



Roj: **STSJ CL 1554/2018** - ECLI: ES:TSJCL:2018:1554

Id Cendoj: **47186340012018100797**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2018**

Nº de Recurso: **142/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAQUEL VICENTE ANDRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 00992/2018

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

NIG: 24115 44 4 2016 0000999

Equipo/usuario: JCC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000142 /2018 V

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000484 /2016

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña Higinio

ABOGADO/A: EMMA LOPEZ ALVAREZ

PROCURADOR: MARIA JESUS TRIMIÑO REBANAL

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: ALLIANZ COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, MAPFRE EMPRESAS S.A. ,
TELEFONICA INSURANCE SA , **TELEFONICA** DE ESPAÑA S.A.

ABOGADO/A: , JOSE RODRIGUEZ-MONSALVE GARRIGOS , MARIA BELEN FERNANDEZ CALVO , DANIEL
PINTOR ALBA

PROCURADOR: , ANTOLINA HERNANDEZ MARTINEZ , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , ,

Il'tmos. Sres.:

D. Manuel M^a Benito López

Presidente de Sección

D^a Susana M^a Molina Gutiérrez

D^a. Raquel Vicente Andrés/

En Valladolid a 31 de mayo de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación núm. 142/2018, interpuesto por **D. Higinio** contra la Sentencia del Juzgado de lo Social N° Uno de Ponferrada, de fecha 16 de octubre de 2.017 , (Autos núm. 484/2016), dictada a virtud de demanda promovida por **el precitado recurrente** contra **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., TELEFÓNICA INSURANCE S.A. Y MAPFRE EMPRESAS S.A.** sobre **RECLAMACIÓN DE CANTIDAD**.

Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA Raquel Vicente Andrés**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 4 de octubre de 2.016 se presentó en el Juzgado de lo Social núm. Uno de Ponferrada demanda formulada por D. Higinio en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los términos que consta en su parte dispositiva.

SEGUNDO. - En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:

" **Primero.-** Desde el 14 de marzo de 1989 don Higinio , con DNI NUM000 y nacido el NUM001 de 1964, vino prestando servicios, encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, para la empresa **Telefónica de España, S.A.U.** con categoría profesional de operador auxiliar de planta externa.

La relación laboral se regía por el Convenio Colectivo de **Telefónica de España, S.A.U.** para los años 2011-2013, prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2014 (BOE de 4 de agosto de 2011).

Segundo.- Las funciones del operador auxiliar de planta externa implican la conducción de furgonetas; el mantenimiento y reparaciones del cableado conductor de telefonía y fibra óptica; la carga, descarga y utilización de escaleras de mano para trabajos en altura, de motobomba de achique de aguas en pozos de registro, de grupo electrógeno y de bobinas de cableado; la apertura de arquetas y pozos subterráneos de registro; trabajos en altura sobre escalera apoyada en poste de línea; estirado y canalizado manual de cableado y trabajos en el interior de pozos subterráneos de registro. Todo ello comporta la manipulación manual de cargas, los movimientos repetitivos, los sobreesfuerzos y la adopción de posturas forzadas.

El trabajador recibió formación de modo continuado a cargo de la empresa.

Tercero.- El 14 de mayo de 2002 don Higinio , durante su jornada laboral, hubo de levantar una arqueta de hormigón, momento en que sintió un fuerte dolor en la región lumbar por lo que fue atendido en los servicios médicos de la empresa donde se le expidió parte de baja por accidente de trabajo con diagnóstico de lumbalgia.

El 17 de junio de 2002 se le realizó resonancia magnética que arrojó deshidratación parcial del disco L4-L5 con protrusión circunferencial y probable existencia de hernia subligamentosa posterior que condicionaba mínima rectificación no compresiva de la cara anterior del saco y raíz emergente. En L5-S1 reveló hernia discal paramedial izquierda con compresión de saco y raíz emergente.

