

Sentencia T.S.J. Asturias 220/2011, de 21 de enero

RESUMEN:

Accidente de trabajo: Indemnización por daños y perjuicios. Incumplimiento de normas de seguridad. Incumplimiento de comprobaciones y pruebas adicionales de seguridad en una grúa que funciona las 24 horas diarias. El daño producido no fué imprevisible, y pudo haberse evitado si el empresario hubiera dado cumplimiento a las normas sobre seguridad. Indemnización. Deducción de la cuantía recibida por la entidad aseguradora.

OVIEDO

SENTENCIA: 00220/2011

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

C/ SAN JUAN N.º 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax:985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2010 0101654

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001607 /2010

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEM: 496/2009 del JDO. DE LO SOCIAL n.º: 3 DE GIJÓN

Recurrente/s: UTE DIQUE TORRES

Abogado/a: DANIEL ALVARIÑO HERAS

Recurrido/s: Fidel, BANCO VITALICIO DE ESPAÑA C.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS

Abogado/a: JULIO NIEDA FERNANDEZ, PEDRO LUIS CRESPO LAVEDAN

Sentencia n.º 220/11

En OVIEDO, a veintiuno de Enero 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. JOSE 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 1607/2010, formalizado por la Procuradora D.^a INES UCHA TOME, bajo la dirección del Letrado D. DANIEL ALVARIÑO HERAS, en nombre y representación de la empresa UTE DIQUE TORRES, contra la sentencia número 67/2010 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N.3 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 496/2009, seguidos a instancia de D. Fidel, representado por el Letrado D. JULIO NIEDA FERNANDEZ frente a la empresa UTE DIQUE TORRES y el BANCO VITALICIO DE ESPAÑA C.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, representado por el Letrado D. PEDRO CRESPO LAVEDAN, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-D. Fidel presentó demanda contra la empresa UTE DIQUE TORRES y el BANCO VITALICIO DE ESPAÑA C.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 67/2010, de fecha diecinueve de Febrero de dos mil diez.

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

1.º El trabajador Fidel prestaba servicios por cuenta de la Unión Temporal de Empresas (UTE) Dique Torres, como Oficial de 1.ª Gruista, en trabajos de movimiento de bloques de hormigón en el puerto de Gijón, en la obra contratada por la UTE con el Ayuntamiento de Gijón.

Utilizaba un pórtico grúa sobre cuatro ruedas, dotada de una cabina y cuatro cilindros hidráulicos separados dos a dos unos seis metros, uno contiguo a la cabina.

La cabina contaba con un asiento dotado de mecanismos de suspensión y de adaptación.

La grúa, que funcionaba las 24 horas del día, pasaba por periódicas revisiones y por las reparaciones necesarias a medida que surgían las averías.

El 5 de diciembre de 2006 rompía la camisa del cilindro guía de amortiguación situado al lado de la cabina, a consecuencia del uso y dado el poco espesor de fabricación de la pieza. La reparación conllevó la parada de la grúa durante unos quince días, el desmontaje, la elaboración de nueva pieza en taller, posterior instalación y montaje.

Con motivo de esa avería y al tiempo de efectuar la reparación, la U.T.E. no revisó el estado de los restantes cilindros.

El 23 de febrero de 2007, el Sr. Fidel manejaba la grúa desde la cabina. Cuando izaba una pieza de 40 toneladas, rompió una de las guías internas o camisa del cilindro de amortiguación situado al lado opuesto del contiguo a la cabina. Con ello la máquina osciló y en el movimiento así provocado el trabajador recibió la sacudida en el asiento de la cabina.

2.º El trabajador soportaba molestias a nivel de la columna lumbar desde el año 1998, entonces repartía bombonas de gas butano y pasaba por algún episodio de lumbalgia.

En el año 2005 registraba en ese segmento vertebral: moderados cambios degenerativos, disminución de la altura del disco intervertebral, pequeña hernia paramedial izquierda, cambios

degenerativos en ambos platillos articulares, esclerosis subcondral, formaciones osteofitarias anteriores y discreta disminución del diámetro del canal central, en L4-L5; disminución de la altura del disco intervertebral y hernia dorso-central de base amplia, en L5-S1S.

