

a).- **El lucro cesante.**- En este punto los criterios pueden resumirse del siguiente modo: 1º) Al cuantificar la indemnización por el lucro cesante que comporta la IP, deben descontarse las prestaciones de la Seguridad Social, que resarcan la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia y que se han financiado con cargo al empresario, así como las mejoras voluntarias, pero no el posible recargo de prestaciones, que tiene finalidad disuasorio/preventiva; 2º) La regla general a seguir es, salvo prueba en contrario de perjuicios superiores, de equivalencia entre la prestación reconocida -a la que añadir en su caso la

mejora voluntaria- y el lucro cesante, pero se excepcionan, entre otros, los casos de acreditada insuficiencia, tales como -entre otros- (a) IP fronteriza con el grado inmediatamente superior, (b) dificultades de rehabilitación laboral por edad u otras singularidades que lleven a excluir posibilidades de trabajo meramente teóricas, y (c) los supuestos de pérdida de expectativas laborales constatables; 3º) En estos supuestos de acreditado lucro cesante en cuantía superior (por no estar plenamente satisfecho con prestaciones y mejoras), el déficit de ingresos que por tal concepto sea atribuible a la IP necesariamente ha de capitalizarse, para así resarcir la pérdida económica vitalicia que la discapacidad comporta; y 4º) Si se presentan capitalizadas las prestaciones de Seguridad Social (con las mejoras, en su caso), también ha de capitalizarse la pérdida de ingresos (teniendo en cuenta futuras posibilidades -reales- por nuevo empleo), caso en el que el lucro cesante, de existir, será la diferencia entre ambas capitalizaciones.

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

SÉPTIMO.- 1.- Doctrina hasta ahora vigente sobre la IP como factor corrector.

Hasta la fecha hemos entendido que a las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes fijadas en la Tabla III (con inclusión de los daños morales), ha de añadirse como factor corrector (indemnización añadida) el previsto en la Tabla IV por Incapacidad Permanente, con el que se persigue reparar los daños y perjuicios que se derivan de la IP del perjudicado «para la ocupación o actividad habitual de la víctima». Y se ha considerado hasta la actualidad que este concepto de IP no puede identificarse con el de IP que establece nuestro sistema de Seguridad Social (pese a que trate sucesivamente de la IPP, IPT, IPA y GI), sino que supone valorar lo que la doctrina francesa -creadora de la figura en torno a 1950- denomina «préjudiced-agréement»; concepto que comprende los derivados de la privación de los disfrutes y satisfacciones que la víctima podía esperar de la vida y de los que se ha visto privada por causa del daño (así, las SSTs 17/07/07 -rcud 4367/05-; y 02/10/07 -rcud 3945/06-). Pero como la Sala tampoco ha excluido -hasta la fecha- que el citado factor corrector tenga finalidad resarcitoria del perjuicio económico, ese doble objetivo que aprecia determina que se haga la afirmación -también recordada- de que «quedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia» la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la citada IP (para la ocupación habitual) se imputa a la incapacidad laboral (básicamente ya satisfecha -con excepciones- por las prestaciones de seguridad social) y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima.

2.- Solución del presente debate conforme a nuestra habitual doctrina.

La aplicación de la precedente doctrina al caso de autos comportaría la parcial estimación del recurso, en el que se solicita mantener en su integridad el máximo legal -88.063,51 Eur.- establecido en la fecha aplicable por la Tabla IV del Baremo como factor de corrección por la situación de IPT (Resolución DG Seguros y Fondos de Pensiones de 31/01/10), habida cuenta de que: a) no se ha cuestionado formalmente que la Sala de Suplicación hubiese incurrido en

infracción alguna al rebajar el importe teórico del factor de corrección (pasando del máximo fijado en instancia al medio en que la Sala considera más adecuado); b) con independencia de ello, tampoco puede censurarse esa corrección del importe teórico efectuada en autos (del máximo al medio), siendo así que obedeció a la ya aludida revisión de los HDP y más en concreto a la apreciada rectificación en la discapacidad del actor -no sólo para su concreta actividad laboral, sino para todas las de la vida-, en los términos que más arriba se han relatado; y c) inmodificado en este trámite por la Sala el importe teórico -44.000 Eur.- del factor corrector, la determinación del importe real vendría dada -conforme a nuestra doctrina, antes referida- por mantener la deducción del 60% de aquella cantidad a incapacidad para el trabajo (26.400 Eur.), de forma que la cantidad a percibir por el referido concepto de incapacidad para las actividades de la vida habría de ser 17.600 Eur., a la que sumar los 16.379,04 Eur. por daños morales de IT (conforme a nuestra doctrina no es posible reducir porcentaje alguno por perjuicios económicos inexistentes) y 8.648,53 Eur. por puntos atribuibles a las secuelas, lo que comporta los 42.627,57 Eur. que son los que esta sentencia en principio habría de reconocer en aplicación de nuestra tradicional doctrina (frente a los 57.796,21 Eur. solicitados en el recurso).

