

EDJ 2010/186933

AP A Coruña, sec. 3ª, S 7-5-2010, nº 161/2010, rec. 437/2009

Pte: Fernández-Porto García, Rafael Jesús

Resumen

Estima la AP parcialmente los recursos de apelación de ambas partes litigantes contra la sentencia de primera instancia que había estimado parcialmente la demanda de reclamación de cantidad como abono de indemnización por daños producidos en accidente de circulación. La Sala determina la existencia de error aritmético en las cantidades entregadas a cuenta por la aseguradora demandada y que deben deducirse de las indemnizaciones, la procedencia del abono del interés moratorio del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro si bien devengados a la fecha de la sentencia de instancia al apreciarse concurrencia de culpas, en cuanto a las partidas a indemnizar, debe estimarse en lo referente a la intervención de cirugía plástica, siendo compatible con el resarcimiento por la secuela estética, y debe indemnizarse por el coste de contratación de un empleado durante el tiempo que el perjudicado estuvo en situación de incapacidad laboral transitoria, dado su carácter de trabajador autónomo, siendo tal indemnización por daño emergente que son los gastos en que ha tenido que incurrir para no cerrar la empresa perdiendo clientela, debe ser disminuida parcialmente la cantidad de indemnización por incapacidad permanente total de la codemandante ya que ha de tenerse en cuenta la enfermedad previa que la misma sufría, y también procede la corrección de ciertos errores aritméticos en el cálculo matemático de las indemnizaciones.

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 8/2004 de 29 octubre 2004. TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor art.1.2

Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro art.20

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	21

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN

RESPONSABILIDAD

Concurrencia de culpas

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

En accidente de circulación

Prueba de los daños

Importe

SEGUROS

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR

Obligaciones

Recargos por demora en el pago

Automóvil

SENTENCIA

INCONGRUENCIA

Concepto y alcance

Sentencia congruente

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Aseguradora, Lesionado; Desfavorable a: Aseguradora, Lesionado

Procedimiento: Apelación, Juicio Ordinario

Legislación

Aplica art.1.2 de RDLeg. 8/2004 de 29 octubre 2004. TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor

Aplica art.20 de Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro

Cita RDLeg. 8/2004 de 29 octubre 2004. TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor

Cita Ley 34/2003 de 4 noviembre 2003. Modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados

Cita art.218, art.398.2, art.449.3, art.576 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita dad.15 de Ley 50/1998 de 30 diciembre 1998. Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Cita Ley 30/1995 de 8 noviembre 1995. Ordenación y Supervisión de Seguros Privados

Cita RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

Cita art.4 de LO 3/1989 de 21 junio 1989. Actualización del Código Penal

Cita art.9.3, art.15 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.3.1, art.1104, art.1124 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 8 abril 2010 (J2010/31645)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Prueba de los daños STS Sala 1ª de 25 marzo 2010 (J2010/26264)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 4 marzo 2010 (J2010/14200)

Cita en el mismo sentido sobre SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 7 enero 2010 (J2010/3497)

Cita en el mismo sentido sobre ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN - RESPONSABILIDAD - Concurrencia de culpas, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 26 octubre 2009 (J2009/245665)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 7 julio 2009 (J2009/150920)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 18 junio 2009 (J2009/150895)

Cita en el mismo sentido sobre ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN - RESPONSABILIDAD - Concurrencia de culpas, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 18 mayo 2009 (J2009/112076)

Cita en el mismo sentido sobre SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 23 abril 2009 (J2009/62987)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 23 abril 2009 (J2009/62981)

Cita en el mismo sentido sobre SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 17 abril 2009 (J2009/62980)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 16 abril 2009 (J2009/56244)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 12 marzo 2009 (J2009/25499)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 25 febrero 2009 (J2009/19044)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 30 octubre 2008 (J2008/209687)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 18 septiembre 2008 (J2008/166706)

Cita en el mismo sentido sobre SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe STS Sala 1ª de 23 julio 2008 (J2008/128041)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Prueba de los daños, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil SAP La Coruña de 18 abril 2008 (J2008/112973)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil SAP La Coruña de 7 diciembre 2007 (J2007/316531)

Cita en el mismo sentido sobre SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 21 diciembre 2007 (J2007/243043)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 11 diciembre 2007 (J2007/233296)

Cita en el mismo sentido sobre SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 18 julio 2007 (J2007/100771)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 13 junio 2007 (J2007/70092)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 4 junio 2007 (J2007/70060)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 17 abril 2007 (J2007/57893)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 6 febrero 2007 (J2007/21011)

Cita en el mismo sentido sobre SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 5 marzo 2007 (J2007/13401)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 7 febrero 2007 (J2007/7306)

Cita en el mismo sentido sobre ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN - RESPONSABILIDAD - Concurrencia de culpas, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 8 marzo 2006 (J2006/24786)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 27 octubre 2004 (J2004/159570)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 1 marzo 2003 (J2003/3620)

Cita en el mismo sentido sobre ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN - RESPONSABILIDAD - Concurrencia de culpas, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 26 abril 2002 (J2002/10230)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 julio 2001 (J2001/16257)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 marzo 2001 (J2001/7537)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 6 octubre 2000 (J2000/41044)

Cita en el mismo sentido sobre SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STC Pleno de 29 junio 2000 (J2000/13213)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 8 abril 2000 (J2000/4365)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 5 noviembre 1999 (J1999/32881)

Cita en el mismo sentido sobre ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN - RESPONSABILIDAD - Concurrencia de culpas, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe, SEGUROS - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Recargos por demora en el pago - Automóvil STS Sala 1ª de 17 septiembre 1998 (J1998/18354)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 30 abril 1998 (J1998/2852)

Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 17 enero 1997 (J1997/339)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 19 noviembre 1994 (J1994/9013)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 20 noviembre 1991 (J1991/11001)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 15 febrero 1991 (J1991/1583)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 14 enero 1991 (J1991/208)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 1 diciembre 1989 (J1989/10819)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 15 octubre 1984 (J1984/7399)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Aceptando los de la sentencia de 20 de junio de 2008, aclarada por auto de 16 de marzo de 2009, dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Betanzos, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que estimando en parte la demanda interpuesta por el procurador Sr. Pedreira del Río, en nombre y representación de D. Primitivo y Dª Consuelo debo condenar y condeno a Axa Seguros y Reaseguros, S.A. a indemnizar a D. Primitivo con la cantidad de siete mil cuatrocientos treinta y siete con ochenta y cinco euros (7.437,85 euros) y a Dª Consuelo con la cantidad de noventa y un mil trescientos setenta y nueve euros (91.379,07 euros).

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

Por auto de 16 de marzo de 2009 se corrigió error material en la precedente resolución, en el sentido de que «la cantidad total a indemnizar a Dª Consuelo ha de ser de 74.729,48 euros».

SEGUNDO.- Presentados escritos preparando recursos de apelación por D. Primitivo y Dª Consuelo, así como por "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros", se dictó providencia teniéndolos por preparados, emplazando a las partes que habían prepa-

rado los recursos para que en términos de veinte días los interpusieran, por medio de los respectivos escritos. Deducidos en tiempo los escritos interponiendo los recursos, se dio traslado por término de diez días, presentándose escritos de oposición. Con oficio de fecha 6 de julio de 2009 se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia con fecha 9 de julio de 2009, fueron turnadas a esta Sección, donde se registraron bajo el número 437/2009, y se dictó providencia admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, designando ponente, y acordando esperar el término del emplazamiento. Se personó en esta alzada el procurador D. Marcial Puga Gómez en nombre y representación de "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros", en calidad de apelante; y efectuando de igual modo su personamiento la procuradora D^a Carmen Belo González, en nombre y representación de D. Primitivo y D^a Consuelo, en calidad de apelantes. Se tuvo por personados a los mencionados procuradores, en las representaciones que respectivamente acreditaban, quedando el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese. Por providencia de 12 de enero de 2010 se señaló para votación y fallo el pasado día 27 de abril de 2010.

CUARTO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones legales; y, siendo ponente el Ilmo. Magistrado Sr. D. RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ PORTO GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada en cuanto no discrepen de los que se exponen a continuación.

A) Recurso de apelación interpuesto por los demandantes D. Primitivo y D^a Consuelo:

SEGUNDO.- Error aritmético en las cantidades entregadas a cuenta por "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros", que deben deducirse de las indemnizaciones.- En el primer motivo del recurso de apelación se plantea que la sentencia apelada descontó la totalidad de las cantidades que "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros" había abonado a los demandantes, a cuenta de los indemnizaciones que les correspondiesen, lo que debe considerarse como un error. Se alega que es preciso restar algunos conceptos (gastos médicos) que se abonaron anticipadamente por la aseguradora, y que por lo tanto no son objeto de reclamación en la demanda, por lo que:

1º.- Debe considerarse como pagado a D. Primitivo la cantidad de 59.251,99 euros; y no los 59.999,99 euros que establece la sentencia.

2º.- Debe considerarse como abonado a D^a Consuelo la cantidad de 67.511,68 euros; y no los 67.953,76 euros que establece la sentencia.

El motivo debe ser estimado.

Es cierto que ya en la demanda se alude a la totalidad de las cantidades que "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros" entregó a los perjudicados con anterioridad a este litigio, pero distíngue entre lo que correspondería a indemnización por días de incapacidad, y lo que es reembolso de gastos médicos y similares. Estos conceptos se dan por pagados, y ya no se reclaman en el escrito rector.

No obstante, debe puntualizarse que:

1º.- La cuantía que mencionan los recurrentes en cuanto a D. Primitivo es correcta:

ENTREGAS A CUENTA

FECHA IMPORTE

12/07/2002 4.243,57 #

14/10/2002 2.661,66 #

30/01/2003 3.906,63 #

10/05/2004 48.440,13 #

TOTAL 59.251,99 #

2º.- Pero no acontece lo mismo en cuanto a la atribuida a D^a Consuelo, pues el cálculo correcto es:

ENTREGAS A CUENTA

FECHA IMPORTE

12/07/2002 4.560,69 #

14/10/2002 2.661,66 #

30/01/2003 3.906,63 #

10/05/2004 56.383,24 #

TOTAL 67.512,22 #

La razón de la diferencia estriba en que, en la cantidad correspondiente a la entrega de 10 de mayo de 2004, la parte no contabiliza los 24 céntimos.

TERCERO.- Aplicación del interés previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219, o subsidiariamente "ope legis" el legal incrementado en dos puntos desde la interposición de la demanda.- Este motivo se fundamenta en que el 19 de julio de 2002 D. Primitivo y D^a Consuelo suscribieron sendos escritos, en los que se contiene una cláusula por la cual renuncian a recibir el interés del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219; y consideran que dicho contrato se resolvió, según

comunicación remitida por los recurrentes mediante burofax, ante el incumplimiento de la aseguradora en la satisfacción de los pagos pactados, que supondría renunciar a un derecho futuro, y que es un negocio jurídico unilateral.

El motivo debe ser estimado.

1º.- Realmente se está planteando la calificación jurídica, alcance y resolución de las obligaciones plasmadas en esos documentos; pese a que en el suplico de la demanda no se solicita la resolución del supuesto contrato de transacción.

Aunque, tal y como están redactados, serían unas meras actas de manifestaciones de los perjudicados (pues la aseguradora no figura como concurrente al otorgamiento, ni consta que suscriba el documento), debe estimarse que sí estamos en presencia de un contrato, que genera obligaciones para ambas partes: Está redactado en papel de "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros", aparentemente por personal de esa entidad, contiene una serie de obligaciones por parte de la aseguradora, e inicialmente cumple lo que se acordaba.