Con la sacudida del 23 de febrero de 2007 experimentó un cuadro lumbar de alta intensidad algida que, sobre dos profusiones discales en los dos últimos espacios lumbares con cambios Modic, aconsejaron el tratamiento médico y rehabilitación. No siendo exitoso el tratamiento, pasó a infiltraciones epidurales, igualmente fallidas y a infiltraciones facetarias que no dieron resultado, por lo que se impuso la intervención quirúrgica con artrodesis estática en L5-S1 y dinámica en L4-L5 practicada el 31 de julio de 2007, a la que siguió otra cirugía el 13 de agosto de ese año para recolocar un tornillo en pedículo izquierdo L5.

Tras la cirugía experimenta dolor lumbar y paralumbar, limitación de la flexión que llega a 50 cm dedos-suelo, en la extensión a 20.º y en inclinación dolorosa a 15.º No logra sedestación y ortostatismo prolongadas sin dolor, como tampoco deambulación continuada más allá de las dos horas.

3.º Pasó por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo desde el 23 de febrero de 2007 hasta el 26 de octubre de ese año, que fue alta con propuesta de invalidez.

El 18 de enero de 2008 la Dirección Provincial del INSS le declaraba en incapacidad permanente total por accidente de trabajo sobre un cuadro clínico residual de: hipoacusia neurosensorial de leve a moderada; protusión discal paramedial izquierda en L4- L5 y L5-S1, con cambios degenerativos; y signos de inestabilidad en columna lumbar.

No conforme con el grado de incapacidad permanente reconocido, el trabajador formuló reclamación previa el 20 de febrero de 2008, desestimada el 29 de abril de ese año.

Seguía demanda de declaración de incapacidad permanente absoluta por accidente de trabajo, que quedaba desestimada en sentencia de 23 de octubre de 2008.

4.º Durante el proceso de incapacidad temporal por accidente de trabajo el trabajador pasó veinte días de ingreso hospitalario.

Nacido el 20 de mayo de 1966 actualmente cuenta con ingresos por incapacidad permanente total, que ascienden a doce mensualidades anuales de 55% de una base reguladora de prestaciones de 2.627,52€ y 700€ que devenga por trabajos de agente-vendedor por cuenta de la ONCE.

En el año anterior al accidente de 23 de febrero de 2007 la retribución devengada, bruta y anual ascendía a 27.784'47€.

Recibió un total de 19.087,54€ en concepto de subsidio por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

A cargo de Groupama Seguros y Reaseguros SA recibió el 24 de abril de 2008 la suma de 25.000€, en concepto de indemnización por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, a cuenta de un seguro colectivo suscrito por U.T.E Dique Torres.

5.º El 22 de abril de 2009 el Sr. Fidel presentó papeleta de conciliación en el UMAC frente a U.T.E. Dique Torres, en reclamación de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del accidente de trabajo de 23 de febrero de 2007.

Se celebró el acto el 4 de mayo de 2009, que terminó sin avenencia.

6.º U.T.E. Dique Torres tiene suscrito contrato de seguro con Banco Vitalicio de España Cía. Anónima de Seguros y Reaseguros, que asegura la responsabilidad civil patronal hasta

2.000.000€, con franquicia de 60.000€ a cargo de la U.T.E. (póliza número 23- 427.001.445), para el período 1/3/2005 a 1/1/2011.

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 Fidel frente a U.T.E. Dique Torres y Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, y debo condenar y condeno a U.T.E. Dique Torres a que abone a Fidel la suma de 48.279,87€, en concepto de indemnización por daños y perjuicios sufridos en accidente de trabajo de 23 de febrero de 2007.

Esa suma devengará el interés legal del dinero desde el 22 de abril de 2009 hasta la fecha de esta sentencia; en adelante, y hasta el completo pago, devenga ese interés incrementado en dos puntos.

Que debo absolver y absuelvo a Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros de la pretensión resuelta en esta sentencia.

Cuarto.-Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la empresa UTE DIQUE TORRES 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 10 de junio de 2010.

Sexto.-Admitido a trámite el recurso se señaló el día 22 de julio de 2010 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-Frente a la sentencia de instancia que estimando en parte la demanda del actor condena a la empresa codemandada UTE Dique Torres a abonarle la suma de 48.279,87 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios sufridos en accidente de trabajo, se alza en suplicación la representación letrada de dicha empresa, recurso que es impugnado por la parte actora y por la entidad aseguradora codemandada Banco Vitalicio de España.