3.- Posibilidad de una solución diversa a la mantenida por las sentencias contrastadas.

Ahora bien, en justificación del modo condicional utilizado en el precedente apartado («comportaría la parcial estimación... »; y «la determinación del importe real vendría dada...»), hemos de decir que en la resolución a dictar en unificación de doctrina el TS no necesariamente ha de resolver conforme a una de las dos tesis contrastadas, sino que -superado el requisito de la contradicción- debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, y que a partir de ese momento establece como doctrina unificada. Criterio éste que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina, pues «pese a que las pretensiones impugnatorias sólo pueden respaldarse en la apreciación de discrepancias entre distintas sentencias, resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación», tal como impone -en la actualidad- el art. 228.2 LRJS (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3. SSTS 14/07/92 -rcud 2273/91-;... 17/07/07 -rcud 513/06-; 02/10/08 -rcud 4351/07-; 14/12/09 -rcud 715/09-; 15/12/09 -rcud 3365/08-; 28/12/10 -rcud 1596/10-; y 27/02/12 -rcud 1563/11-).

Esta posibilidad no desaparece por el hecho de que la sentencia invocada de contraste sea de la propia Sala, siempre que este Tribunal entienda -en su obligada misión de depurar la doctrina- que una reconsideración de la materia aconseja rectificar algún precedentes criterio y a tal efecto lo razone. Esto es lo que sucede en el presente caso, tal como acto continuo pasamos a justificar.

OCTAVO.- 1.- Objeciones a la doble imputación -lucro cesante/dolor moral- del factor corrector de que tratamos.

Como hemos adelantado, la posición que hasta ahora ha mantenido la Sala, con la doble imputación a lucro cesante y a dolor moral de la indemnización con la Tabla IV al referirse a la IP para la «ocupación habitual», ofrece ciertas objeciones:

1ª).- Como la propia redacción del Baremo se refiere la incapacidad para la «ocupación o actividad» habitual, sin elemento literal o sistemático que apunte a una dimensión de lucro

cesante, más bien parece que lo relevante es que el perjudicado quede impedido de forma permanente -en el grado que sea- para el ejercicio de su actividad habitual, con independencia de que perciba ingresos o no de dicha actividad; y así no se presentaría oportuno entender que una misma indemnización pueda tener una finalidad diversa en función del destinatario: a) compensar exclusivamente el daño moral para quienes esa ocupación habitual no es remunerada (se les satisfaría el íntegro factor corrector); y b) resarcir también el lucro cesante para quien su actividad esté retribuida (se les descontaría el porcentaje «ya indemnizado» por las prestaciones de Seguridad Social).

2ª).- Tampoco se presenta aconsejable que -refiriéndose a trabajadores- la indemnización cubra los dos objetivos en la proporción que discrecionalmente fije el Juez, pues esa misma distribución -discrecional- de finalidades (resarcitoria del lucro cesante y compensatoria del daño moral), se suma a la también discrecional fijación del importe que corresponde -entre el mínimo y el máximo que legalmente se fija- a la correspondiente incapacidad para la «ocupación habitual», por lo que comporta una mayor inseguridad en el cálculo, que se añade a las muchas dificultades para fijar el adecuado importe indemnizatorio y que incluso es contraria a uno de los objetivos -la seguridad jurídica- perseguidos por esta Sala al aplicar el Baremo Anexo al TR LRCSCVM en las reclamaciones por secuelas derivadas de AT.

3ª).- Finalmente, la tesis hasta la fecha mantenida en cierto modo significaba que las prestaciones de la Seguridad Social serían computadas -minorando la indemnización- en dos ocasiones sucesivas: en primer término cuando se valora el lucro cesante determinado por la IP que se haya declarado; y en segundo lugar para determinar la indemnización por el daño fisiológico («lesiones permanentes»), que es de lo que ahora tratamos.

2.- La incapacidad para la «ocupación habitual» como dolor moral.

Por otra parte, incluso la independencia del «préjudiced-agreément» como partida indemnizable está siendo cuestionada últimamente, porque entendido como queda dicho, el concepto no diverge del daño moral que es consecuencia de la lesión fisiológica, pues la serie de actividades de las que se ve privado el perjudicado no son más que las limitaciones inherentes a una determinada discapacidad. Es más, que esa incapacidad «para la ocupación o actividad habitual» no debiera identificarse con el citado «préjudiced-agreément», se muestra por el hecho de que en muchos supuestos -de fácil imaginación- la IP para una determinada profesión no supone privación alguna para los disfrutes de la vida.