La prueba practicada evidencia que "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros" no cumplió correctamente con sus obligaciones. Los pagos por días de incapacidad se demoran injustificadamente (cuando el compromiso era abonarlos dentro de los diez primeros días del mes siguiente). Nunca se llega a realizar ofrecimiento alguno por las secuelas. Es más, lejos de pagar, en el juicio de faltas se presenta un aval bancario. Es decir, sí existió un incumplimiento por parte de la aseguradora, que justifica la resolución al amparo de lo establecido en el artículo 1124 del Código Civil EDL 1889/1 . Concurren pues los requisitos exigidos jurisprudencialmente (Ts. 14 de febrero de 2007, 5 de noviembre de 1999 EDJ 1999/32881 , 30 de abril de 1998 EDJ 1998/2852 , 20 de diciembre de 1977 EDJ 1997/339 , 20 de noviembre de 1991 EDJ 1991/11001 , 15 de febrero de 1991 EDJ 1991/1583 y 1º de diciembre de 1989 EDJ 1989/10819 , entre otras muchas):

a) Que las obligaciones sean realmente recíprocas. D. Primitivo y Dª Consuelo se comprometieron a seguir un sistema extrajudicial para el resarcimiento de los daños personales sufridos; y la aseguradora se comprometía a realizar una serie de pagos en unos tiempos determinados.

b) Que al tiempo que se ejercite la acción sean exigibles las mismas, por haber vencido los plazos que pudieran haberse establecido.

c) Que el reclamante haya cumplido las obligaciones que le incumbieren, ya que no puede prosperar la acción si quien la ejercita no ha cumplido plenamente lo que le incumbe o han incumplido ambos contratantes (Ts. 27 de octubre de 2004 EDJ 2004/159570 , 8 de abril de 2000 EDJ 2000/4365 , 14 de enero de 1991 EDJ 1991/208 , 27 de diciembre de 1990 y 15 de octubre de 1984 EDJ 1984/7399 .

Y d) Que aparezca lo que tradicionalmente se venía conociendo como "una voluntad en el demandado deliberadamente rebelde al cumplimiento de su obligación", que actualmente se ha matizado jurisprudencialmente en el sentido de que ni en la letra ni en el espíritu del artículo 1124 aparece como requisito que el incumplimiento del deudor haya obedecido a esa voluntad "deliberadamente rebelde", no es necesario que exista un incumplimiento doloso, no se precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento. Basta para la resolución la existencia de una mera pasividad morosa que frustre el fin del contrato, una persistente desatención de las obligaciones; que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados; o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Ts. 4 de junio de 2007 EDJ 2007/70060 y 1 de noviembre de 2003 EDJ 2003/3620 .

El compromiso adquirido de seguir un sistema extrajudicial para la liquidación del daño se frustra desde el momento en que la aseguradora deja de abonar las indemnizaciones en la forma establecida.

Como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2010 EDJ 2010/14200 (Cendoj STS 781/2010), 6 de octubre de 2000 EDJ 2000/41044 , 20 de junio de 1996, 3 de junio de 1996 y 19 de noviembre de 1994 EDJ 1994/9013 , entre otras, la resolución de un contrato, por el supuesto incumplimiento, al amparo de lo establecido en el artículo 1124 del Código Civil EDL 1889/1 , se produce extrajudicialmente. Una de las partes notifica a la otra su deseo resolutorio. Pero si el otro contratante se opone o resiste a esa resolución es requisito ineludible que se solicite de un Tribunal de Justicia declaración de la procedencia de esa resolución. Pretensión que debe ejercitarse en todo caso bien mediante la pertinente demanda, bien mediante la reconvencción, no siendo idónea la vía de la excepción. En el presente caso se constata que "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros", una vez que recibe el burofax de resolución, mantiene la postura pasiva precedente. No da respuesta alguna. Y es ahora cuando invoca la renuncia al interés del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 . Por lo que, a todos los efectos, debe considerarse que el contrato estaba válidamente resuelto.

2º.- En todo caso, siempre procedería el devengo del interés desde la sentencia de instancia, no debiendo aplicarse nunca los moratorios previstos en el artículo 1104 del Código Civil EDL 1889/1 , ni tampoco los procesales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , que está expresamente excluidos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 (Ts. 7 de julio de 2009 EDJ 2009/150920 , 16 de abril de 2009 EDJ 2009/56244 , 13 de junio de 2007 EDJ 2007/70092 , 6 de febrero de 2007 EDJ 2007/21011 .

3º.- Ahora bien, lo anterior no implica, como parecen pretender los recurrentes, que se estime el planteamiento plasmado en su demanda, y que deban devengarse los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 en cuanto a las cantidades percibidas al amparo del mencionado convenio. La renuncia es ineficaz para las entregas realizadas una vez resuelto. Pero esos pagos se hicieron bajo una condición aceptada. Por lo que no pueden devengarse intereses en cuanto a las tres primeras entregas.

4º.- En cuanto a la última entrega, ya en sede judicial, así como al exceso reconocido en sentencia, debe plantearse si procede el devengo del interés del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 desde la fecha del siniestro, una vez descartado que puede aplicarse la renuncia al interés plasmada en los documentos referenciados.

El artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 de 8 de octubre de 1980, establece en su regla octava, en la redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre EDL 1995/16212 , que «no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundado en una causa justificada o que no le fuere

imputable». La aplicación del precepto ha dado lugar a una abundante jurisprudencia (Ts. 8 de abril de 2010 (Cendoj STS 1520/2010) EDJ 2010/31645 , 7 de enero de 2010 EDJ 2010/3497 , 23 de abril de 2009 EDJ 2009/62987 , 17 de abril de 2009 EDJ 2009/62980 , 21 de diciembre de 2007 EDJ 2007/243043 , 11 de diciembre de 2007 EDJ 2007/233296 , 17 de octubre de 2007 de 2008), 18 de julio de 2007 EDJ 2007/100771 , 13 de junio de 2007 EDJ 2007/70092 , 5 de marzo de 2007 EDJ 2007/13401 , 7 de febrero de 2007 EDJ 2007/7306 que se caracteriza por la aplicación casuística del precepto, pero de la que pueden extraerse los siguientes principios generales:

a) La norma se establece para atajar el problema práctico de utilizar el proceso como maniobra dilatoria para retrasar o dificultar el cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización. Al igual que la exigencia que se impone de constituir el depósito de la condena para poder recurrir en el artículo 449.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 (y cuyo antecedente remoto es la Disposición Adicional Primera, 4, de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio EDL 1989/13595).

b) Para determinar si la oposición al pago es justificada debe procederse al análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso.

c) Debe considerarse que la aseguradora no incurre en mora, cuando:

1) La causa de la oposición se centra en la existencia misma del siniestro, sus causas, o posibles fraudes con indicios que lo avalen.

2) Se cuestiona de forma objetivamente razonable si el asegurado debe o no responder del evento dañoso; y, en consecuencia si la aseguradora debe responder en virtud de la póliza de seguro de responsabilidad civil. O en los supuestos en que se aprecia concurrencia de culpas (Ts. 26 de octubre de 2009 EDJ 2009/245665).

3) Si existen discrepancias serias sobre la cobertura del seguro, que hace inexorable la intervención del órgano jurisdiccional. Siempre que el origen de las discrepancias está en la defectuosa redacción del clausulado general por la propia aseguradora (Ts. 7 de enero de 2010 EDJ 2010/3497 , 18 de mayo de 2009 EDJ 2009/112076).

d) Por el contrario, la aseguradora incurre en mora, y no es causa justificada:

1) La mera oposición al pago frente a la reclamación por el asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, máxime cuando ni se ha consignado u ofrecido el pago del importe mínimo.

2) Cuando el debate jurídico no versa sobre la cobertura del siniestro por el seguro, o la existencia del siniestro, sino sobre la aplicación de determinadas cláusulas del contrato de seguro.

3) Cuando se han realizado ofrecimientos de pago por las aseguradoras, pero condicionados a la renuncia del asegurado o perjudicado a la acción; pues no hay verdadero ofrecimiento de pago, sino más bien una propuesta o intento de transacción carente de idoneidad para descartar la mora de la entidad aseguradora.

En el presente recurso la existencia del siniestro era obvia y nunca se discutió; las causas también estaban determinadas. Por lo que no existe dificultad alguna para establecer la procedencia de la indemnización. Pero al apreciarse la concurrencia de culpa, por no utilizar los lesionados el cinturón de seguridad, el inicio del devengo del interés debe datarse a la fecha de la sentencia de instancia.

CUARTO.- Consideración como impeditivos de todos los días de sanidad no hospitalarios durante el período de baja laboral de D. Primitivo.- En este motivo lo que se plantea es que deben considerarse como impeditivos todos los días que D. Primitivo estuvo incapacitado para el desempeño de sus ocupaciones habituales.

El motivo no puede ser estimado.

El concepto de día de "incapacidad temporal", y por extensión el de "sanidad", a efectos del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063 suele ser objeto de frecuentes equívocos. El problema quizá parte de la una falta de definición en dicho baremo. En el número 11 de la norma primera del baremo exclusivamente se menciona que «En la determinación y concreción de... las incapacidades temporales, así como en la sanidad del perjudicado, será preciso informe médico». Y en la segunda, al explicar la tabla IV, en el apartado C se hace referencia a que «Estas indemnizaciones... se determinan por un importe diario... multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión...». Siguiendo la definición del Diccionario de la Real Academia (primera regla del artículo 3.1 del Código Civil EDL 1889/1 para la interpretación de las normas jurídicas), sanar es "restituir a alguien la salud que había perdido". Por lo que el concepto de sanidad a estos efectos habría que ponerlo en relación con el momento en que el lesionado obtiene la restitución de su salud. Pero esta concepción es excesivamente simplista, porque no resuelve las cuestiones esenciales, especialmente en las situaciones intermedias: cuando se establece la sanidad con secuelas (la secuela implica que el lesionado no obtuvo la restitución de su salud precedente); así como la necesidad de cuidados médicos y farmacológicos se extenderá más allá de la sanidad en sentido legal.

En el ámbito civil no es aplicable el concepto propio de la legislación social, sino que debe acudir al concepto de la medicina legal. El concepto de sanidad, desde el punto de vista médico legal debe ponerse en relación con la idea de "estabilidad lesional". La sanidad se alcanza cuando se estabiliza la mejoría de la lesión. En el momento en que la actividad médica no obtiene una "mayor curación", una progresión en la salud. En ese momento se produce la sanidad desde el punto de vista médico legal, con la secuela correspondiente.

Que el lesionado siga precisando cuidados médicos, farmacológicos, atención de terceros, fisioterapia, o acuda a distintos especialistas en la búsqueda de una segunda opinión, o en un intento desesperado de seguir mejorando, o para paliar las molestias o incapacidades asociadas a la secuela, no altera la data de la sanidad.

A modo de ejemplo, cuando una persona sufre un esguince cervical, la aseguradora abonará los días de curación, los gastos sanitarios (normalmente relajantes musculares y fisioterapia), y por último la indemnización correspondiente por las secuelas que le puedan quedar (por ejemplo la clásica cervicalgia); y ahí finaliza su obligación resarcitoria. No obstante, dependiendo de la actividad laboral del lesionado, sabemos que en el futuro, con mayor o menor frecuencia, casi siempre va a precisar periódicamente tomar medicación analgésica, miorreajantes musculares, e incluso sesiones de fisioterapia. Pero esta medicación y atención sanitaria ya no es sufragada

por la aseguradora, sino por el perjudicado. Ni afecta a la estabilidad lesional. La lesión sigue igual que cuando se dató la sanidad a efectos médico legales; lo que se trata es la sintomatología asociada a la secuela.

Realmente el problema que se plantea radica en determinar el concepto de "día impositivo". En el apartado A) de la Tabla V del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063, al regular las indemnizaciones por "incapacidad temporal", en las indemnizaciones básicas distingue entre días con estancia hospitalaria y sin estancia hospitalaria. Y entre los segundos, a su vez los subdivide en día "impositivo" y día "no impositivo". La propia tabla contiene una llamada al pie, en la que se especifica que «se entiende por día de baja impositivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual». Expresión que en lugar de servir a la finalidad de aclarar conceptos, en realidad introduce más confusión.