Segundo.-El recurso contiene un primer motivo en el que al amparo del art. 191 b) Ley de Procedimiento Laboral interesa la modificación y adición parcial del primero y segundo párrafo del hecho probado segundo donde consta el cuadro clínico que presentaba el trabajador antes del accidente laboral así como las secuelas derivadas de este.

El recurso basándose en los informes médicos de los f. 96,97, 100,107,110 y 277 del Hospital de Jove,120 (informe de Fremap); 478 (informe del Hospital Begoña), en el informe del EVI (f. 646 a 648), en el informe del Sespa (f.469) y en las sentencias del Juzgado de lo Social n.º 1 de Gijón(f.466 a 473), del TSJ de Asturias y del juzgado de lo Social n.º 3 de Gijón (f. 488 a 493), sostiene que tales documentos ponen de relieve que el trabajador ya padecía con anterioridad al accidente graves lesiones degenerativas en su columna lumbar y que son las mismas dolencias por las que el trabajador fue intervenido quirúrgicamente el 31-7-07 con artrodesis estática en L5-S1 y dinámica en L4-L5,censura fáctica que no procede acoger por cuanto en el ordinal segundo ya consta que el trabajador soportaba desde 1998 molestias a nivel de columna lumbar y se añade con suficiente detalle el cuadro clínico que presentaba la

columna vertebral en 2005 y por tanto antes del accidente de ahí que se estime innecesaria la adición postulada al efecto.

Tercero.-Por la vía del art. 191 c) Ley de Procedimiento Laboral se denuncia la errónea aplicación de lo dispuesto en los arts. 4-2 d), y 19 Estatuto de los Trabajadores y 42-1 de LPRL así como de la jurisprudencia emanada al respecto.

Alega en síntesis el recurso que la empresa era titular por arrendamiento de la maquina en el momento del evento dañoso y que adoptó todas las medidas necesarias para que la grúa-pórtico elefante fuera adecuada al trabajo que debía realizarse y por ello tal como consta en los informes médicos obrantes en autos, estima que no existe relación de causalidad entre los daños padecidos por el actor y el accidente.

El recurso tras invocar el art. 12-16 b) de la LISOS y el 14-2 de LPRL sostiene que la empresa había impartido las ordenes oportunas sobre la utilización de los mecanismos de seguridad, había instruido a sus trabajadores en el manejo de las maquinas, había vigilado el cumplimiento de las normas y no había asignado funciones ajenas a la categoría profesional, añadiendo que el trabajador ya sufría con anterioridad lesiones importantes en la columna lumbar.

De otro lado alega que no ha existido sanción alguna por parte de la Inspección de Trabajo o imposición de recargo de prestaciones por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y que la avería sufrida por la grúa el día del accidente fue prácticamente imperceptible para el trabajador y el informe de los f. 505 a 615 acredita que todas las revisiones y mantenimiento realizadas son las indicadas en el manual del fabricante y añade que no se ha acreditado que la empresa modificara el asiento sino que se limitaron a tapizarlo y en este sentido el informe de Fremap señala que el asiento dispone de sistema de amortiguación y que se adapta a los requisitos técnicos exigidos para este tipo de maquinaria (f. 485 a 487) y concluye insistiendo en que no existe relación de causalidad entre el leve siniestro sufrido por el trabajador y las dolencias sin que haya existido infracción alguna en materia de prevención por parte de la empresa.

Cuarto.-Constan en el inalterado relato fáctico los siguientes datos de interés en orden a la resolución del recurso: 1) El actor oficial de 1.ª gruista, prestaba servicios para la empresa demandada en trabajos de movimiento de bloques de hormigón en el puerto de Gijón y para ello utilizaba un pórtico grúa sobre cuatro ruedas, dotada de una cabina y cuatro cilindros hidráulicos separados dos a dos uno seis metros, uno contiguo a la cabina, contando esta con un asiento dotado de mecanismo de suspensión y de adaptación, funcionando la grúa 24 horas al día y pasando por revisiones periódicas y las necesarias a medida que surgían las averías.