Por todo ello entendemos preferible -lo afirmamos tras reconsiderar la cuestión- no distorsionar el elemento corrector, atribuyéndole como hasta ahora una doble significación (**lucro cesante y resarcimiento moral**), según se trate de trabajadores o no trabajadores, sino que en ambos casos la indemnización ha de apuntar a la misma finalidad de compensar el daño moral que comporta el déficit para la actividad habitual (profesión remunerada; o actividades deportivas, estudios...). **Y que esta indemnización ha de sumarse a la que es propia de las secuelas individualmente consideradas**; e incluso también podría añadirse el singular factor de corrección «daños morales complementarios» (si la entidad de las secuelas lo consintiese, porque se requiere que una sola de ellas exceda de 75 puntos, o las concurrentes supere los 90 puntos)».

NOVENO.- Justificada diversidad de solución respecto de la Sala Primera del TS.

1.- En manera alguna podemos ignorar que desde la STS -Pleno- 25/03/10 (rec. 1741/04), la Sala I ha acogido expresamente el criterio mostrado por esta Sala IV tras la sentencia 17/07/07

(rcud 4367/05), en orden a considerar que el factor corrector de IP (Tabla IV) atiende sustancialmente a resarcir el daño moral, pero también puede alcanzar finalidad indemnizatoria del lucro cesante; como tampoco desconocemos -antes al contrario, lo tenemos siempre muy presente- que la referida Sala es genuino intérprete en materia civil (así lo indicábamos, por ejemplo, en nuestras sentencias de 30/01/08 -rcud 414/07- FJ 7.2; 10/11/10 -rcud 3693/09- FJ 4.2; y 23/01/13 -rcud 1119/12-).

2.- Ahora bien, en primer término nos parece oportuno destacar que aunque las posteriores decisiones de la Sala I vuelven a recordar la doctrina (SSTS 19/05/11 -rec. 1783/11-; 23/11/11 -rec. 1631/08; y 30/09/13 -rec. 1606/10-), lo cierto es que tales pronunciamientos insisten en que la función primordial del citado factor corrector es resarcitoria del daño moral y, más en concreto, que ninguna indemnización han vuelto a conferir -que nos conste- por el concepto de lucro cesante.

En segundo lugar ha de señalarse que la divergencia -formal- de tal doctrina con la que por esta sentencia mantenemos está plenamente justificada, porque la parcial utilización -tan sólo orientativa- que hacemos del Baremo Anexo al TR LRCSCVM está destinada a proporcionar una cierta seguridad jurídica en el cálculo de las indemnizaciones propias de nuestra jurisdicción, siendo del todo ajeno a nuestro propósito -sería, además, del todo inviable- trasladar automáticamente al AT conceptos y categorías que normativamente corresponden a los accidentes de tráfico, porque en definitiva nuestro designio es llevar a cabo una adaptación interpretativa que -aun pudiendo disentir de la genuina civil en algún punto- sea la más adecuada para conseguir el satisfactorio resarcimiento de los daños producidos por los accidentes de trabajo en cuya producción el empleador no haya actuado con la diligencia laboralmente exigible.

3.- La justificación de esta formal diferencia entre la doctrina de ambas Salas -aunque con el mismo objetivo material de resarcir íntegramente los daños- se evidencia cuando se observa que la interpretación que al presente abandonamos (atribuyendo doble finalidad al factor corrector por IP), al ser utilizada por la Sala I no hace sino traducirse en un incremento de la indemnización; mientras que la aplicación hasta ahora efectuada por la Sala IV, en la práctica comportaba la poco deseable consecuencia de reducir el montante resarcitorio. Lo que tiene una sencilla explicación: la Sala I contempla las indemnizaciones por Baremo como algo por completo independiente de la posible existencia de prestaciones por IT e IP (cuando el damnificado sea trabajador en alta en la Seguridad Social), por lo que las mismas nunca se tienen en cuenta -no se deducen- a la hora de aplicar el tan referido Baremo, declarando además expresamente la citada Sala -una y otra vez- que todos los factores de corrección son compatibles, cualesquiera que sean, de forma que ese imputado porcentaje de «lucro cesante» en el factor corrector de IP (Tabla IV) es del todo compatible con una posible prestación de la Seguridad Social por la misma IP (compatibilidad absoluta); mientras que en la Sala IV aplicamos el Baremo, ciertamente de manera orientativa, pero en todo caso teniendo siempre presentes -como si se tratase de vasos comunicantes- las prestaciones de Seguridad Social (compatibilidad relativa), de manera que todos los factores del Anexo que hagan referencia al lucro cesante no pueden computarse a efectos de la indemnización adicional a fijar, porque se sobreentiende que ya están satisfechos por las prestaciones (IT; IP), o que lo están por tales prestaciones y por la diferencia que declaremos entre esas prestaciones y lo que se deja de percibir por salario. Y por ello se había venido entendiendo hasta la fecha que el importe porcentual que se atribuyese al lucro cesante -dentro del factor corrector por IP de la Tabla IV-, por fuerza debía deducirse de la cantidad -total- que el Juez hubiese acordado de entre la mínima y máxima previstas en el Baremo por la citada IP; doctrina ésta que es la que precisamente el presente Pleno rectifica.