Debe tenerse en consideración que la redacción original del baremo pecó de intentar trasladar al ámbito de las indemnizaciones civiles por accidentes de tráfico unas tablas, expresiones y conceptos propios del ámbito de la Seguridad Social. Según se desprende del contenido del artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443, la situación de incapacidad laboral es aquella derivada de una enfermedad o accidente que ocasiona que un trabajador "esté impedido para el trabajo". Y esta es la idea que se traslada al baremo; hasta el punto que el límite máximo inicial era de dieciocho meses (según mención que se interlineaba en esta tabla), al igual que en el precepto comentado de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443. Como se dijo, se copian términos y conceptos del ámbito social. La consecuencia es que el concepto de baja médica (cuando sea transitoria) e incapacidad temporal son coincidentes a efectos de la Seguridad Social. Lo que supone que el trabajador, durante ese período, está impedido para realizar sus actividades laborales habituales. Lo que obligaría a sostener, siguiendo esta interpretación, que todos los días de baja laboral constituyen período de incapacidad temporal, y además debería considerarse siempre como días impositivos. Y así era en el baremo en su origen. Simplemente no había distinción entre días impositivos y no impositivos, sino sólo entre hospitalarios y no hospitalarios.

La distorsión en la interpretación se produce porque esta subdivisión o distinción entre día "impositivo" y "no impositivo" (que como se dijo no figuraba en el texto inicial del baremo instaurado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre EDL 1995/16212) se introduce por la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 50/1998, de 30 diciembre EDL 1998/46308, sin que en la Exposición de Motivos figure referencia alguna a la razón de la modificación. Pero lo que se implanta no es un concepto trasladado del ámbito del Derecho Social. Incluso la terminología y la definición que se inserta es contradictoria en sí misma. Si estamos en el ámbito de la incapacidad temporal (estar impedido para el trabajo) como se titular la tabla V, y los días "impositivos" los definimos como aquéllos en que «la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual», ante la definición coincidente, la pregunta es obvia ¿cuáles son los días constitutivos de una incapacidad temporal, y que no son impositivos? Siguiendo los conceptos mencionados, simplemente no existen: todos los días de incapacidad temporal son impositivos por definición.

La forma de llegar a una correcta interpretación de la norma (artículo 3.1 del Código Civil EDL 1889/1) es buscar una explicación a lo acontecido, su origen e intención del legislador. Al principio, como se dijo, sólo se contemplaban los días hospitalarios y los no hospitalarios de incapacidad (valorándose aquéllos en un 133% más que en éstos). Pero se consideró que con esta simple distinción no se contemplaban todos los supuestos. Dejando al margen aquellas situaciones que se venían abonando como días hospitalarios aunque el paciente no estuviese ingresado en un centro sanatorial (por ejemplo cuando tenía que guardar cama en su domicilio, precisaba el auxilio de una tercera persona para las actividades más elementales (comer, asearse, ir al baño, darle la medicación, etcétera) e incluso recibía los servicios sanitarios a través de la llamada "hospitalización a domicilio"), se observó que existían situaciones en la que pese a no ser una estancia hospitalaria (ni poder asimilarse), los padecimientos eran de tal intensidad que no quedaban debidamente indemnizados (por ejemplo, la persona escayolada de una extremidad inferior, o de varias, que precisa una ayuda casi constante para muchas tareas ordinarias). Y es por eso que se introduce ese "tertius genus" (días impositivos) cuya valoración casi duplica el día no impositivo (que sigue manteniendo la misma proporción indemnizatoria que el día sin estancia hospitalaria original), y se acerca más al día de hospitalización. Pero no es un concepto traído del campo del Derecho Social, sino de la Medicina Legal.

Así entendido, la distinción real no está, como dice la aclaración de la llamada, en que «la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual», sino en las actividades de la vida ordinaria. Si la víctima no está impedida para desempeñar su ocupación o actividad habitual, no puede estar en situación de incapacidad temporal. El matiz diferenciador debe buscarse en un "plus" en el padecimiento. No es simplemente estar de baja, sino además tener unas limitaciones físicas significativamente impositivas, unos padecimientos, unos dolores, el requerir el auxilio de terceras personas de forma significativa. Siguiendo el ejemplo expuesto, son situaciones impositivas la víctima que tiene ambas piernas enyesadas, que tiene que ir en una silla de ruedas, que debe ser auxiliado para casi todo. Pero no lo es quien rompe el radio y se lo enyesan, pues puede hacer casi todas las tareas de la vida diaria sin auxilio alguno. En un esguince cervical son días impositivos los primeros, en los que la paciente sufre intensos dolores y molestias, precisa medicación analgésica, tiene problemas hasta para los pequeños movimientos cervicales, e incluso puede serle dificultoso conciliar el sueño por el dolor; pues le merma de forma significativa el desarrollo de su vida ordinaria. Pero no son impositivos por el mero hecho de tener que portar un collarín, sin mayores repercusiones, porque puede realizar casi todas las actividades de la vida diaria. Y desde luego, no son impositivos los días invertidos para recibir mera rehabilitación ordinaria (cuestión distinta son supuestos excepcionales de terapias rehabilitadoras que incluso se asemejan bastante a estancias hospitalarias). Siguiendo el ejemplo expuesto, una vez que a una persona que tuvo una fractura de fémur inicia la rehabilitación, puede realizar la mayor parte de sus actividades diarias de forma autónoma, invierte sólo unas pocas horas al día en las sesiones, y no tiene mayores limitaciones. E igual cuando se acude a fisioterapia para relajar los músculos cervicales. Son unos días más o menos molestos y aún no alcanzó la sanidad (por eso se indemnizan), pero no son impositivos (que es lo que justifica una indemnización muy superior).

Por último, pugna con el sentido común la tesis de que la baja laboral y los días improductivos puedan coincidir en la actualidad. Según esa tesis, una persona estaría impedida para su trabajo habitual de una forma muy significada, y al día siguiente podría incorporarse plenamente a su trabajo. Siempre existe un período intermedio hasta alcanzar la sanidad.

QUINTO.- Porcentaje corrector del 10%. - El siguiente motivo del recurso pretende que se incremente el porcentaje por perjuicios económicos, del apartado b de la tabla, como factor de corrección, al 10%, en lugar del 5% fijado en la sentencia de instancia. Esta pretensión se reproduce al tratar sobre el porcentaje en incremento de las indemnizaciones básicas por secuelas, haciéndolo extensivo a la otra apelante.

El motivo no puede ser estimado.

Las tablas que indica, en su primer nivel, fijan un primer tramo, un aumento de la indemnización básica, en un porcentaje de «hasta el 10» por ciento. Expresión, que como se ha dicho reiteradamente, no puede interpretarse que el 10% sea el porcentaje mínimo, pues el tenor literal de la norma (artículo 3.1 del Código Civil EDL 1889/1) no es ese; sino que irá del 0% al 10%, vinculándolo a unos ingresos netos anuales del perjudicado (en el año 2003) de hasta 21.997,57 euros. Dado que, según consta en sus declaraciones por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sus ingresos netos personales están muy alejados de ese tope máximo, el porcentaje corrector fue correctamente determinado.

SEXTO.- La sentencia no respeta las secuelas y puntuación reconocidas en la contestación a la demanda en cuanto al perjudicado D. Primitivo.- Se afirma por estos recurrentes que la sentencia no reconoce todas las secuelas que se aceptan en la contestación a la demanda. Se viene a sostener una supuesta incongruencia de la sentencia de instancia, con infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ; e incluso se insiste en que la Juzgadora de instancia aplica erróneamente la fórmula de incapacidades concurrentes, y frente a los 41 puntos que se aceptan en la contestación a la demanda, los minor a 39 puntos.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- En la contestación a la demanda, en puridad, no se reconoce secuela alguna. Prueba de ello es que su petición final es «que se desestime la demanda interpuesta». El que se cuestione la existencia de secuelas concretas, o en su caso se fije una puntuación inferior, no resulta vinculante en cuanto no suponga un reconocimiento expreso del daño personal. Luego la sentencia nunca incurriría en incongruencia.

2º.- No es cierto que la sentencia de instancia reconozca menos secuelas que las supuestamente aceptadas en la contestación a la demanda; ni que las puntúe con un valor inferior al que se dice admitido:

CONCEPTOS DEMANDA CONTESTACIÓN SENTENCIA

DÍAS DE SANIDAD:

Hospitalarios 23 días 23 días

Improductivos 200 días 200 días

No improductivos 96 días 96 días

Incremento apartado B 5% 5%

SECUELAS

Síndrome postconmocional 5 puntos 8 puntos

Depresión postconmocional se niega no se reconoce

Pérdida de sustancia ósea se niega no se reconoce

Material de osteosíntesis en cara 5 puntos 5 puntos

Hipoestesia rama maxilar 7 puntos 8 puntos

Hipoestesia rama mandibular

Epifora 4 puntos 4 puntos

Fractura acúñamiento 50% D4 6 puntos 6 puntos

Fractura acúñamiento 50% D5 6 puntos 6 puntos

Fractura acúñamiento 50% D12 6 puntos 6 puntos

Dorsalgia se niega no se reconoce

Lumbociatalgia unilateral se niega no se reconoce

Dolor tobillo derecho se niega no se reconoce

Incremento perjuicio económico 5% 5%

Incapacidad permanente se niega no se reconoce

Daños futuros apdo. 7 se niega no se reconoce

PERJUICIO ESTÉTICO 8 puntos 9 puntos

Cirugía plástica se niega no se reconoce

GASTOS:

Gestoría se niega no se reconoce

Sueldo se niega no se reconoce

Seguridad Social se niega no se reconoce

Vehículo sustitución se acepta se reconoce

Gastos médicos se acepta se reconoce

Mercancía no se acepta no se reconoce

Ropa se acepta se reconoce

Es decir, la sentencia no solo respetaría escrupulosamente los conceptos y puntuaciones que supuestamente se aceptarían en la contestación a la demanda, sino que en algún caso se incrementa la puntuación. Todo ello a pesar de que el perito judicial, Dr. Marco Antonio, cuestionó la relación de causalidad del síndrome postconmocional; así como de la epifora, matice que los acúñamientos de las vértebras dorsales son del 25% en dos casos, y del 12% en el tercero; e indique que el perjuicio estético causado por la cicatriz no puede verlo a simple vista, teniendo que recurrir a una lupa, considerándolo inapreciable. A lo que debe añadirse que en todos los casos se han otorgado puntuaciones del rango medio alto del arco posible.

3º.- Tampoco es cierto que se haya aplicado mal la fórmula de las incapacidades concurrentes:

CONCEPTOS PUNTOS FORMULA REDONDEO

Síndrome postconmocional 8

Hipoestesia rama maxilar trigémino 8 15,36 16,00

Fractura acúñamiento 50% D4 6 21,04 22,00

Fractura acúñamiento 50% D5 6 26,68 27,00

Fractura acúñamiento 50% D12 6 31,38 32,00

Material de osteosíntesis 5 35,40 36,00

Epifora 4 38,56 39,00

TOTAL 43 38,56 39,00

SÉPTIMO.- Reconocimiento de secuelas establecidas por perito de la parte y puntuación.- Bajo una alegación genérica relativa a que la puntuación nunca podría ser inferior a 60 puntos, y una sesgada valoración del informe rendido por el médico que intervino a instancia de los propios recurrentes, se van analizando distintas secuelas para pretender bien que se reconozcan, bien que se incremente su puntuación. Submotivos que deben analizarse separadamente, omitiendo aquellas secuelas en las que la parte manifiesta su conformidad con la puntuación fijada en la sentencia:

1º.- Puntuación no inferior a 60 puntos.- Se ignora en base a qué argumento jurídico pretende la parte que, en cualquier caso, no se fije una puntuación global inferior a 60 puntos. Sus discrepancias con el sistema de baremación del daño corporal no pueden tener trascendencia jurídica alguna.