El 7 de agosto de 2002 fue sometido el paciente a estudio neurofisiológico que evidenció un patrón denervativo crónico leve-moderado en el territorio radicular L5-S1 del miembro inferior izquierdo.

El Sr. Higinio fue sometido a tratamiento rehabilitador con mejoría incompleta.

La médico de la empresa expidió parte de alta por curación el 23 de agosto de 2002.

El 10 de octubre de 2002 fue explorado en la clínica Ponferrada por el Dr. Carlos Ramón que aconsejó tratamiento quirúrgico.

La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social calificó el accidente como leve.

Cuarto.- En el reconocimiento médico de empresa efectuado el 21 de septiembre de 2001 don Higinio fue calificado como apto para su puesto de trabajo, sin diagnósticos relevantes.

En los practicados entre el 4 de octubre de 2002 y el 9 de mayo de 2012 obtuvo la misma calificación pese a que en todos ellos figuraban los diagnósticos de degeneración del disco torácico o lumbar y/o la lesión del nervio ciático.

No fue hasta el de 18 de marzo de 2009 cuando se hizo constar la recomendación de "evitar la realización de sobreesfuerzos".

En particular, el de 9 de mayo de 2012 reseñaba discopatía lumbar, dolor lumbar y de pierna derecha continuo por hipolordosis lumbar y flexión dolorosa, y expresaba como riesgo susceptible de vigilancia el de "caída a distinto nivel por uso de escalera portátil exterior -postes de hormigón- de madera". Todos ellos recomendaban seguir las instrucciones del especialista en traumatología o neurocirugía para el tratamiento de la patología lumbar.

Quinto.- Entre el 3 de noviembre y el 15 de diciembre de 2004 don Higinio permaneció en situación de incapacidad temporal por contingencia profesional con diagnóstico de lumbalgia.

El 20 de marzo de 2006 fue atendido en la Clínica Ponferrada por lumbalgia aguda manifestada al bajar del coche mientras trabajaba. No le fue pautada baja médica. Al día siguiente hubo de acudir al centro de salud de San Antonio.

Sexto.- El 10 de febrero de 2007 la compañía Seguros de Vida y Pensiones **Antares**, S.A. abonó al trabajador una indemnización por importe bruto de 7.698,97 euros, equivalente al 7% del capital asegurado por secuelas funcionales permanentes como consecuencia del accidente de trabajo sufrido el 14 de mayo de 2002 y como indemnización por la incapacidad permanente parcial declarada.

Séptimo.- En 2012, tras ser recibido en consulta por la médico de empresa a causa del incremento de sus dolencias con ocasión del desarrollo de sus tareas laborales, fue sometido a resonancia magnética el 19 de junio. Examinados sus resultados tanto por los servicios médicos especializados de la empresa como por los del Sacyl el 23 de julio de 2012, ambos concluyeron que el paciente prestaba lumbociatalgia crónica por hernias discales L4-L5 y L5-S1, lo que le limitaba severamente para las tareas propias de su puesto de trabajo, dado que debía evitar cargar pesos. Recomendaron una futura intervención quirúrgica para artrodesar las zonas afectadas.

Don Higinio puso en conocimiento del médico de la empresa dichos informes, sin actuación alguna por su parte.

Octavo.- El 27 de septiembre de 2012 el trabajador se disponía a trabajar con una escalera de madera de doble tramo, de unos 20 kilos de peso que sacó de la furgoneta y cargó sobre su hombro, momento en que sintió un fuerte dolor en la zona lumbar con paralización de la pierna derecha, por lo que hubo de lanzar la escalera sin que lo golpease y apoyarse en el suelo después.

Fue atendido en urgencias por lumbociatalgia de esfuerzo y dado de baja por accidente laboral el 28 de septiembre de 2012. El 2 de octubre de 2012 recibió el alta hospitalaria, mantenido en tratamiento médico y rehabilitador, a la espera de ser sometido a intervención quirúrgica.