DÉCIMO.- 1.- Aplicación de tal criterio al supuesto debatido.

La aplicación de este criterio -rectificando doctrina- al caso de autos determina la íntegra estimación del recurso, pues reiterando razones dadas en el precedente fundamento séptimo (apartado 2), a la cifra allí referida (42.627,57 Eur.) ha de añadirse el importe de la deducción por lucro cesante efectuada respecto del factor corrector de IP para la «ocupación habitual» (26.400 Eur.), lo que nos llevaría a 69.027,57 Eur., si bien la estimación del recurso no puede superar los términos de sus pretendidos 57.796,21 Eur. como indemnización.

2.- Conclusión final.

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -coincidiendo en gran medida con el informe del Ministerio Fiscal- que el recurso ha de ser acogido y la sentencia recurrida ha de ser casada, siquiera no exactamente conforme a la solución propuesta por la sentencia de contraste. Sin imposición de costas (art. 235.1 LRJS).

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

FALLO

Estimamos íntegramente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Claudio y revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 22/Febrero/2013 (recurso de Suplicación num. 7376/11), que a su vez había revocado en parte la resolución que en 18/Abril/2011 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 25 de los de Barcelona (autos 399/08), y resolviendo el debate en Suplicación estimamos en parte el de tal clase formulado por la representación de «FRAPE BEHR, S.A.», declarando el derecho del trabajador a ser indemnizado con 57.796,21 Eur. por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, condenando a la citada empresa a que abone la referida cantidad.

Sin imposición de costas a las partes recurrentes en ambas instancias.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhiere los Magistrados Excma. Sra. D^a María Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López, Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo Millán, Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina num. 1257/2013.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina num. 1257/2013, en el que expreso con total respeto, mi discrepancia respecto del

criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuvo en la deliberación.

Mi discrepancia con el criterio mayoritario radica en que creo que **la Sala no es competente para pronunciarse sobre la interpretación del Baremo**; en que al hacerlo se ha apartado de los términos en que se planteó el debate y ha causado indefensión; en que no era preciso cambiar la doctrina de la Sala para llegar a la solución dada; en que el recurso de casación unificadora no es el adecuado para resolver cuestiones no planteadas, **ni para hacer un protocolo sobre la forma de calcular la indemnización por daños derivados de accidente** y, finalmente en que las soluciones que se dan sobre la interpretación de la Tabla IV del Baremo y sobre el cálculo del lucro cesante en la incapacidad temporal y en la permanente no son correctas. Fundo mi discrepancia en las siguientes razones.

Primera.- Sobre la INCOMPETENCIA.

El Baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados en accidentes de circulación es una norma contenida en la normativa de seguros (R.D.L. 8/2004, de 29 octubre), cuya aplicación está sujeta al control de la jurisdicción civil (art. 9 de la L.O.P.J.), siendo al Sala 1ª de este Tribunal el intérprete auténtico de esa normativa. Esta jurisdicción aplica ese Baremo con carácter orientador y debe someterse a sus reglas en la forma que se han interpretado por la Sala 1ª de este Tribunal. Perjudicialmente se podrá pronunciar sobre puntos que no haya resuelto la Sala 1ª pero no cabe que lo haga en contra de sus criterios expresos, cual se hace en la sentencia de la que discrepo que contradice lo resuelto en la materia por el TS (1ª) en sentencias de 25 de marzo de 2010 (R. 1741/2004) del Pleno de la Sala que ha sido reiterada por las de 8 de junio y 20 de julio de 2011 y por la de 30 de septiembre de 2013, entre otras.