2) El día 5 de diciembre de 2006 rompió la camisa del cilindro guía de amortiguación situado al lado de la cabina, debido al uso y dado el poco espesor de fabricación de la pieza, conllevando la reparación una parada de la grúa de quince días, así como el desmontaje, la elaboración de la una nueva pieza en el taller y su posterior instalación y montaje, sin que con motivo de esta avería la empresa revisara el estado de los restantes cilindros.

3) El día 23 de febrero de 2007 el trabajador manejaba la grúa desde la cabina y cuando izaba una pieza de 40 toneladas, rompió una de las guías internas o camisa del cilindro de amortiguación situado al lado opuesto del contiguo a la cabina y con ello la maquina osciló y en el movimiento así provocado el actor recibió la sacudida en el asiento de la cabina.

4) Esta sacudida dio lugar a un cuadro lumbar de alta intensidad algida, que sobre dos protrusiones discuales en los dos ultimas espacios lumbares, aconsejaron el tratamiento medico y rehabilitación y no siendo exitoso el tratamiento pasó a infiltraciones epidurales igualmente fallidas y a infiltraciones facetarias que tampoco dieron resultado por lo que se impuso la intervención quirúrgica el 31 de julio de 2007 con artrodesis estática en L5-S1 a la que siguió otra el 13 de agosto para recolocar un tornillo en pediculo izquierdo L5.

Tras la cirugía experimenta dolor lumbar y para lumbar, limitación de la flexión que llega a 50 cms dedos-suelo, en extensión a 20.º y en inclinaciones dolorosa a 15.º, no logra sedestación y ortostatismo prolongado sin dolor, ni deambulación continuada mas allá de dos horas.

5) Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 18 de enero de 2008 fue declarado en invalidez permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo por un cuadro de hipoacusia neurosensorial de leve a moderada, protrusión discal para medial izquierda en L4- L5 y L5-S1 con cambios degenerativos y signos de inestabilidad lumbar.

6) El trabajador soportaba molestias a nivel lumbar desde 1998 en que se dedicaba a repartir bombonas de gas butano y en 2005 presentaba en la columna vertebral moderados cambios degenerativos en ambos platillos articulares, esclerosis subcondral, formaciones osteofitarias anteriores y discreta disminución del diámetro del canal central en L4-L5 y de la altura del disco intervertebral y hernia discal de base amplia en L5-S1.

Quinto.-A la vista de dichos datos es claro que la empleadora no evaluó el potencial riesgo de que habiéndose producido recientemente una avería en la grúa pórtico que conducía el trabajador consistente en la rotura de la camisa de un cilindro hidráulico por su uso y desgaste, no comprobase el estado de los otros tres cilindros pues dicha avería tal como indica la sentencia constituía un serio aviso del inadecuado estado de la maquina y obligaba al empleador a prevenir y evitar otras constatando el estado de los restantes cilindros pues el uso de la grúa sobre cuatro cilindros es susceptible de provocar el mismo desgaste en las camisas de todos y cada uno de los cilindros y al efecto consta con valor de hecho probado en el quinto fundamento de derecho, que dicha comprobación no se llevó a cabo por ser una operación dificultosa pues suponía la retirada de un buen numero de tornillos y la parada de la maquina durante quince días, lo cual infringe diversas normas de seguridad, además de las genéricas de los artículos 14 y 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, otra más específica de la misma Ley como es el artículo 17 que obliga al empresario a adoptar las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos y, particularmente del Real Decreto 1.215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, disponiendo el artículo 4.2 que el empresario adoptará las medidas necesarias para que aquellos equipos de trabajo sometidos a influencias susceptibles de ocasionar deterioros que puedan generar situaciones peligrosas estén sujetos a comprobaciones y, en su caso, pruebas de carácter periódico, con objeto de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de seguridad y de salud y de remediar a tiempo dichos deterioros, normas que han sido infringidas dadas las circunstancias concurrentes pues si bien es cierto que la empresa había realizado las comprobaciones habituales y rutinarias, en este caso el mantenimiento exigía como señala la sentencia una comprobación adicional dada la importancia de lo ocurrido dos meses antes y en este sentido la jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil extracontractual, llega a imponer esa responsabilidad incluso cuando se han cumplido las normas reglamentarias aplicables, una vez ese cumplimiento se revela insuficiente, pues al no existir imprevisibilidad y no ser en modo alguno imposible la evitación del daño, pues es claro que para una empresa dedicada a la actividad de explotación de esta clase de maquinarias no resulta en modo alguno imprevisible que se produjera una nueva avería por desgaste de un cilindro en una grúa que funcionaba las 24 horas del día sometida a grandes cargas como son las piezas de 40 toneladas que izaba en el momento del accidente. Por lo tanto, al no existir esa imprevisibilidad y al no ser en modo alguno imposible la evitación del daño, no se puede admitir que estemos ante un hecho fortuito.