2º.- Informe pericial de parte.- El informe médico confeccionado a instancia de la parte no puede ser atendido, ni imponer sus conclusiones sobre las demás pericias. Soslayando que, vistas las aclaraciones realizadas en el acto del juicio, claramente se trata de un informe complaciente y magnificado, debe significarse que en las actuaciones obran cinco informes médicos: dos de las partes, uno de la médico forense rendido en el juicio de faltas que precedió a las presentes actuaciones, y dos de peritos judiciales designados aleatoriamente por el Juzgado de instancia. Y los otros cuatro informes rechazan la existencia de las secuelas que refiere este perito a mayores de las reconocidas.

3º.- Síndrome postconmocional.- Solicita el recurrente que se eleve la puntuación fijada en la instancia (8 puntos), a la máxima (15 puntos), por la existencia de una depresión leve, que agravaría el cuadro de esta secuela.

El argumento no puede ser compartido.

En primer lugar, debe significarse que en la demanda se solicitaron 12 puntos; y ahora se elevan a 15 sin explicación alguna del motivo de la variación.

En segundo, como ya recoge la sentencia apelada, citando a la Sra. Médico Forense, no estamos en presencia de una enfermedad psiquiátrica, no se trata de una depresión como enfermedad; es un estado emocional; y que debe encuadrarse dentro del propio síndrome.

En tercero, no debe olvidarse que parece que esta secuela se acepta y puntúa en la sentencia en cuanto se recoge en el informe de la perito que informó a instancia de "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros" (y con la puntuación que otorga, superior a la recogida en la contestación); por cuanto el perito judicial Dr. Marco Antonio niega la relación de causalidad entre el traumatismo sufrido en este siniestro y el síndrome postconmocional, enlazándolo con la fractura del hueso occipital sufrida tiempo atrás.

En cuarto, habría que negar la existencia de la secuela desde el momento en que no consta que reciba, o haya recibido, ningún tipo de tratamiento farmacológico para esa depresión.

4º.- Pérdida de sustancia ósea.- Se pretende que se valore como secuela propia la pérdida de sustancia ósea en el arco cigomático izquierdo de la cara. Se argumenta que los peritos reconocen esa pérdida, pero la valoran exclusivamente en cuanto a su afectación estética, no como pérdida funcional, y que deben valorarse ambas.

El argumento no puede ser estimado.

El punto de partida es erróneo. No existe pérdida de sustancia ósea. Sólo el perito de la parte alude a esa pérdida. Los otros cuatro la descartan. Es más, como aclaró el traumatólogo designado judicialmente, se trata de un impacto, de un aplastamiento. Como si se

golpease una barra de hierro con un pesado martillo: se deforma la estructura, pero no hay pérdida de masa, la barra sigue teniendo los mismos átomos de hierro. En consecuencia, no hay pérdida funcional alguna, como también se indica con claridad en la sentencia apelada.

5º.- Hipoestesia de la rama mandibular del trigémino.- La sentencia de instancia, recogiendo el criterio unánime de los peritos informantes, admite la secuela de hipoestesia de la rama maxilar del nervio trigémino, y le otorga un valor de 8 puntos. En el recurso se pretende que se puntúe globalmente en 14, por entender que además está afectada la rama mandibular del trigémino.

La pretensión no puede ser aceptada.

En primer lugar, la puntuación que se interesa es superior a la máxima prevista en el baremo.

En segundo, el Dr. Avelino, como perito judicial, reconoció exclusivamente una neuralgia «en grado mínimo», y D. Marco Antonio admite la existencia de disestesias.

En tercero, lo que pretende la parte es que se valoren como secuelas independientes, cuando, salvo su perito, se rechaza por los demás la afectación de la rama mandibular.

6º.- Se otorguen 18 puntos por las fracturas acuñaamientos 50% de D4, D5 y D12.- Se solicita que se reconozcan 18 puntos por los tres acuñaamientos, a razón de 6 puntos por cada uno.

Debe tratarse de un error.

En la sentencia apelada se valora el acuñaamiento de cada espacio intervertebral dorsal en 6 puntos. Expresamente se dice en el fundamento jurídico tercero «fracturas acuñaamiento del 50% en las vértebra D-4, D-5 y D-12 (2-10), 6 puntos cada una de ellas». Y efectivamente se contabilizaron.

7º.- Dorsalgia.- Se pretende que se reconozca la secuela de dorsalgia, basándose en el informe presentado por la parte, y porque la Médico Forense indicó que los acuñaamientos podían venir acompañados de dolor a nivel dorsal, esporádicos y moderados.

El motivo debe desestimarse.

Omite el recurrente que los dos peritos designados judicialmente indicaron que los acuñaamientos son muy ligeros, fijándolos el traumatólogo en un 25% los dos primeros, y un 12% el tercero. Y ambos rechazan expresamente la existencia de una dorsalgia, debiendo destacarse que el traumatólogo incide en que el lesionado narra dolor, pero situándolo a nivel lumbar, no dorsal.

OCTAVO.- Procedencia del factor de corrección de indemnización básica por secuelas por incapacidad permanente total de D. Primitivo.- El motivo del recurso se fundamenta en que las secuelas que restan a D. Primitivo le incapacitan para el desempeño de su actividad como herrero. Alude a teorías por las que habría de fijarse un porcentaje de incapacidad del 1% por cada punto otorgado a las secuelas; que la entidad aseguradora con la que tenía concertado un seguro con cobertura para incapacidades permanentes le reconoció una invalidez del 60%; o la teoría de valoración global del daño en el menoscabo general.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- La tabla IV del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063, al establecer los distintos factores de corrección de la indemnización básica, por perjuicios económicos, a la hora de regular las "incapacidades" vuelve a incurrir en la traslación al ámbito civil de conceptos propios de la legislación sobre la Seguridad Social. Así distingue entre incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta, y regula las situaciones de gran invalidez. Y las definiciones también son las propias de la legislación social.

Toda secuela, por su propia definición, conlleva una limitación o padecimiento perdurable en el tiempo. Patología o limitación a la que es inherente una repercusión en la vida ordinaria del lesionado. Ese es el motivo de indemnizarse. Si no hay alteración fisiológica, ni patología alguna, no puede hablarse de secuela funcional.

La incapacidad permanente total concurre, a efectos de la aplicación del factor de corrección, cuando el lesionado queda «Con secuelas permanentes que impidan totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado».

La adquisición en cuándo una secuela debe además valorarse como productora de una incapacidad permanente se solventa por la importancia de la afectación; con un gran componente subjetivo. La misma secuela puede no afectar la capacidad de una persona a la hora de desarrollar su ocupación o actividad habitual a una persona, o limitarla en una proporción no valorable; y en cambio sí limitar parcialmente la actividad habitual de otra. No tiene la misma repercusión, en este campo, una secuela de limitación parcial de los movimientos del tobillo en un telefonista, que en un albañil que trabaja en andamios. Además, debe tenerse en consideración que cuando se está planteando una «incapacidad» tenemos que referirnos a una «imposibilidad», no a una mayor o menor «dificultad». Ésta debe ser contemplada a la hora de puntuar la secuela en sí.

2º.- En los informes médicos obrantes en las actuaciones, salvo en el presentado por la parte, no se menciona en ningún momento la afectación de las lesiones a la capacidad de D. Primitivo para el desempeño de sus ocupaciones habituales. Es más, los dos peritos médicos designados judicialmente rechazaron rotundamente que las secuelas sufridas por D. Primitivo conlleven ningún tipo de incapacidad.

3º.- Con la demanda se adjunta el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS, que en 10 de junio de 2003 rechazó la posible declaración como D. Primitivo como afecto a algún tipo de invalidez, considerando que no presentaba ningún tipo de reducción anatómica o funcional que disminuyese o limitase su capacidad laboral (página 118 de las actuaciones). Impugnada la resolución en vía jurisdiccional, el Juzgado de lo Social número 2 de Lugo dictó sentencia el 11 de noviembre de 2003 desestimando su pretensión de ser declarado incapacitado permanente para su trabajo.

4º.- La insistencia en la situación de incapacidad se fundamenta en exclusiva en la epifora; y el perito judicial D. Marco Antonio cuestiona tanto su origen traumático, como el nexo causal entre el padecimiento y el siniestro litigioso.

5º.- El que una entidad aseguradora, en virtud de una póliza de seguros, abonase a D. Primitivo el 60% del capital asegurado en concepto de invalidez permanente del conductor y secuelas residuales, no permite concluir que D. Primitivo tenga una invalidez en ese grado o porcentaje. Se desconoce el contenido de la póliza, qué coberturas tenía, qué cálculos se efectuaron por la aseguradora; y lo que se abona es el 60% de capital asegurado, no una invalidez del 60%.

6º.- La tesis que denomina como "objetiva" de valoración de la incapacidad, por la que cada punto fijado por secuelas conllevaría un 1% de menoscabo global, no puede ser compartida, ya que:

a) Es contraria al propio tenor literal del baremo. Lo que hace la parte es unificar los distintos grados, partir del valor máximo para la invalidez absoluta, dividirlo entre 100, y fijar una cuantificación económica para cada 1%. El baremo claramente distingue entre cuatro tipos de incapacidad permanente, con una definición propia para cada una.

b) La doctrina del menoscabo global, que ciertamente se utiliza en algunos casos por la medicina legal, no es la que refleja el texto legislativo.

NOVENO.- Solicitud de valoración en 15 puntos por perjuicio estético medio.- Se pretende por la parte que se eleven a 15 puntos los 9 otorgados por la sentencia apelada, por el concepto de perjuicio estético, basándose en que las secuelas son una cicatriz de 15 centímetros en el lado derecho de la cara, desde la ceja hasta la zona preauricular izquierda, el hundimiento del arco cigomático izquierdo, el lagrimeo del ojo izquierdo por la epifora, así como el dolor que conlleva la modificación del gesto de la cara. Además, sigue el argumento, fijado el perjuicio estético en grado "medio", el arco de puntuación es de 13 a 18 puntos conforme a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 8/2004 EDL 2004/152063 ; invocando la doctrina establecida por la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

El motivo no puede ser estimado:

1º.- No constituye jurisprudencia, a efectos civiles, la doctrina que puedan establecer otras Salas del Tribunal Supremo, bien sea la Sala de lo Penal, de lo Social o de lo Contencioso-Administrativo (Ts. 4 de diciembre de 2003, 20 de junio de 2002, 9 de julio de 2001 EDJ 2001/16257 , 27 de marzo de 2001 EDJ 2001/7537 , entre otras muchas).

2º.- El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus sentencias números 429/2007 EDJ 2007/57893 y 430/2007, ambas de 17 de abril de 2007 y 3359 respectivamente) ha establecido en el pronunciamiento tercero de su fallo: «3º.- Declarar como doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado». Doctrina que es reiterada en las sentencias de 23 de julio de 2008 EDJ 2008/128041 , 18 de septiembre de 2008 (Cendoj 4844/2009) EDJ 2008/166706 , 30 de octubre de 2008 (Cendoj 5798/2008) EDJ 2008/209687 , 25 de febrero de 2009 (Cendoj STS 887/2009) EDJ 2009/19044 , 12 de marzo de 2009 (Cendoj STS 1146/2009) EDJ 2009/25499 , 23 de abril de 2009 (Cendoj STS 2380/2009) EDJ 2009/62981 , 6 de mayo de 2009, insistiendo la de 18 de junio de 2009 (Cendoj STS 4433/2009) EDJ 2009/150895 en que «El daño se determina en el momento en que se produce, y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión y a los criterios valorativos, que serán los del momento del accidente. Cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado». Interpretación acorde con el apartado primero 3 del anexo, se establece que "A los efectos de la aplicación de las tablas la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente".