La mayoría no desconoce esa doctrina pero se aparta de ella con dos tipos de argumentos: que hace una adaptación del Baremo a las especialidades de los accidentes de trabajo y que ello es necesario porque en la práctica resulta que la Sala 1ª acaba fijando mayores indemnizaciones que esta Sala. El primer argumento no es correcto porque, aparte que si se aplica el Baremo deben seguirse sus reglas y no crear otras nuevas, creo que el daño moral es el mismo a igualdad de secuelas, sin que el origen de estas sea determinante de una interpretación diferente del Baremo. La improcedencia del otro argumento es más evidente, porque si la jurisdicción civil reconoce superiores indemnizaciones la solución estaría en seguir sus criterios y no en forzar interpretaciones diferentes, en lugar de examinar y resolver las causas de esas indemnizaciones diferentes, máxime cuando la jurisdicción social, motivadamente, puede reconocer indemnizaciones superiores a las que resultan del Baremo.

Segunda.- Sobre la indefensión causada al alterarse los términos del debate.

Las partes en la instancia y en la suplicación estaban conformes en que el apartado de la Tabla IV relativo al factor corrector por incapacidad para la ocupación habitual compensaba daño moral y lucro cesante. Discrepaban sobre la cuantificación y reparto concreto de ese factor corrector entre esos dos conceptos. También, disentían en la forma de hacer la compensación. Pero en ningún momento plantearon que ese factor corrector sólo compensase daños morales.

Así las cosas, la mayoría incurre en incongruencia al resolver que ese factor corrector sólo compensa el daño moral, lo que no se debatió en el pleito, ni se planteó por las partes. Incluso se produce incongruencia extra petita al imputar a ese concepto una cuantía indemnizatoria

superior a la reclamada. Con ello la sentencia de la mayoría ha dejado indefensa a la parte recurrida, quien no ha tenido ocasión de combatir los argumentos que la Sala creó "ex novo" violando el principio de igualdad de partes.

Tercera.- Sobre que idéntico resultado indemnizatorio se habría reconocido sin cambiar la doctrina de la Sala.

La doctrina de la Sala concede la máxima libertad al juzgado de instancia a la hora de calcular la indemnización, tanto si aplica el Baremo como si no. Incluso, como se dice en nuestra sentencia de 17-7-2007 (último párrafo del Fundamento de Derecho Tercero-3) el juez de instancia ponderando las circunstancias determinará qué parte del factor que nos ocupa imputa a daño moral, y qué parte a lucro cesante lo que le permitirá reconocer más por daño moral. Además, en nuestra jurisprudencia ha sido tradicional que la valoración del daño que haga el juez de la instancia no puede revisarse en un recurso extraordinario, como el de suplicación, salvo error evidente.

Por ello, la sentencia recurrida debió ser casada por ser contraria a nuestra doctrina al revisar, infundadamente, el criterio del juzgador de la instancia. Presume que la incapacidad del actor ha mejorado y con base en ello reduce la cuantía reconocida por el factor corrector de la ocupación habitual de la Tabla IV. Pero ese proceder es incorrecto porque la incapacidad laboral existe mientras no sea revisada. Consecuentemente, debió anularse esa revisión infundada, aparte que la Sala la pudo corregir, máxime, cuando pudiera estimarse que la sentencia reduce la cuantía de ese factor corrector sólo con relación al lucro cesante y no con relación al daño moral. Además, la mayoría de nuestras sentencias y las de la Sala 1ª imputan el 50 por 100 a daño moral y el resto al lucro cesante.

Por otro lado la sentencia recurrida yerra al efectuar la compensación, pues descuenta, automáticamente 56.914'97 euros (al igual que la sentencia de instancia), lo que es incorrecto y excesivo como. Señala el Ministerio Fiscal, al descontar dos veces lo imputado al lucro cesante, pues al reducir el importe de ese factor protector debió reducir en igual proporción el descuento. Además, la sentencia de instancia ya descontó indebidamente pagos efectuados durante la incapacidad temporal.

En conclusión, la Sala pudo imputar al daño moral 44.000 euros, cantidad que unida a los 16.379 euros de la incapacidad temporal y a los 8.648 euros por las lesiones básicas, superaba con creces la cantidad reclamada. Por ello, no era preciso cambiar la doctrina que da libertad al juez de instancia para imputar a daño moral o a lucro cesante la totalidad o la parte que estime prudente, según los casos del factor protector que nos ocupa, cambiando el criterio de la Sala 1ª de este Tribunal (seguido por esta) de imputarlo por la mitad salvo casos especiales, pues bastaba con aplicarla correctamente a la par que la doctrina sobre la compensación, pues como luego se verá el problema radicaba en la forma de hacer la compensación.

Cuarta.- Sobre la inadecuación del recurso de casación unificadora para hacer un protocolo de actuación o libro de instrucciones a seguir para el cálculo de la indemnización complementaria por daños y perjuicios.