Sexto.-Subsidiariamente el recurso denuncia la errónea aplicación de lo dispuesto en los arts. 1101 y 1103 del Código Civil y del anexo incorporado en el R. Decreto Legislativo 8/2004 así como la jurisprudencia emanada al respecto.

Alega en primer lugar que la sentencia para limitar la responsabilidad de la misma toma en consideración las dolencias previas al accidente que sufría el trabajador estimando al efecto

que la responsabilidad de la empresa es de un 66% y la de trabajador de un 33% y en este sentido sostiene que no se puede achacar la mayor parte del siniestro a la ausencia de un mantenimiento extraordinario de la grúa pórtico pues a su juicio es claro que de no sufrir el trabajador graves problemas degenerativos en su columna con anterioridad al accidente y siendo este leve, no hubiera tenido que operarse y es por ello que la responsabilidad de la empresa debe ascender en el peor de los casos al 40% debiendo soportar el trabajador el otro 60%.

Al respecto hay que decir que la sentencia del Tribunal Supremo de 20.1.2010, recogiendo los postulados de la Sentencia de la Sala Primera del Alto Tribunal de 12.7.2007, establece que "la culpa de la víctima no rompe el nexo causal que proviene del agente externo -en este caso los incumplimientos de la empresa-, salvo cuando el daño se ha producido de forma exclusiva por una actuación culposa imputable a la víctima. El daño es imputable también a la empresa, porque si no se hubieran producido las omisiones en materia de prevención que le son imputables el accidente no hubiera tenido lugar. Cuando se produce esta concurrencia de culpas, de forma que las dos actuaciones (la del empresario y la de la víctima) determinan la producción del resultado fatal, no cabe exonerar de responsabilidad al empresario, como ha hecho la sentencia recurrida, sino que, a partir de una generalización de la regla del artículo 1103 del Código Civil, hay que ponderar las responsabilidades concurrentes moderando en función de ello la indemnización a cargo del agente externo (sentencias de la Sala de lo Civil de este Tribunal de 21 de marzo de 2000, 21 de febrero de 2002, 25 de abril de 2002, 11 de julio de 2008 y 17 de julio de 2008). Como señala la sentencia de 21 de febrero de 2002, "el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos".

En el presente caso, la sentencia de instancia valora no sólo el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales por parte de la empresa sino también el que el trabajador sufría una patología degenerativa anterior en la columna lumbar que resulto dañada y que contribuyó al resultado lesivo y esta valoración que cifra en un 66 % a cargo de la empresa y en un 33% del trabajador, no resulta ilógica o irracional dadas las circunstancias concurrentes, lo que determina que no quepa sostener los argumentos del recurso, considerando que la situación previa de la columna, ha contribuido al resultado del accidente en al menos un 60%, pues no consta que el trabajador hubiera estado antes en IT y es lo cierto que a resultas del accidente ha sido declarado en invalidez permanente total, para su profesión habitual y en todo caso la causa del accidente, fue la sancionable falta de mantenimiento de la grúa por parte de la empresa, por ello se estima adecuado el porcentaje fijado en la sentencia a cargo de la empresa demandada que, de otro lado, no ha sido impugnado por el trabajador.

Séptimo.-En segundo lugar sostiene que la sentencia señala la existencia de tres secuelas, la primera que valora en 10 puntos derivada de la artrodesis con material de osteosíntesis, la segunda que valora en 15 puntos derivada de algias y dolor lumbar y paralumbar y la tercera valorada en 17 puntos por limitación de la movilidad de la columna y al respecto alega que la segunda no parece reflejada en capítulo 2 del anexo que recoge la columna cervical y la pelvis, sino que se confunde con la tercera pues la limitación de la movilidad de la columna causa algias y dolores y por tanto los puntos serían 26 y no 37 y aplicando el baremo de 2008 el valor del punto para un hombre de 40 años es de 1.268,84 por lo que el importe por este concepto es de 32.989,34 euros más los 8.752,32 euros que se fijan por daño moral por los días incapacitantes y de hospitalización y siendo el porcentaje de responsabilidad empresarial el citado 40%, equivale a 16.696 euros.