No contradice la anterior conclusión lo establecido en la disposición transitoria única del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre EDL 2004/152063 , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063 , ni nada tiene que ver con la cuestión. La razón de dicha disposición tiene su origen en el artículo 3º de la Ley 34/2003 de 4 de noviembre EDL 2003/112553 , por la que se modifica y adapta a la normativa comunitaria la legislación de seguros privados. En dicho precepto se modifica la tabla VI del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063 . Modificación que tiene una importante repercusión en cuanto a las valoraciones de las secuelas, pues suprime algunos conceptos, introduce otros y, sobre todo, varía sustancialmente las puntuaciones y el sistema de puntuación de las secuelas estéticas, con la consiguiente repercusión en la cuantía de las indemnizaciones. Surgió entonces el debate de si debía aplicarse la tabla VI vigente en el momento del accidente, o por el contrario acudir a la nueva introducida por dicha norma. Y lo que pretende la disposición transitoria única es poner fin a ese debate, estableciendo que debe aplicarse la tabla VI vigente en el momento del siniestro.

En consecuencia, no puede invocarse el contenido del Real Decreto Legislativo indicado, sino que debe estarse a la valoración existente en el momento del siniestro. Y el 16 de abril de 2002 la tabla vigente era la que había introducido la Ley 30/1995, de 8 de noviembre EDL 1995/16212 . Y en esa norma, el perjuicio estético medio se valoraba de 8 a 10 puntos. Por lo que la sentencia no infringió norma legal alguna.

3º.- Habría que plantearse incluso si están debidamente probados los perjuicios estéticos. Debe indicarse que es práctica habitual pretender que se valoren los perjuicios estéticos exclusivamente por las opiniones subjetivas de los distintos peritos. La valoración y determinación del grado de perjuicio estético es una función judicial. Es una prueba esencial el reconocimiento del perjudicado por el Juzgador. El perjuicio estético tiene un indudable componente subjetivo. Prueba no propuesta en la instancia. Ni siquiera se aportan unas fotografías.

4º.- En todo caso, debe indicarse que, a la luz del informe del perito judicial D. Marco Antonio, la puntuación otorgada debería calificarse incluso de generosa:

a) Cicatriz de 15 centímetros en la cara: se informa que es inapreciable a simple vista. Tiene el perito que acudir a una lupa para poder observarla, y ya no presenta una línea uniforme, sino que se ha desmembrado en dos de menor longitud. Por lo que habría que dudar de la afectación estética.

b) Hundimiento del pómulo: existe un hundimiento de unos 7 mm por lo que es realmente la única secuela estética.

c) El lagrimeo causado por la epifora no es tan constante como se indica. En una hora de consulta el paciente no necesitó usar un pañuelo para secarse.

d) El criterio para la valoración del perjuicio estético radica en «la edad y sexo de la persona, así como la incidencia en su imagen para la profesión habitual», según el recuadro existente en la propia tabla. Desde ese punto de vista, dada su edad, sexo y nula repercusión estética para su imagen profesional, la puntuación habría de ser muy inferior a la indicada en la sentencia. Todo ello a diferencia del actual sistema, pues en la regla 8 de la tabla se especifica que «Ni la edad ni el sexo de la persona lesionada se tendrán en cuenta como parámetros de medición de la intensidad del perjuicio estético».

DÉCIMO.- Abono de la cantidad presupuestada para la intervención de cirugía plástica.- Solicita la parte que, además de la indemnización por la secuela estética, se acceda al abono del presupuesto de la intervención quirúrgica para la mejoría de su aspecto, que según la documentación presentada ascendería a un total de 2.850,00 euros.

El motivo debe ser estimado.

En el baremo vigente a la fecha del siniestro se establecía ya que, además del perjuicio estético, «se valorará también el coste de las necesarias intervenciones de cirugía plástica reparadora». Criterio que se ha mantenido en el actual, al disponer en la «6. El perjuicio estético es el existente en el momento de la producción de la sanidad del lesionado (estabilización lesional), y es compatible su resarcimiento con el coste de las intervenciones de cirugía plástica para su corrección. La imposibilidad de corrección constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio». Es decir, la posible intervención quirúrgica sí debe contemplarse.

UNDÉCIMO.- Contratación de trabajadora durante el período de incapacidad.- El motivo indemnizatorio, rechazado en la sentencia de instancia, se fundamenta en que D. Primitivo es trabajador autónomo, desempeñando su oficio de herrero, procediendo posteriormente a la venta de los objetos que fabrica. La base de la pretensión resarcitoria se argumenta en que mientras estuvo de baja laboral tuvo necesidad de contratar un trabajador que atendiese el negocio, esencialmente mediante la venta de la mercancía que tenía acumulada, atendiendo clientes, con el fin de no perderlos. Por esta razón contrató, con alta en la Seguridad Social, a su hija María-Isabel, que causó baja al finalizar él la situación de ILT. Según aduce, conforme a la normativa vigente, para poder percibir la prestación por incapacidad temporal era obligado dar de alta a un trabajador para que desempeñase su trabajo, o en su caso proceder al cese temporal o definitivo de la actividad. Por este concepto reclama:

Gestoría..... 756,46 #
Sueldo..... 8.402,71 #
Seguridad Social... 3.742,87 #
TOTAL..... 12.902,04 #

El motivo debe ser estimado.

La cuestión planteada es si procede o no indemnizar el coste de contratación de un empleado durante el período que el perjudicado estuvo en situación de ILT. Empleado que se hizo cargo del negocio que el reclamante posee abierto al público. El problema se viene tratando ya desde antes de la instauración del sistema de valoración introducido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre EDL 1995/16212 , es decir, de lo que se conoce como «baremo».

Bien con anterioridad al sistema actual, cuando por los distintos tribunales se venía fijando una cantidad a tanto alzado por día de incapacidad temporal; bien con el actual, en el que la valoración de ese día de incapacidad está fijado en la tabla V, mediante el sistema de partir de una cantidad base (apartado A), susceptible de corregirse con un «factor de corrección» por «perjuicios económicos», la primera pregunta que se plantea es qué se está resarciendo:

1º.- La indemnización así fijada intenta «compensar» esencialmente el padecimiento físico y psíquico que conlleva la permanencia en ese período de curación. El estar ingresado en un hospital, el tener limitada en mayor o menor medida nuestra autonomía personal, que tenga que ayudarnos una tercera persona para actividades que normalmente desarrollamos sin problema alguno (lavarnos, ponernos la ropa...), las molestias que conlleva el tener un brazo en cabestrillo, portar un yeso, tener que acudir a fisioterapia, etcétera. El permanecer en esa situación ocasiona a la víctima un perjuicio físico y psíquico evidente; y compensar en alguna medida ese sufrimiento es lo que se pretende obtener.

2º.- Por otro lado, el artículo 1.2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063 establece que «Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley». Por lo que, inicialmente, esa indemnización también daría cobertura al posible lucro cesante derivado de la incapacidad de trabajar durante el período de baja.

Problema en el que incide la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio EDJ 2000/13213 , que resolviendo distintas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos órganos judiciales, precisamente aborda el problema planteado por los factores de corrección del apartado B) de la tabla V del baremo, especialmente en aquellos supuestos en los que la víctima, además de padecer unos daños personales, sufre una pérdida patrimonial evidente (bien por daño emergente, bien por lucro cesante), y que

puede considerarse que no está debidamente indemnizada por la aplicación de esa tabla. Es por ello que dicha sentencia, tras establecer que es «Cierto también, que en el ejercicio de la pretensión resarcitoria de tales bienes aparecen integrados o aunados los conceptos de reparación del estricto daño personal y de restablecimiento de los daños y perjuicios de índole patrimonial que traen causa de la lesión a los bienes de la personalidad (vida e integridad física y moral). Sin embargo, en el plano constitucional no es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal (art. 15 CE EDL 1978/3879), con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas, pues el mandato de especial protección que el art. 15 CE EDL 1978/3879 impone al legislador se refiere estricta y exclusivamente a los mencionados bienes de la personalidad (vida, integridad física y moral), sin que pueda impropriamente extenderse a una realidad jurídica distinta, cual es la del régimen legal de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse del daño producido en aquellos bienes... No cabe ignorar, sin embargo, que el daño ocasionado a las personas (o a los bienes de la personalidad, en rigor) lleva aparejado, como consecuencia inmediata, disminuciones patrimoniales y singularmente el posible lucro cesante o ganancias dejadas de percibir a consecuencia del hecho dañoso. Pues bien, tampoco existe base objetiva y razonable para equiparar, asignándoles el mismo régimen jurídico respecto de su valoración, estos daños derivados o consecuenciales, con los que directamente se ocasionan en las cosas o bienes pertenecientes a la víctima del accidente. Los primeros ofrecen perfiles propios a la hora de su reparación, a los que no son ajenos las concretas circunstancias personales y familiares y de toda índole del sujeto dañado, en tanto que los segundos, es decir, los daños en los bienes o cosas propiedad de la víctima, no exigen, como regla, la ponderación valorativa de aquellas características individuales... se obliga injustificadamente a la víctima del hecho circulatorio a soportar una parte sustancial de los pérdidas económicas derivadas del daño personal padecido, con el ilógico resultado de convertir a la culpa en un título de imputación que, paradójicamente, siempre opera en perjuicio de los legítimos derechos de la víctima. Por todo ello, sólo cabe concluir que el apartado B) de la tabla V del Anexo, en la concreta configuración legal de los "perjuicios económicos" allí contenida, establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al art. 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879 ... Por el contrario, cuando la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar, los "perjuicios económicos" del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo, se hallan afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener (art. 1.2 de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso», en la parte dispositiva dispone que «son inconstitucionales y nulos... el total contenido del apartado letra B) "factores de corrección", de la tabla V», matiza que es «en los términos expresados en el último fundamento jurídico de esta Sentencia». Dicho fundamento, muy criticado doctrinalmente, establece una doble diferenciación dentro de la culpa: la responsabilidad por riesgo, y la responsabilidad que denomina por culpa relevante. En el primer supuesto, sí regirán los factores de corrección; y en el segundo no podrán suponer un límite máximo a la indemnización. Por lo que admitida la culpa, deben resarcirse los daños económicos o lucro cesante que pueda haber sufrido la víctima como consecuencia de las lesiones padecidas, en tanto en cuanto no estén debidamente compensadas por esos factores de corrección económica. Es por ello que en el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063 se modificó la regla segunda, en el último párrafo, apartado c) de la explicación de la tabla V, cuando se añade "salvo que se apreciare en la conducta del causante del daño culpar relevante, y en su caso, judicialmente declarada", que no figuraba en el texto que refundía.

El problema del insuficiente resarcimiento de la pérdida patrimonial efectiva, por la estricta aplicación del sistema de valoración del daño corporal no algo anómalo. Así, a modo de ejemplo, se trata en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 (Cendoj STS 1664/2010) EDJ 2010/26264 .

Distinto es que no suela ser frecuente. Dada la estructura social, la gran mayoría de los ciudadanos desempeñan trabajo dependiente, o no tienen una actividad laboral remunerada (amas de casa, jubilados, estudiantes), sin dejar de desconocer el discutido (pero en todo caso significativo) porcentaje de la denominada «economía sumergida». Es por ello que, en la mayoría de los casos, la víctima se considera resarcido con la indemnización básica incrementada en el correspondiente porcentaje que fija la tabla V.

Pero no acontece igual en el supuesto de pequeños empresarios, autónomos o profesionales. La empresa son ellos. Sin ellos no hay empresa. Ejemplo típico es el fontanero, electricista, pequeño taller del automóvil, el bar familiar, el pequeño establecimiento comercial, médicos, abogados, procuradores, arquitectos, etcétera, que tienen su taller, consulta, despacho o estudio para el ejercicio privado, y cuya baja laboral supone el cierre de la actividad. Cierre que afecta al denomina «fondo de comercio», concepto admitido contablemente, como elemento a tener en consideración a la hora de valorar una empresa. El cese temporal de la actividad puede suponer la pérdida de clientela, la pérdida de ese «fondo de comercio». El cliente se acostumbra a ir a la competencia, y después no se recupera. El problema de «fidelización» de la clientela afecta de forma importante a las aseguradoras, o a los fabricantes de automóviles, por ejemplo, hasta el punto de ofrecer bonificaciones por la contratación de seguros diversos en la misma entidad, o por adquirir sistemáticamente vehículos de la misma marca.