Promovido expediente de incapacidad permanente, el 26 de marzo de 2013 fue declarado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en incapacidad permanente total para su profesión habitual con derecho a percibir una prestación del 55% de la base reguladora de 3.254,58 euros.

Recurrida la resolución por Mutua Fraternidad Muprespa, que consideraba las lesiones no definitivas, el INSS resolvió a su favor por lo que con efectos de 1 de septiembre de 2013 don Higinio fue repuesto a la situación anterior, debiendo continuar bajo tratamiento médico.

Ese mismo día 1, al reincorporarse al puesto de trabajo, causó baja médica por recaída. El 22 de octubre de 2013 fue sometido a intervención quirúrgica para fijación instrumentada de L4-L5-S1 y foraminotomía izquierda L5-S1.

El 9 de diciembre de 2014, sobre la base del dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades del 28 de noviembre anterior, fue declarado afecto de incapacidad permanente total con derecho a percibir, tras la oportuna reclamación previa, una pensión del 55% de la base reguladora de 3.262,50 euros. Disconforme don Higinio con el grado de incapacidad reconocido y agotada la vía previa, obtuvo en fase de suplicación sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 12 de abril de 2016, declarativa de incapacidad

permanente absoluta, que alcanzó firmeza el 25 de mayo de 2016, y le otorgaba derecho a percibir el 100% de la base reguladora de 3.262,50 euros con efectos del día 5 de diciembre de 2014.

Actualmente don Higinio permanece sometido a tratamiento psiquiátrico por trastorno adaptativo mixto surgido a raíz de todo el proceso y en la Unidad del Dolor, dado que la cirugía fue fallida y está pendiente de reintervención.

Noveno.- Durante el proceso iniciado tras el accidente de 27 de septiembre de 2012, don Higinio hizo frente a 323,52 euros en gastos de farmacia .

Décimo.- El 5 de diciembre de 2014 la compañía Seguros de Vida y Pensiones **Antares**, S.A. abonó al Sr. Higinio un importe bruto de 279.940,31 euros, en concepto de indemnización por la incapacidad permanente absoluta, en virtud del seguro colectivo de riesgo y plan de pensiones de empleados de **Telefónica** concertados por la empresa y a que estaba adherido don Higinio . Dicho importe fue fijado tomando en consideración el clausulado de la póliza, esto es, el capital base asegurado equivalente a 4 anualidades de salario regular multiplicado por dos, al tratarse de contingencia derivada de accidente de trabajo.

A su vez, entre el 5 de diciembre de 2014 y el 12 de abril de 2016 don Higinio vino percibiendo a cargo de **telefónica** de España, S.A.U., como complemento de su pensión de incapacidad permanente total, la mejora de convenio cifrada en 734,03 euros mensuales, por un total de 3.575,44 euros.

Decimoprimer.- Presentada por el Sr. Higinio papeleta de conciliación frente a **Telefónica** de España, S.A.U. ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación en fecha 4 de diciembre de 2015, en **reclamación del abono de 155.008,16 euros por los daños y perjuicios sufridos, fue celebrado el acto el día 30 de diciembre de 2015, con el resultado de sin avenencia.** El acta dejaba a salvo, en el capítulo relativo a las alegaciones del demandante, que se le declarase en situación de incapacidad permanente absoluta, caso en el que podría incluirse una partida en tal sentido.

Decimosegundo.- **Telefónica** de España, S.A.U. tuvo contratada una póliza de responsabilidad civil con Allianz, con vigencia entre el 31 de marzo de 2002 y el 31 de marzo de 2003, en orden a la cobertura de las eventuales responsabilidades civiles derivadas de los daños y perjuicios personales y/o materiales ocasionados a terceros con ocasión del ejercicio de su actividad.

Allianz fue notificada de la demanda en julio de 2017.