Esta pretensión tampoco puede prosperar pues resultan, correctamente valoradas las secuelas físicas derivadas del accidente y en este sentido cabe apuntar que del inmodificado relato fáctico, se deriva que las secuelas físicas indemnizables son la intervención quirúrgica de artrodesis realizada en los espacios L5-S1 y L4-L5 de la columna lumbar con material de osteosíntesis que en una horquilla de 5-15 se valora en 10 puntos, de otro lado la imposibilidad de mantener posturas por el dolor lumbar que le impide la sedestación y el ortostatismo prolongado así como la deambulacion continuada más allá de dos horas sin dolor valorada en 15 puntos en el apartado referido a alteraciones de la estática vertebral (1-20) y finalmente la

limitación de la movilidad de la columna que ha quedado reducida a un 45% respecto de la normal y que en una horquilla de 2-25 se valora con 17 puntos.

De otro lado en cuanto a la pérdida económica que sufrió el trabajador y la reducción operada en el subsidio de IT, la juez mantiene unos perjuicios de 6.362,51 euros, es decir un 25% de su base reguladora y durante el periodo de IT, pero teniendo en cuenta la facultad moderadora del art. 1103 del Civil, considera el recurso que le corresponde abonar a la empresa un 40% que asciende a 2.545 euros, pretensión que no resulta atendible por cuanto ya queda dicho que el tanto de responsabilidad de la empresa se cifra en un 66 % y por tanto en 4.241,67 euros.

Finalmente aduce que de los 30.000 euros solicitados por lucro cesante 25.000 ya han sido abonados por la aseguradora Groupama en concepto de seguro colectivo y 2.545 se corresponden con la indicada pérdida económica en IT lo que hace un total de 27.545 euros que sería la cantidad que correspondería por lucro cesante sin que pueda aceptarse que los 30.000 euros solicitados en la demanda por pérdidas económicas serán superiores hasta que el trabajador alcance los 55 años en cuyo caso la pensión de invalidez permanente ascenderá al 75% de la base reguladora pues el propio trabajador reconoce que actualmente presta servicios para la ONCE percibiendo un salario mensual de 700 euros y por todo ello estima el recurso que al trabajador le corresponderían 16.696 euros por daños morales incluidos los corporales y 2.545 por lucro cesante (descontando los 25.000 ya abonados) lo que hace un total de 19.241,66 euros.

Habiendo solicitado el demandante por el concepto de lucro cesante la suma de 30.000 euros que opera como límite máximo a conceder y constanding probado que recibió de Groupama por el seguro colectivo 25.000 euros procede descontar esta cantidad puesto que las mejoras pactadas en el Convenio Colectivo aplicable, son compensables con lo cobrado por lucro cesante así como los 4.241,67 euros como lucro cesante por incapacidad temporal de modo que le correspondería la cantidad de 758,13 euros mas como quiera que la recurrente admite que le corresponden al actor por lucro cesante 2.545 euros, esta cantidad sumada a los 43.279,87 hacen un total de 45.824,87, dando ello lugar en definitiva a la estimación parcial del recurso por cuanto en la instancia se le habían reconocido la suma total de 48.279,87 euros.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Se estima en parte el recurso formulado por la representación letrada de la empresa UTE DIQUE TORRES contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Gijón en los presentes autos seguidos sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo a instancias de D. Fidel y siendo demandados el recurrente y BANCO VITALICIA DE ESPAÑA COMPAÑÍA A NO NIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, que se revoca en el sentido de fijar la indemnización a abonar al demandante en la suma de CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTAS VEINTICUATRO CON OCHENTA Y SIETE EUROS (45.824,87), manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia impugnada.

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.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o causahabiente suyo, beneficiario de la Seguridad Social o persona que tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, incluidos el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos, deberá consignar la cantidad de 300 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL

SUPERIOR DE JUSTICIA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso.

Pásense las actuaciones al Sr. 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.