No estamos ante un problema de lucro cesante. Lo que se plantea no es que un médico que ganaba "x" miles de euros al año por su actividad profesional privada, al tener que cerrar su consulta durante el período de incapacidad temporal, ha perdido "y" miles de euros, y por eso los reclama. Es daño emergente. Para no perder clientela, para no cesar de obtener fondos procedentes de mi actividad empresarial o profesional, he tenido que incurrir en unos gastos derivados de la contratación de la persona que me ayudó o sustituyó durante ese período. He seguido obteniendo ingresos (no reclamo por menos ingresos, lucro cesante). Pero para obtenerlos he tenido que incurrir en unos gastos (daño emergente) que no habría soportado de no sufrir el siniestro de circulación vial. Es una situación conocida por los profesionales del Derecho que ejercen su profesión privadamente: su imposibilidad de acudir al despacho por una enfermedad supone en la mayoría de los casos un cierre de su actividad. Y si esa situación se prolonga en el tiempo, el despacho puede realmente llegar a casi desaparecer, teniendo que volver a captar clientela.

Es por ello que en estos supuestos, siguiendo la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, debe aceptarse la procedencia de indemnizar por estos gastos.

No puede compartirse el criterio sustentado en la instancia, en el sentido de no haberse acreditado que la legislación social imponga la contratación. El problema no es de imposición del gasto, sino de su procedencia. No puede tildarse de anómalo, irracional o inusitado que un empresario o profesional intente mantener su negocio o actividad mediante la contratación de un tercero que le auxilie o sustituya durante ese período. La alternativa sería el cierre empresarial. Pero esta actuación conllevaría que debería indemnizarse entonces no sólo por el lucro cesante real, sino además por la pérdida del «fondo de comercio».

Tampoco afecta a la cuestión planteada el que se contratase a la hija del propio lesionado. En este tipo de negocios familiares lo habitual es tener que acudir a familiares próximos, dada la necesaria relación de confianza que debe existir. E incluso debe atenderse que, dado el domicilio de la víctima, no parece muy factible que pudiese elegir mucho entre posibles candidatos para ocuparse del negocio durante su baja.

Por lo que la indemnización debe incrementarse en los 12.902,04 euros solicitados.

DUODÉCIMO.- Incapacidad temporal de D^a Consuelo.- Cómputo hasta el alta laboral o la declaración de Incapacidad Permanente Total.- Se plantea por el recurrente que el período de incapacidad debe incrementarse en el número de días, debiendo contarse hasta que recibió el alta laboral de su médico de cabecera, o bien hasta que fue declarada administrativamente en situación de Incapacidad Permanente Total.

El motivo no puede ser estimado.

Como se dijo anteriormente, el concepto de sanidad, desde el punto de vista médico legal debe ponerse en relación con la idea de "estabilidad lesional". La sanidad se alcanza cuando se estabiliza la mejoría de la lesión. En el momento en que la actividad médica no obtiene una "mayor curación", una progresión en la salud. En ese momento se produce la sanidad desde el punto de vista médico legal, con la secuela correspondiente. Es por ello que no puede aceptarse la tesis de que se prorrogue el período de incapacidad temporal hasta el momento en que fue declarada en situación de incapacidad permanente, pues es un trámite administrativo, con su consiguiente período de espera y retraso, que no guarda relación con el momento de la estabilidad lesional.

DECIMOTERCERO.- Aplicación del porcentaje corrector del 10%.- Desglosado en varios apartados, en la aplicación de las distintas tablas, se plantea, al igual que ocurrió con D. Primitivo, la procedencia de incrementar el porcentaje de corrección por perjuicios económicos del 5% fijado en la sentencia de instancia al 10%, como si fuera el valor mínimo.

El motivo no puede ser estimado.

Por las razones expuestas al tratar la misma cuestión anteriormente, que se dan por reproducidas para evitar inútiles repeticiones, y vistos los ingresos de D^a Consuelo, debe considerarse que el porcentaje fijado en la sentencia recurrida es correcto.

DECIMOCUARTO.- Errores en la puntuación de las secuelas.- En el siguiente motivo del recurso, que en realidad engloba diversos submotivos, se plantea en primer lugar que la sentencia de instancia es un calco de la contestación a la demanda, considerando que nunca debería ser inferior a los 47 puntos que se reconocen en dicha contestación; y además que en la sentencia se fija una puntuación de 50 puntos, y que en el auto de corrección de errores aritméticos se reduce a 41, cuando realmente se reconocen 47.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- Comprando los valores mencionados en la contestación, y los fijados en la sentencia, se advierte que no son un "calco".

CONCEPTOS DEMANDA CONTESTACIÓN SENTENCIA

MIEMBRO INFERIOR DERECHO

Gonalgia moderada

Limitación flexión

Limitación extensión

Ligamento cruzado anterior 10 10

Agravación artrosis previa

Trastorno trófico con linfedema 10 10

MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO

gonalgia moderada

limitación flexión

lesión ligamento lateral interno operado 15 5

lesión ligamento cruzados 5 15

paresia nervio ciático poplíteo externo 7 7

PERJUICIO ESTÉTICO 11 puntos 3

Cuestión distinta es que la sentencia establezca una serie de secuelas basándose en que en la contestación a la demanda parecen no cuestionarse, como tampoco en el informe pericial de la aseguradora. Pero que realmente habría que poner en tela de juicio es su actual persistencia, como es el caso de la paresia, que el traumatólogo designado como perito judicial califica actualmente como inexistente, por haber revertido.

2°.- La parte omite que debe aplicar la fórmula de las incapacidades concurrentes, y no una mera suma aritmética de las distintas puntuaciones, origen de todos sus errores aritméticos. La puntuación se determinó correctamente:

CONCEPTOS PUNTOS FORMULA REDONDEO

Lesión ligamento cruzado rodilla izqda. 15

Lesión ligamento cruzado rodilla dcha. 10 23,50 24,00

Trastorno trófico moderado con linfedema 10 31,60 32,00

Paresia nervio ciático poplíteo rodilla izqda. 7 36,76 37,00

Lesión ligamento lateral interno rodilla izqda. 5 40,15 41,00

SUBTOTAL 47 40,15 41,00

En consecuencia, el cálculo está bien realizado. Aunque la suma aritmética de los puntos sería 47, con aplicación de la fórmula de incapacidades concurrentes el resultado final es 41 puntos.

DECIMOQUINTO.- Elevación de la puntuación de las secuelas y reconocimiento de otras no estimadas.- Dentro del motivo del recurso analizado, procede la parte a desglosar las secuelas, para solicitar bien para solicitar una elevación de la puntuación fijada en la instancia, bien para interesar que se estimen como secuelas diversos padecimientos que se rechazaron en la sentencia apelada.

Debe analizarse separadamente cada una de las secuelas que menciona:

1°.- Lesión en el ligamento cruzado lateral interno de la rodilla izquierda.- Se solicita que se eleve la puntuación fijada en la instancia (5 puntos) al máximo de 10, por parecerle insuficientes.

La pretensión que no puede ser acogida.

En primer lugar, en la exposición no contiene razonamiento alguno sobre cuál fue el error en que incurrió la Juzgadora de instancia a la hora de valorarla.

En segundo, debe indicarse que en la demanda se solicita expresamente una puntuación de 5 puntos por esta lesión. Es cierto que una doctrina jurisprudencial uniforme (Ts. 8 de marzo de 2006 EDJ 2006/24786 , 15 de abril de 2003, 8 de noviembre de 2002, 26 de abril de 2002 EDJ 2002/10230 , 17 de septiembre de 1998 EDJ 1998/18354 , entre otras) establece que cuando se solicita en el suplico de la demanda una cantidad concreta en concepto de indemnización, aunque para justificar esa cuantía en la demanda se haga un desglose de los conceptos por los que se reclama, asignándoles una cifra concreta, lo que vincula al Juzgador no son todas y cada una de las partidas (que no se trasladan al suplico), sino el montante general que se solicita; y que el principio de la congruencia en las resoluciones judiciales que proclama el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 responde a la necesidad de que lo en ellas resuelto esté en concordancia con lo solicitado por los litigantes, lo cual, no impone una acomodación absoluta sino una racional adecuación del fallo a los pedimentos instados por aquéllos. Pero resulta anómalo que si en la demanda se consideró que esta secuela se debía de valorar en 5 puntos, ahora se eleve a 10 la pretensión sin justificación alguna.

2°.- Paresia del nervio ciático poplíteo externo.- Se solicita una elevación a 12 puntos.

La solicitud no puede ser atendida.

En primer lugar, no se ofrece justificación alguna para el pretendido incremento. No se contiene ningún razonamiento. Es una lacónica petición.

En segundo, en la demanda se pidieron 10 puntos, y ahora se eleva a 12.

En tercero, la sentencia de instancia ha sido generosa, en cuanto, como se dijo, el perito judicial indicó que en la actualidad no existía esa paresia, que se revirtió.

3°.- Gonalgia postraumática de la rodilla izquierda, de intensidad moderada.- Esta secuela no fue reconocida en sentencia; solicitándose su inclusión.

Tampoco puede prosperar la petición.

En primer lugar, nuevamente estamos ante una petición sin fundamentar. Se ignora el porqué debe considerarse que el criterio subjetivo de la parte es de mejor condición que el judicial.

En segundo, ni la Sra. Médico Forense, ni los dos peritos judiciales admitieron la existencia de esa secuela como independiente. Una gonalgia es dolor en la rodilla. Pero es que en este caso ese dolor tiene un origen objetivo, el problema en los ligamentos. Por lo que se indemniza la causa, no procediendo indemnizar también las consecuencias. Es como si se pretendiese una indemnización por perder un ojo (órgano) y además la vista (sentido). Por otra parte, no puede confundirse la gonalgia con la gonoartrosis, como parece deducirse del contenido del recurso. Son afecciones distintas. La primera es dolor; la segunda es la existencia de una artrosis en la rodilla.

4°.- Limitación a la flexión de la rodilla izquierda.- Aunque el motivo no se razona, debe estimarse, en cuanto su omisión a la hora de valorarla se debe a un error en la sentencia. En el párrafo segundo del fundamento séptimo de la sentencia apelada se reconoce que D^a Consuelo sufre, en su pierna izquierda una «limitación de flexión 110°», pero en el fundamento siguiente se omite su valoración. Realmente la lesionada, de los 135° del arco de flexión de la rodilla, ha perdido los últimos 20, según informó el traumatólogo designado como perito judicial. Por lo que debe valorarse entre 1 y 10 puntos, resolviéndose por una puntuación de 4 puntos.

5°.- Artrosis rodilla izquierda.- Muestra la recurrente su extrañeza porque en la sentencia apelada no se recoja como secuela a indemnizar la artrosis que presenta la lesionada en la rodilla izquierda; solicitando que se incluya.

La razón de la exclusión parte de una poco concreta demanda, en la que, a la hora de describir las secuelas en la rodilla izquierda, no se menciona en ningún momento la artrosis, salvo por referencias al informe de la médico que informó a instancia de "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros". La parte se limitó a recoger el contenido del informe médico emitido a su solicitud, en el que no se plasma, ni por lo tanto puntúa, esta secuela. Pero la realidad es que existe. Y teniendo en cuenta la doctrina indicada anteriormente, de que la parte solicita una indemnización por sus secuelas, y no una puntuación concreta por cada secuela, debe computarse, pues la pretensión última, obtener el resarcimiento económico por los perjuicios sufridos, no se conseguiría.

En el informe del perito judicial D. Marco Antonio se destaca que llama la atención la existencia de esta artrosis, que no se evidenciaba en las radiografías obtenidas el día del siniestro. Artrosis que califica como "poco evolucionada", por lo que debe valorarse en 7 puntos (3-15).

6º.- Incremento de la puntuación por la lesión en el ligamento cruzado anterior no operado de la rodilla derecha.- Se solicita que la puntuación otorgada en la sentencia por la lesión en el citado ligamento (10 puntos) se eleve a 15. Se fundamenta la pretensión, al igual que las siguientes, en el informe del perito de parte, el reconocimiento por parte del Equipo de Valoración de Incapacidades de una gonoartrosis derecha importante, y en los informes de los peritos judiciales, que incluso resaltan la necesidad de uso esporádico de bastón.