El recurso extraordinario que nos ocupa tiene por fin unificar doctrinas dispares sentadas por las sentencias contradictorias comparadas y no hacer un índice o registro comentado de nuestra doctrina, ni, menos aún, establecer un protocolo de actuación sentando las reglas generales para fijación de los daños y perjuicios concretos (Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto, Sexto y Octavo), donde se contiene una doctrina que no se respalda y funda en

preceptos o jurisprudencia concretos y donde se acaba haciendo afirmaciones que son meros "obiter dicta", por cuanto se hacen sobre cuestiones que no han sido objeto de debate y que no se resuelven en el Fallo, pues no se debe olvidar que la controversia radicaba en si la Tabla IV del Baremo en el factor corrector por incapacidad para la ocupación habitual, reparaba daños morales y el lucro cesante y en que proporción.

Quinta.- Sobre la interpretación de la Tabla V del baremo que se hace "obiter dicta".

De acuerdo con que el lucro cesante coincida inicialmente, con el cien por cien del salario dejado de percibir realmente, pero en desacuerdo con el resto de protocolo de actuación que se sienta en el num. 2 del Fundamento Sexto.

La discrepancia radica en que cabe que el lucro cesante (pérdida de ingresos) sea mayor, cual ocurrirá en los supuestos de pluriempleo o de pérdida de una actividad por cuenta propia. Por otro lado, la inaplicación de los factores de corrección del apartado B de la Tabla V es desacertada porque podrían utilizarse para compensar otros perjuicios económicos, cual es el daño emergente, consistente en el mayor gasto por desplazamientos, hospedaje de familiares cuidadores, medicamentos, aparatos ortopédicos y otros cuya realidad no debe probar el perjudicado, quien podrá acreditar otros superiores. Debe recordarse al respecto que el T.C. en su sentencia 181/2000, de 29 de junio, declaró inconstitucional este apartado cuando se apreciara culpa relevante en la conducta del causante del daño, supuesto en el que se deberá fijar una indemnización acorde con el perjuicio económico que se pruebe. Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional permite no sólo fijar el lucro cesante en su cuantía real (salarios y otros ingresos dejados de cobrar), sino, también, reparar el daño emergente en cuantía porcentual del salario anual cuando no se pruebe su cuantía, máxime teniendo en cuenta la doctrina de la Sala sobre el uso del Baremo con carácter orientador a falta de prueba de daño real, lo que permitirá reparar el lucro cesante y el daño emergente.

Sexta.- Sobre la Tabla IV del BAREMO y el LUCRO CESANTE.

La contradicción principal en que incurre sobre este particular la mayoría radica en distinguir entre daño moral y lucro cesante en el apartado 3 del Fundamento de Derecho SEXTO, al hablar de la incapacidad permanente, para luego acabar afirmando, tácitamente que la Tabla IV sólo repara el daño moral, al menos así se deriva del hecho de que no se diga en que apartado del Baremo se regula la reparación del lucro cesante. En efecto, el hecho de que el primer factor corrector de la Tabla IV, el de perjuicios económicos, consista en un porcentaje de los ingresos de la víctima por trabajo y que el porcentaje mínimo del 10 por 100 se abone incluso a quienes no trabajan, nos indica que con ello se retribuyen los perjuicios económicos generales (daño emergente) de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, pero no el lucro cesante, dado lo exiguo de las cantidades resultantes y del hecho de que cobren todas las personas, aunque no trabajen, incluso menores y jubilados. Si el lucro cesante no encaja en ese factor corrector no encajará en ningún otro de la Tabla IV, según la doctrina que sienta la mayoría, como vamos a analizar siguiendo su sistemática en orden inverso.

A) Daño moral (cambio de doctrina). La mayoría entiende que el factor protector por lesión permanente que constituya una incapacidad para la ocupación habitual (factor tercero de la Tabla IV) indemniza en sus diferentes grados sólo daños morales, solución con la que se cambia la doctrina anterior, conforme a la que reparaba daño moral y lucro cesante en la cuantía o porcentaje que fijara el juzgador de la instancia para cada concepto.