Entre el 1 de junio de 2012 y el 1 de mayo de 2013 dicha cobertura fue asumida por **Telefónica** Insurance, S.A. La cláusula sexta del contrato garantizaba las reclamaciones efectuadas como máximo dentro de los tres años siguientes a la fecha de rescisión de la misma y siempre que se hubiesen dirigido por primera vez contra el asegurado durante el periodo de vigencia de la póliza y que fueren notificadas al asegurador durante dicha vigencia o en los doce meses posteriores a la cancelación o no renovación de la misma.

La primera comunicación recibida por **Telefónica** Insurance, S.A. del siniestro tuvo lugar en julio de 2017, con ocasión de la ampliación de la demanda originadora de los autos.

Mapfre tuvo suscrita póliza de seguro de responsabilidad civil con **Telefónica** de España, S.A.U. desde el 31 de marzo de 2005 hasta el 31 de mayo de 2009 y desde el 1 de julio de 2013 hasta la actualidad.

En marzo de 2017 Mapfre tomó conocimiento de la demanda presentada frente a ella y del siniestro que la motivaba"

TERCERO.- Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por D. Higinio que fue impugnado por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A., MAPFRE** , y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte impugnante solicita revisión de hechos probados para que se incorpore el siguiente ordinal decimotercero: "en conciliación administrativa efectuada el día 30 de diciembre de 2015, se solicitó la cantidad global de 155.008, 16 euros y en la demanda se solicitó como cantidad global la de 247890,51 euros como indemnización global por las secuelas sufridas por el accidente laboral."

El acta de conciliación no es un documento hábil a efectos revisorios.

Se invoca infracción del art. 59 del ET . En primer término, hemos de señalar que el art. 197 1 de la LRJS (EDL 2011/222121) señala que ". Interpuesto el recurso en tiempo y forma, el secretario judicial proveerá en el plazo de dos días dando traslado del mismo para su impugnación, a la parte o partes recurridas por un plazo común de cinco días para todas ellas. En los escritos de impugnación, que se presentarán acompañados de tantas



copias como sean las demás partes para su traslado a las mismas, podrán alegarse motivos de inadmisibilidad del recurso, así como eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias, aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia, con análogos requisitos a los indicados en el artículo anterior." Lo que no puede tener cabida por tanto en el escrito de impugnación es la formulación de motivos de revisión basados en infracción de normas sustantivas al amparo del art. 193 c dado que éstos últimos debían haberse articulado mediante la interposición del oportuno recurso de suplicación, la STS 15 de octubre de 2013 dice que naturaleza del escrito de impugnación no es similar a la del rec. de suplicación, por lo que no cabe plantear por esta vía lo que hubiera podido ser objeto de un rec. de suplicación ciñéndose solo a motivos de inadmisibilidad, rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias. El auto de 17 de julio de 2017 dice claramente que en el escrito de impugnación del recurso de suplicación el impugnante puede limitarse a oponerse al recurso de suplicación o puede alegar : motivos de inadmisibilidad del recurso, rectificaciones de hechos y causas de oposición subsidiarias; y que en dicho escrito únicamente se puede interesar la confirmación de la sentencia recurrida, pero en modo alguno puede ser el cauce adecuado para la anulación o revocación total o parcial de la sentencia impugnada que es lo que hace el impugnante en su escrito por lo que no ha lugar a valorar el mismo en relación con la pretendida alegación de declaración de las cantidades prescritas que supondría revocación de sentencia en relación con la cuantía reconocida en la misma, excediendo claramente los límites de la impugnación.