La pretensión no puede ser atendida.

Se incurre en un doble error en el planteamiento. Los peritos de designación judicial lo que informan es que el uso, en ocasiones, del bastón, y la cojera, es fruto de las lesiones en la rodilla izquierda, no en la derecha. Los padecimientos de ésta coadyuvan, naturalmente, a agravar el cuadro, pero no radica ahí el principal problema. También D. Marco Antonio informa, con meridiana claridad, que esa rodilla tenía un problema de artrosis previa, que no ha evolucionado desde las radiografías obtenidas el día del accidente y cuando él explora a Dª Consuelo. Incluso rechaza que la lesión en el ligamento cruzado anterior sea consecuencia del siniestro enjuiciado, sino que considera que o bien es anterior (y por eso se causa la artrosis), o bien es posterior (fruto de la artrosis previa); negando el criterio de causalidad, pues la lesión ligamentosa se descubre año y medio después. Por lo que, en puridad, no procedería indemnización alguna por este concepto. Debe entenderse que la Juzgadora de instancia lo incluyó exclusivamente por haberse aceptado en la contestación a la demanda.

7º.- Elevación de la puntuación por el trastorno trófico moderado con linfedema en la rodilla derecha.- Al igual que en el supuesto anterior, se pretende la elevación, de 10 a 15 puntos, en base a los mismos razonamientos.

La petición no puede ser estimada.

En primer lugar, que en la demanda se solicitaron 10 puntos; por lo que no se explica que ahora se soliciten 15.

En segundo, el perito de la parte no incluye esta lesión.

En tercero, los restantes peritos califican la secuela de "moderada".

En cuarto, el traumatólogo de designación judicial consideró que esta lesión no es consecuencia del siniestro, sino de la artrosis previa.

8º.- Reconocimiento de gonalgia postraumática de rodilla derecha.- No puede aceptarse, pues los peritos, salvo el de la parte, establecen que la gonalgia es consecuencia de las demás secuelas, y no una secuela independiente; e incluso el perito designado judicialmente niega la relación de causalidad.

9º.- Reconocimiento de limitaciones a la flexión y extensión de la rodilla derecha.- Tampoco puede prosperar la pretensión, pues si bien es cierto el dato objetivo de una limitación (en grado muy inferior a la manifestada), su origen no es traumático, sino que radica en la artrosis previa.

DECIMOSEXTO.- Porcentaje corrector por secuelas por incapacidad permanente la cantidad de 115.000 euros.- La parte aplica el criterio del menoscabo global, partiendo de una puntuación de 72 puntos, para terminar solicitando un 72% de la corrección para la invalidez permanente absoluta.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- Se da por reproducido, en aras a la brevedad, lo expuesto en el fundamento octavo de la presente resolución, para rechazarse la aplicabilidad de la teoría del menoscabo global.

2º.- Dado que la puntuación reconocida es de 61 puntos, incluyendo el perjuicio estético, el resultado sería que, aplicando la tesis del menoscabo global, la indemnización procedente sería de 89.456 euros.

3º.- A Dª Consuelo se le reconoció una incapacidad permanente total (informe del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS e informe del traumatólogo D. Marco Antonio), pero basándose principalmente en la gonoartrosis importante en la rodilla derecha, que, como se dijo, es anterior al siniestro.

4º.- La incapacidad permanente total que se ha valorado en su grado máximo.

DECIMOSEPTIMO.- Indemnización por el perjuicio estético en la cantidad de 24.515,70 euros.- Basándose en que el perjuicio estético de Dª Consuelo se ha calificado como "muy importante", se solicita que la indemnización por este concepto se fije en la mencionada cantidad.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- La valoración del perjuicio estético se hace por el sistema de puntos, no por una cantidad global. Por lo que es improcedente solicitar una cuantía económica concreta.

2º.- Como ya se dijo al analizar idéntico motivo del otro recurrente, no es aplicable el sistema ni las puntuaciones recogidas en el Real Decreto Legislativo 8/2004 EDL 2004/152063 .

3º.- La Juzgadora de instancia otorgó prácticamente la puntuación máxima posible.

DECIMOCTAVO.- Gastos de operación de cirugía estética: 6.150 euros.- Solicita, al igual que lo hizo su esposo, que en el perjuicio estético se incluyan los gastos de cirugía estética para paliar el efecto afeante de las secuelas en las piernas. Por las razones expuestas en el fundamento décimo, debe estimarse la pretensión.

DECIMONOVENO.- Porcentaje corrector por circunstancias especiales: lucro cesante y daño emergente.- En el presente motivo se expone por la recurrente que D^a Consuelo estaba de alta en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social desde 1985; y el 8 de octubre de 2003 se le reconoce una situación de incapacidad permanente total, con una pensión mensual líquida de 272,21 euros. Partiendo del supuesto de que ingresase mensualmente la cantidad de 585 euros, que es la base de cotización para la Seguridad Social, al tener 60 años de edad cuando se reconoció su incapacidad, supone que en el tiempo que le restaba para jubilarse a los 65 años deja de ingresar 312,79 euros al mes, por lo que se produce un perjuicio patrimonial de 16.577,87 euros. Por lo que solicita que se reconozca esta partida como elemento corrector de la indemnización por secuelas permanentes.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- El argumento, planteado en abstracto, es correcto jurídicamente. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 (Cendoj STS 1664/2010) EDJ 2010/26264 establece la doctrina de que es posible aplicar los elementos correctores del anexo, primero, 7 en la tabla IV, de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063, en relación con el lucro cesante representado por la disminución de ingresos de la víctima en casos de incapacidades permanentes, en cuanto ese lucro cesante no sea susceptible de ser íntegramente resarcido por la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad que prevé dicha tabla; siempre y cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales. Pero dicha resolución establece, para que proceda la indemnización por lucro cesante, la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido.

b) Que el lucro cesante no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos.

c) La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del propio sistema, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas. La corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible del 75% de incremento de la indemnización básica.

d) El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica.

e) El porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el sistema únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicables la Tabla IV.

2º.- Pero el problema surge de la aplicación al presente supuesto:

a) Existe un error de principio, o falsedad de la mayor: no concurren circunstancias excepcionales para considerar que el lucro cesante sufrido por D^a Consuelo no esté debidamente compensado con la indemnización de 73.325,34 euros fijados para la incapacidad permanente total. Ella misma cuantifica su pérdida en 16.577, euros. Por lo que sí debe considerarse englobada esa pérdida en la indemnización total concedida por los factores de corrección de la tabla IV.

b) Su cálculo parte de un dato que tampoco está probado: que percibe algo menos de seiscientos euros mensuales por sus ingresos como labradora. Pero esa cifra la toma de la base de cotización a la Seguridad Social, no de los ingresos reales que obtenga, ni que declare. Es más, si precisamente se otorgó un incremento del 5% por sus pocos ingresos, no puede ahora plantearse que sus ingresos reales son superiores, cuando sus declaraciones tributarias no acompañan el argumento.

c) El factor principal que ocasiona la incapacidad permanente total, como se destaca en todos los informes, así como en el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, es la artrosis de la rodilla derecha, que ya existía cuando sufrió el accidente, y que desde entonces no ha tenido una evolución negativa (informe del traumatólogo designado judicialmente).

VIGÉSIMO.- El contrato de 19 de julio de 2002 veda el derecho de minorar la indemnización por no uso del cinturón de seguridad.- No acreditado que no se usase el cinturón.- No acreditado que las lesiones se hubiesen evitado si se hubiese utilizado el cinturón.- En este último motivo del recurso se plantean tres cuestiones distintas, que deben ser analizadas separadamente:

1º.- En el contrato suscrito el 19 de julio de 2002 con la entidad "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros", no se contemplaba la posibilidad de aplicar ninguna reducción a la indemnización pactada, por lo que no puede ahora aplicarse.

El argumento no puede compartirse por contradictorio.

No puede la parte plantear en primer lugar que ese convenio se resolvió por incumplimiento de la aseguradora, para justificar su derecho a percibir los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219, y acto seguido plantear su vigencia para negar la posibilidad de que "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros" invoque una posible concurrencia de culpas en el resultado lesional. O bien el contrato se resolvió, o bien está vigente. Pero no ambas cosas, acomodándolo a los intereses de los demandantes.

2º.- En segundo lugar se menciona que no se acreditó que los demandantes no usasen los cinturones de seguridad; y además que el atestado levantado por la Guardia Civil de Tráfico no se ratificó en el juicio.

El motivo no puede ser estimado.

a) El atestado es un documento oficial desde el punto de vista civil, confeccionado por funcionario público competente en el ejercicio de su cargo, aunque sus autores no sean depositarios de la fe pública, por lo que no puede asimilarse a un documento privado que deba ser averado por sus autores (aunque sí en el ámbito del Derecho Penal, donde tiene el valor de mera denuncia). Es por ello que el atestado que llega por vía oficial al Juzgado, o bien por testimonio obtenido previamente por las partes, sin duda alguna sobre su autenticidad, no puede ser ignorado por el juzgador con el pretexto de no haber sido averado testificalmente. Por lo que no es preciso citar como testigos a los Policías Locales o a los miembros de la Guardia Civil que lo confeccionaron con el único fin de ratificar la autenticidad del mismo. Y en todo caso, la autenticidad no se refiere a la veracidad intrínseca, sino que debe ser valorado con las demás pruebas, sin perjuicio de tener en especial consideración los datos objetivos que en el mismo se recogen (vehículos, seguros, datos personales de los implicados, huellas, medidas, etc.) (Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de diciembre de 1.996, de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de diciembre de 1.993, y de esta Audiencia de 15 de mayo de 2000, 8 de septiembre de 2000, 8 de junio de 2001, 7 de diciembre de 2007 EDJ 2007/316531, 29 de febrero de 2008 y 18 de abril de 2008 EDJ 2008/112973).

b) El no uso del cinturón de seguridad es un dato objetivo y objetivable: D. Primitivo salió despedido del vehículo precisamente por no usar el cinturón; y Dª Consuelo sufrió el traumatismo en las rodillas porque, al no usar el cinturón que la sujetase al asiento, se golpeó con la guantera. Daños que no se hubiesen producido si usasen el cinturón.

3º.- En tercer lugar se plantea que no está acreditado que si hubiesen usado el cinturón la entidad de las lesiones sería menor.

El argumento tampoco puede ser compartido.

Dada la mecánica del accidente, es obvio que:

a) Las lesiones de D. Primitivo, especialmente en lo que se refiere a las dorsales, sería mínimas, y se hubiese evitado salir despedido.

b) En cuanto a Dª Consuelo, incluso podría hablarse de inexistencia de lesiones, pues no se hubiese golpeado las piernas con la guantera.

Por lo que la conclusión a la que llega la Sala es que el porcentaje aplicado en la sentencia apelada es mínimo; hubiese sido correcto aplicar un porcentaje de disminución muy superior.

B) Recurso de apelación interpuesto por la demandada "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros":

VIGESIMOPRIMERO.- Elevada indemnización por incapacidad permanente total de Dª Consuelo.- El único motivo del recurso de apelación interpuesto por la aseguradora demandada se fundamenta en la cuantía de la indemnización fijada por el concepto de incapacidad permanente total de Dª Consuelo, que es la máxima prevista. Cantidad que considera exagerada porque: es el rango inferior de la incapacidad permanente absoluta; según la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del ejercicio fiscal 2001 la lesionada carecía de ingresos; la edad de 59 años en el momento del siniestro; y la invalidez tiene su origen en la artrosis previa de la rodilla derecha, que es calificada de "importante" por el EVI. Concluyendo que debe reducirse el importe de la establecida en sentencia (73.325,24 #) a 44.000 euros.