De ese cambio doctrinal se discrepa: Primero porque se prima la reparación del daño moral sobre otros en la aplicación de las indemnizaciones que reconoce la Tabla IV, donde ya existe un factor corrector por "daños morales complementarios", otro para perjuicios morales a familiares y otro para embarazadas, sin perjuicio de que el de grandes inválidos debe merecer para la mayoría igual calificativo, por lo que sólo el de adecuación de vivienda y el de vehículo propio escapan a la calificación dicha. Segundo Porque una interpretación lógico sistemática y literal de la Tabla IV apoya la solución que se venía manteniendo. En efecto resulta extraño que, tras regular el factor por daños morales complementarios, se pase a regular otro factor corrector, el de incapacidad permanente para la ocupación habitual, sin hacer en él referencia a que incluye los daños morales, cuando así se hace al titular la Tabla III y el apartado A de la Tabla V y al enumerar otros factores correctores de la Tabla IV. Ello lleva a que deba interpretarse que este factor corrector compensa por la incapacidad laboral y profesional con terminología muy parecida a la que utiliza la Ley General de la Seguridad Social, para definir las incapacidades laborales y a los grandes inválidos. Tercera Porque el artículo 1 (números 1 y 2) de la L.R.C.S.C.V.M. (R.D.L. 8/2004), establece la obligación de reparar los daños causados dentro de los límites que marca el Baremo Anexo a la Ley. Los daños comprenden "el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener" (art. 1-2). En el Anexo a esa Ley, se establecen unos criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización y en el apartado Primero 7 se dice "Para asegurar la total indemnidad..., se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima...". Luego el propio Baremo al fijar los criterios del sistema reconoce que repara los daños económicos derivados de la pérdida de la capacidad de trabajo y de ingresos de la víctima. Más aún, que el factor corrector que nos ocupa indemniza la incapacidad profesional lo corrobora al propio Baremo Tabla VI que al final, cuando habla de perjuicio estético dice en el número 9 de las reglas de utilización: "La puntuación adjudicada al perjuicio estético no incluye la ponderación de la incidencia que éste tenga sobre las actividades del lesionado (profesionales y extraprofesionales), cuyo específico perjuicio se ha de valorar a través del factor de corrección de la incapacidad permanente."

Con ello se reconoce que el factor corrector por incapacidad permanente valora la incidencia en actividades profesionales y extraprofesionales. En este sentido pueden citarse las SSTs (1ª) de 25 de marzo de 2010, 20 de julio de 2011 y 30 de septiembre de 2013 entre otras. También las sentencias del Tribunal Constitucional 42/2003, de 30 de marzo y 222/2004, de 29 de noviembre en las que se dice que la reparación del lucro cesante se canaliza a través de los factores correctores de la Tabla IV.

B) Sobre el lucro cesante.

La mayoría, dado el contenido del debate que se produjo en la Sala, decide que debe repararse el lucro cesante e instrumental, "obiter dicta", los procedimientos para su fijación, protocolo de actuación con el que no se está de acuerdo, aparte de que no es propio fijarlo en un recurso de casación unificadora, porque no contiene la necesaria fundamentación jurídica, es abigarrado, excesivamente casuístico y hasta contradictorio, cual evidencian las reglas primera y segunda, al establecer primero una forma de compensar y luego otra que excluye de la compensación las mejoras pagadas por el empresario o gracias a las primas de seguro que abonó.

El lucro cesante, normalmente, será equivalente al cien por cien de los salarios dejados de percibir, salvo que se pruebe la posibilidad real (no sueños imaginarios de fortuna, como el del cuento de la lechera) de poder haber obtenido en el futuro unas retribuciones superiores

(ascensos, nuevas titulaciones, etc.). Ello es así, porque en los tiempos que corren los incapaces permanentes para la profesión habitual tienen difícil reciclarse, máxime si son mayores. Consecuentemente, el importe del lucro cesante será igual o superior al coste de la pensión de la Seguridad Social, lo que supondrá que la cuantía de esta capitalización no pueda usarse para minorar el importe de la indemnización global, pero sí el importe de la indemnización por lucro cesante cuando este sea superior, pues el mínimo a indemnizar por este concepto debe ser equivalente al capital coste de la prestación reconocida.

Pero para decir esto no hacía falta modificar la doctrina de la Sala sobre la Tabla IV, porque bastaba con decir que el lucro cesante por regla general será, como mínimo, equivalente al salario anual, dejado de percibir, pérdida que deberá ser capitalizada mediante los oportunos cálculos actuariales. Debe reiterarse que, nuestra doctrina permite apartarse de las reglas del Baremo motivando esa decisión, fundamentación que en este caso radica en la pérdida de ingresos que comporta la incapacidad para el trabajo. Cuestión distinta es la de la compensación de las indemnizaciones adeudadas por los distintos factores de corrección, problema al que se dedica otro apartado, ya que la sentencia de la mayoría (Fundamentos sexto-3-a) y noveno-3) dicen rectificar igualmente.

C) Sobre la COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO.

Si se rectifica la doctrina de la Sala y se dice que el factor corrector por la incapacidad permanente, para la ocupación habitual sólo repara daño moral, no había que entrar a resolver y modificar, igualmente, la doctrina sobre la compensación y el lucro cesante, cuestión ajena ya al recurso. Pero, como el origen de este recurso radica en la errónea compensación que llevó a cabo la sentencia recurrida, procede hacer algunas precisiones.