La representación de DON Higinio interpone recurso de suplicación interesando al amparo de lo dispuesto en el art. 193 b de la LRJS , modificación del hecho probado décimo: " el cinco de diciembre de 2014, la compañía de seguros de vida y pensiones **Antares S.A** reconoció al Sr. Higinio un importe bruto de 279.940, 31 euros que fue abonado a través de rentas mensuales, en concepto de indemnización por la incapacidad permanente absoluta, en virtud del seguro colectivo de riesgo y plan de pensiones de empleados de **telefónica** concertados por la empresa y a que estaba adherido D. Higinio . Dicho seguro colectivo es consecuencia del art. 67 del convenio colectivo aplicable que consta en el hecho probado primero, manifestando dicho artículo: la empresa tiene concertada a su cargo con **ANTARES** una póliza de grupo de carácter colectivo que cubre los riesgos de fallecimiento e invalidez absoluta para todo trabajo. En esta póliza se incluirán todos los empleados de la empresa. El capital asegurado será de tres veces la retribución fija anual reconocida a cada empleado, en los supuestos en que el fallecimiento o la invalidez absoluta para todo trabajo sean consecuencia de enfermedad común y el doble de esta cantidad en los supuestos en que el fallecimiento o la invalidez absoluta sean consecuencia de accidente. "Dicho importe fue pues tomando en consideración el clausulado de la póliza en consonancia con lo dispuesto en el convenio colectivo. Consta recibo de la indemnización en el que se efectúa de la cantidad citada 279.940, 31 euros la cantidad de 114.258, 87 euros correspondiente a la retención del IRPF de 40,84 por cien. A su vez entre el cinco de diciembre de 2014 y el 12 de abril de 2016, Don Higinio vino percibiendo a su cargo de **telefónica** de España SAU como complemento de su pensión de incapacidad permanente total, la mejora de convenio cifrada en 734, 03 euros mensuales por un total de 3575,44 euros. "

Son requisitos para que surta efecto la revisión:

Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder.

b) Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio.

c) Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que se deduzca de forma patente, evidente, directa e incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba.

d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez «a quo» en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.

e) El error debe ser concreto, evidente y cierto, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, ni puede basarse en documentos o pericias a las que se hayan opuesto documentos o pericias por la otra parte, precisándose, por ello, de una actividad de ponderación por parte del juzgador. - Sentencias de 13 de marzo (AS 2003 \2815), 2 de octubre , 4 y 6 de noviembre de 2003 (JUR 2004\88558), entre otras muchas.

La revisión no va a prosperar por cuanto la documental propuesta ya fue objeto de análisis por el juzgador de instancia, sin que de la misma pueda inferirse error valorativo, recordando que estamos ante un recurso extraordinario y no una segunda instancia, cuya revisión solo se admite si se evidencia el error arbitrario, palpario, evidente e irrazonable, extremo este que no acaece en el caso de autos.

SEGUNDO. AL amparo de lo dispuesto en el art. 193 c) de la LRJS se interesa revisión por infracción de los arts. 1101 , 1106 del CC , art. 1.4 del CC , art. 42 de la LPRL tabla IV y tabla IV de la resolución de 24 de enero de 2012.

Consta como hecho probado décimo cuyo redactado ha permanecido inalterado que la compañía de Seguros de Vida **Antares** S.A abonó al actor un importe de 279.940,31 euros en concepto de indemnización por la incapacidad permanente absoluta, en virtud de seguro colectivo de riesgo y plan de pensiones de empleados de **telefónica** concertados por la empresa y a que estaba adherido el actor. Asimismo, como mejora de convenio el actor percibió como complemento de su pensión de IPT la cantidad de 3575,44 euros

Debemos recordar la doctrina expuesta sobre el particular:

La STS, Sala de lo SoCIAL 12-9-2017 (rec. núm. 1855 2015) que nos habla sobre la compatibilidad y no descuento del abono del daño moral en relación con las prestaciones percibidas o complemento de las mismas. El factor corrector de la tabla IV del baremo de accidentes de tráfico alude exclusivamente al daño moral y debe percibirse íntegro, sin que de su importe puede deducirse cantidad alguna por imputación a incapacidad ya compensada mediante prestaciones de la Seguridad Social o mejoras voluntarias de éstas.