El motivo debe ser estimado parcialmente:

1º.- No puede estimarse que la edad sea un parámetro a tener en consideración a la hora de determinar la cuantía procedente por una incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados. El sentimiento de impotencia que genera la invalidez es igual para una persona, cualquiera que sea su edad. La aceptación de la discapacidad no varía en función de la edad, sino que es una apreciación subjetiva. Es "mi" incapacidad. El daño personal es el mismo.

Tampoco puede apoyarse en una supuesta esperanza de vida, y aplicar la tesis de que la persona de más edad la sufrirá durante menos tiempo. Puede darse la situación inversa.

2º.- Es cuestionable que pueda vincularse al nivel de ingresos previos del lesionado. Este factor de corrección, a diferencia de los previstos en el primer apartado de la tabla IV, que sí se relaciona con los "ingresos netos de la víctima por trabajo personal", no se establece en función de un porcentaje sobre esas rentas previas; ni se puntúa; sino que se establece una cantidad, a tanto alzado. Es por ello que, en principio, la determinación de la cuantía debe vincularse al grado de incapacidad. El importe será mayor o menor según el estado secular acerque más o menos a la víctima a la incapacidad absoluta o a la incapacidad parcial respectivamente. El criterio de determinación es la importancia o intensidad de esa incapacidad. Cuanto más incapacitantes sean las secuelas, mayor será el importe con el que deben resarcirse. Es por ello que, a la vista de las importantes limitaciones que imponen a Dª Consuelo sus problemas de rodilla, la cuantía fijada en la sentencia apelada debe considerarse como inicialmente correcta; pues para muchas actividades de la vida diaria necesitará la ayuda de una tercera persona.

3º.- Sin embargo, sí tiene razón la aseguradora recurrente en cuanto plantea que debió tenerse en consideración la artrosis previa de la rodilla derecha, que es la que realmente desencadena una florida patología. Pero la vía de su aplicación no es la minoración del valor absoluto de la indemnización por este concepto, sino la aplicación de los «Elementos correctores del apartado primero 7 de este anexo», que se valora en penúltimo lugar de la tabla IV. El apartado primero del baremo, que se titula «Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización», en su punto 7, establece: «... Son elementos correctores de disminución... en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final...». Es decir, la existencia de una incapacidad o patología anterior al siniestro (artrosis previa en la rodilla derecha) en cuanto genera que, con el traumatismo, se produzca un resultado lesivo final con una amplia patología, hasta el punto de incapacitar a Dª

Consuelo de forma total para sus ocupaciones habituales. Como se ha dicho en algunas ocasiones para explicar gráficamente la cuestión, el traumatismo es la gota que colma el vaso, pero el vaso ya estaba lleno antes por causas ajenas al siniestro.

Por todo ello, la Sala, a la vista de las pruebas obrantes en las actuaciones considera que debe minorarse la indemnización otorgada, y fijarla en 45.000 euros.

VIGESIMOSEGUNDO.- La Sala observa que en el cálculo matemático seguido en la sentencia apelada se incurrió en diversos errores aritméticos:

1º.- Se aplicó incorrectamente el incremento por perjuicio estético. El baremo introducido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre EDL 1995/16212, disponía que la puntuación otorgada por perjuicio estético se sumaría aritméticamente al resultado de aplicar la fórmula de las incapacidades concurrentes por secuelas fisiológicas.

La Ley 34/2003, de 4 de noviembre EDL 2003/112553, modificó la tabla VI del baremo, y en el "capítulo especial: perjuicio estético", se contienen una serie de "reglas de utilización", que en algunos aspectos son más beneficiosos para el perjudicado, y otros menos. Pero, en lo que aquí afecta, debe destacarse que la tercera de esas reglas establece que: «3. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes». Sistema de valoración que se recoge íntegramente, como es lógico, en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre EDL 2004/152063, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor EDL 2004/152063.

En consecuencia, está mal aplicado el baremo en cuanto se aplicó el sistema de la Ley 34/2003 EDL 2003/112553, puntuando aparte, y no el vigente en el momento del siniestro (suma aritmética), por lo que la indemnización es inferior a la que correspondería.

2º.- Hay un error de suma en la cifra que aparece en la última frase del fundamento legal sexto; sin embargo la correcta se refleja en el duodécimo.

3º.- La disminución del 10% por concurrencia de la propia víctima al resultado lesivo, al no utilizar los lesionados el cinturón de seguridad no goza de la propiedad conmutativa. El orden de factores sí altera el resultado final. No es indiferente cuándo se aplique el porcentaje. Debe hacerse sobre la indemnización global, conforme a la mencionada regla 7. Pero antes de tener en consideración los pagos a cuenta. Tal y como se hizo en la sentencia apelada, lo que se detrae es un 10% de la cantidad pendiente de abonar, y no de la indemnización inicial.

Errores aritméticos que deben ser corregidos, sin que supongan mutación de la sentencia, al ser fruto de un sumatorio erróneo evidente.

VIGESIMOTERCERO.- La conclusión es que a D. Primitivo se le reconocen las siguientes secuelas:

CONCEPTOS PUNTOS FORMULA REDONDEO

Síndrome postconmocional 8

Hipoestesia rama maxilar trigémino 8 15,36 16,00

Fractura acuñaamiento 50% D4 6 21,04 22,00

Fractura acuñaamiento 50% D5 6 26,68 27,00

Fractura acuñaamiento 50% D12 6 31,38 32,00

Material de osteosíntesis 5 35,40 36,00

Epifora 4 38,56 39,00

SUBTOTAL 43 38,56 39,00

PERJUICIO ESTÉTICO 9 9 9,00

TOTAL 48,00

Así como los siguientes conceptos indemnizatorios:

OTROS PARÁMETROS:

Presupuesto para cirugía plástica 2.850,00 #

Gastos contratación de personal 12.902,04 #

Gastos médicos 1.331,50 #

Alquiler de vehículo 3.521,63 #

Ropa estropeada en el siniestro 183,80 #

TOTAL 20.788,97 #

Por lo que la indemnización inicial sería:

Días de hospitalización 23 a #/día 54,955542 # total 1.263,98 #

Días improductivos 200 a #/día 44,652581 # total 8.930,52 #

Resto de días incapacidad 96 a #/día 24,046660 # total 2.308,48 #

Indemnización total básica por días de incapacidad 12.502,97 #

% de incremento por perjuicios económicos 5,00% total 625,15 #
Indemnización total por días de incapacidad 13.128,12 #
Puntos secuelas 48 a #/punto 1.239,744654 # total 59.507,74 #
Indemnización total básica por secuelas 59.507,74 #
% de incremento por perjuicios económicos 5,00% total 2.975,39 #
Indemnización total por secuelas 62.483,13 #
Sumatorio de indemnización por otros conceptos 20.788,97 #
Suma de indemnizaciones por incapacidad, secuelas y otros conceptos 96.400,22 #
% de disminución conforme a la regla 7ª 10,00% Resta 9.640,02 #
TOTAL GENERAL 86.760,20 #

Se han realizado los siguientes pagos a cuenta:

ENTREGAS A CUENTA

FECHA IMPORTE

12/07/2002 4.243,57 #

14/10/2002 2.661,66 #

30/01/2003 3.906,63 #

10/05/2004 48.440,13 #

TOTAL 59.251,99 #

Por lo que la cantidad adeudada a sentencia sería:

LIQUIDACIÓN

Indemnización 86.760,20 #

Pagos a cuenta 59.251,99 #

Principal adeudado 27.508,21 #

VIGESIMOCUARTO.- Por su parte, a Dª Consuelo se le reconocen las siguientes secuelas:

CONCEPTOS PUNTOS FORMULA REDONDEO

Lesión ligamento cruzado rodilla izquierda 15

Lesión ligamento cruzado rodilla derecha 10 23,50 24,00

Trastorno trófico moderado con linfedema 10 31,60 32,00

Paresia nervio ciático poplíteo externo izquierdo 7 36,76 37,00

Artrosis postraumática rodilla izquierda 7 41,41 42,00

Lesión ligamento lateral interno rodilla izquierda 5 44,90 45,00

Limitación flexión rodilla izquierda 4 47,20 48,00

SUBTOTAL 58 47,20 48,00

PERJUICIO ESTÉTICO 13 13 13,00

TOTAL 61,00

Así como los siguientes conceptos indemnizatorios:

OTROS PARÁMETROS:

Gastos de cirugía estética 6.150,00 #

Incapacidad permanente total 45.000,00 #

Gastos médicos 130,00 #

Gastos farmacéuticos 147,18 #

Ropa dañada en el siniestro 215,80 #

TOTAL 51.642,98 #

Por lo que la indemnización inicial sería:

Días de hospitalización 67 a #/día 54,955542 # total 3.682,02 #

Días improductivos 190 a #/día 44,652581 # total 8.483,99 #

Resto de días incapacidad 62 a #/día 24,046600 # total 1.490,89 #

Indemnización total básica por días de incapacidad 13.656,90 #

% de incremento por perjuicios económicos 5,00% total 682,85 #

Indemnización total por días de incapacidad 14.339,75 #

Puntos secuelas 61 a #/punto 1.488,312406 # total 90.787,06 #
Indemnización total básica por secuelas 90.787,06 #
% de incremento por perjuicios económicos 5,00% total 4.539,35 #
Indemnización total por secuelas 95.326,41 #
Sumatorio de indemnización por otros conceptos 51.642,98 #
Suma de indemnizaciones por incapacidad, secuelas y otros conceptos 161.309,14 #
% de disminución conforme a la regla 7ª 10,00% Resta 16.130,91 #
TOTAL GENERAL 145.178,22 #

Se han realizado los siguientes pagos a cuenta:

ENTREGAS A CUENTA

FECHA IMPORTE

12/07/2002 4.560,69 #

14/10/2002 2.661,66 #

30/01/2003 3.906,63 #

10/05/2004 56.383,24 #

TOTAL 67.512,22 #

Por lo que la cantidad adeudada a sentencia sería:

LIQUIDACIÓN

Indemnización 145.178,22 #

Pagos a cuenta 67.512,22 #

Principal adeudado 77.666,00 #

VIGESIMOQUINTO.- Las mencionadas cantidades devengarán el interés previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 a contar desde la presente resolución.

VIGESIMOSEXTO.- Al estimarse parcialmente ambos recursos no es procedente hacer expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463).

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

Por lo expuesto,

FALLO

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre de D. Primitivo y Dª Consuelo, contra la sentencia dictada el 20 de junio de 2008, corregida por auto de 16 de marzo de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Betanzos, en los autos del juicio ordinario seguidos con el número 352/2006, a su instancia contra "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros"; e igualmente estimando en parte el interpuesto por la mencionada aseguradora, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, y, en su virtud, estimando parcialmente la demanda formulada, debemos:

1º.- Declarar y declaramos que "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros" deberá indemnizar a D. Primitivo en la cantidad de veintisiete mil quinientos ocho euros con veintinueve céntimos (27.508,21 #); condenando a dicha aseguradora al pago de la mencionada cantidad, que devengará el interés previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 a contar desde la presente resolución.

2º.- Declarar y declaramos que "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros" deberá indemnizar a Dª Consuelo en la cantidad de setenta y siete mil seiscientos sesenta y seis euros (77.666,00 #); condenando a dicha aseguradora al pago de la mencionada cantidad, que devengará el interés previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 a contar desde la presente resolución.

3º.- Todo ello sin expresa imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma podrían interponerse recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, al tratarse de un juicio ordinario por razón de la cuantía, y ser ésta superior a 150.000 euros, en término de cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación, por escrito y para ante este Tribunal; debiendo acreditarse que previamente se constituyó un depósito por importe de cincuenta euros (50 #) por cada recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad Banco Español de Crédito, S.A., con la clave 1524 0000 12 0437 09. Si el recurso lo preparase "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros", al interponerlos deberá acompañar el justificante de haber autoliquidado la «tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional».

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

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores Magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente D. RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ PORTO GARCÍA, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, Secretario, certifico.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 15030370032010100155