Se parte de un error de concepto, como es olvidar que la indemnización por daños y perjuicios que nos ocupa, la responsabilidad civil a la que remite el art. 123-2 de la L.G.S.S. en relación con el 1.101 del Código Civil, es complementaria de la responsabilidad de Seguridad Social objetiva con base a la que se da una indemnización tasada en la L.G.S.S. El carácter complementario de esta responsabilidad civil adicional comporta, como su nombre indica, que lo cobrado por prestación básica de la Seguridad Social es complementado (mejorado) con esta indemnización adicional. Pero como se trata de indemnizar y no de enriquecer debe operar la compensación de lo ya pagado por conceptos homogéneos. El problema se produce cuando la operación de compensar no se hace al final, previa fijación del lucro cesante real, sino con base en unas normas del Baremo cicatero sobre el particular. Quiere decirse que primero se fija el importe total del lucro cesante real (capitalización del 100 por 100 del salario anual que se deja de cobrar), luego se descuenta el importe del capital coste de la pensión de la seguridad social y después se condena al responsable a pagar la diferencia que pueda existir, sin que, claro es, esta operación pueda suponer una minoración del lucro cesante real, pero tampoco un incremento del mismo. El problema se produce cuando no se fija el lucro cesante total, sino una cantidad exigua que luego es compensada con el capital coste de la pensión de seguridad social y otros conceptos, pero este erróneo proceder debe subsanarse explicando nuestra doctrina sobre el cálculo del lucro cesante real y la forma de realizar la compensación diciendo que sólo se reduce lo abonado por lucro cesante en cuanto exceda del 100 por 100 del daño real por ese concepto.

Consecuentemente, no había necesidad de cambiar el criterio de la Sala, sino que bastaba con decir que el lucro cesante coincidía con el 100 por 100 del salario anual capitalizado y que no había lugar a compensar lo debido por ese concepto, según la sentencia de instancia, mientras no se probase que con su abono se superaba el pago del 100 por 100 del lucro cesante real.

D) Sobre la compensación de la mejora de las prestaciones sociales por cuenta del empresario responsable.

La mayoría parece entender que el lucro cesante es equivalente al capital coste de la seguridad social más la mejora de esas prestaciones de forma directa por el empresario o mediante el pago de una prima de seguro, lo que daría lugar a que lo pagado por la mejora no fuese compensable.

Tal conclusión es errónea porque la mejora dicha no puede considerarse lucro cesante, sino abono por los perjuicios económicos que causa la pérdida de la capacidad de ganancia. No es lucro cesante porque no es algo que cobrara el perjudicado en activo, sino una indemnización que causa tras el accidente y que no habría cobrado de no sufrir el accidente. Se trata, pues, de un pago que se hace para indemnizar por la pérdida de la capacidad de ganancia y, por ende, para compensar por el lucro cesante. Por ello, será compensable siempre que junto a los demás pagos se supere el 100 por 100 del lucro cesante real, supuesto en el que disminuirá el importe de la indemnización complementaria que por lucro cesante deba abonar el empresario.

Para terminar señalar que, pese a lo que dice la sentencia de la mayoría, la Sala Primera de este Tribunal acepta la doctrina de la compensación y aplica en su sentencia de 24-7-2008 (R. 1899/2001) con las prestaciones de seguridad social y con la mejora voluntaria de ellas, doctrina de la que se hacen eco, también, las sentencias de 23 de abril de 2009 (R. 288/09) y 31 de diciembre de 2008 (R. 840/08).

Corolario.

No se ha debido modificar la doctrina de la Sala porque la interpretación del Baremo Anexo al R.D.L. 8/2004 no es competencia nuestra sino de la Sala 1ª. Además, se han alterado los términos del debate y se ha dejado indefensa a las partes que no pudieron rebatir los argumentos que se dan "ex novo" por este Tribunal. Finalmente, resaltar que el cambio era innecesario porque bastaba con aclarar nuestra doctrina diciendo: el lucro cesante coincidirá, normalmente, con el 100 por 100 de la capitalización del salario anual del accidentado y la compensación de indemnizaciones por ese concepto sólo operará cuando la suma de las mismas supere ese 100 por 100, supuesto en el que se reducirá hasta alcanzar ese límite el último pago a efectuar por ese concepto por el empresario responsable del accidente.

Por las razones expuestas **se coincide con el fallo de la mayoría, pero se discrepa de los argumentos que utiliza**, la mayoría resolviendo obiter dicta cuestiones ajenas a la planteada en este recurso, que se ceñía a la incorrecta compensación de indemnizaciones llevada a cabo por la sentencia recurrida, problema que se habría resuelto, simplemente, haciendo una correcta "compensación".

Madrid, 23 de junio de 2014

Publicación. En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández y el voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sra. Dª María Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López, Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo Millán, Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.