De este modo calculados los daños morales con arreglo al Baremo, de tales cuantías no cabe descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social, ni por el complemento de las mismas; y ello con independencia de que se tales prestaciones afecten a la situación de incapacidad o a las lesiones permanentes.

La STS de 7 de marzo de 2018 dice lo siguiente: atándose en ambos casos de supuestos relativos a indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de accidentes laborales, a consecuencia de los cuales los dos trabajadores fueron declarados en IPT, las sentencias comparadas alcanzan soluciones distintas en relación con la compensación o descuento de una indemnización pactada en convenio colectivo, en concepto de mejora voluntaria, puesto que, mientras la sentencia recurrida considera que tal mejora solo debe compensarse con la partida del lucro cesante, pero no con la totalidad de la indemnización de daños y perjuicios percibida como consecuencia del accidente de trabajo, la sentencia referencial considera que tal mejora, por entenderla homogénea, ha de descontarse del monto total de la indemnización por daños. STS del pleno de la sala de 23 de junio de 2014, rcud. 1257/2013, se dejó claro que la indemnización derivada de una previsión convencional como la contemplada en la sentencia recurrida no resulta compensable con la indemnización de daños y perjuicios derivada del accidente de trabajo al obedecer a conceptos indemnizatorios diferentes, es decir, no homogéneos. En dicha sentencia del pleno se dejó sentado que: «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».

Debemos en primer término así analizar la cuantía de 3575,44 euros que como se ha dicho fueron abonados en concepto de mejora convencional por la situación de IPT entendemos que la misma no puede ser compensada con la cuantía percibida por el actor como indemnización de daños y perjuicios en virtud de seguro colectivo por cuanto como se ha indicado en cita de la reseñada sentencia del TS de 7 de marzo de 2018, tales conceptos no son homogéneos y por tanto no compensables.

En cuanto a la indemnización de daños morales, como se ha indicado hay un cambio de criterio, tras sentencia de Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2017, nuevamente se corrige criterio anterior y se sientan la siguientes directrices relativas a la no compensación del daño moral ya que el factor corrector de la tabla

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

De este modo calculados los daños morales con arreglo al Baremo, de tales cuantías no cabe descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social, ni por el complemento de las mismas; y ello con independencia de que se tales prestaciones afecten a la situación de incapacidad o a las lesiones permanentes.

Ahora bien, la juzgadora acoge tal criterio desde el momento en que descuenta del daño moral el lucro cesante: lucro cesante si es que nos fijáramos las rentas dejadas de percibir por el fallecido y su familia: en cualquier caso, tales prestaciones no integran el daño moral que, como vimos, sí forma parte sin duda de la "indemnización básica". Que es la argumentación que se recoge en la reseñada Sentencia del Tribunal Supremo por lo que ningún error normativo acaece.

En cuanto a la premisa básica del recurso también debe decaer por cuanto la indemnización percibida por el actor lo fue en virtud de un seguro colectivo de riesgo concertado por la empresa y al que estaba adherido Higinio, no se trata por tanto de los descuentos a que alude el alto tribunal en relación con la indemnización de daños y perjuicios relativa a indemnización por mejora voluntaria pactada en convenio, pero sí lo es el concepto 3575,44 euros, por lo que tal punto debe ser reconocido y revocada la resolución de instancia en el mismo.

Por lo expuesto y,

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso formulado por la representación de Higinio contra sentencia dictada por el juzgado de lo social nº 1 de Ponferrada en autos sobre Po 484 2016, revocando la misma en parte en el sentido de reconocer al actor además de la cuantía ya reconocida por el juzgador de instancia de 53899,81 euros la cantidad de 3575,44 euros, dejando inalterado el resto de pronunciamientos.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta Capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la correspondiente certificación incorporándose su original al libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia cabe recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en los números 2 y 3 del artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta núm. 4636 0000 66 142/18 abierta a **no mbre** de la Sección 1ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Santander, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 0005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo, deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso, que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.C de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.