

**Resumen**

*Recurren en apelación actores y demandada contra la sentencia de instancia, que condena a la aseguradora demandada a indemnizar a los primeros por el accidente ocurrido como consecuencia del atropello sufrido por el vehículo asegurado por la demandada. Desestima la Sala el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora, que pretendía el aumento del porcentaje en la concurrencia de culpas por parte del perjudicado, cuando fue atropellado al tratar de auxiliar al primer vehículo siniestrado. Entiende la Sala que el perjudicado cumplió con su obligación de auxiliar al conductor del vehículo que previamente había sufrido un accidente, siendo así que el deber legal de la obligación de señalizar el vehículo siniestrado lo es propio conductor de dicho vehículo, y no de los que, como en el caso de autos, acuden a auxiliarle. Fija la Sala la indemnización según el baremo de la fecha del siniestro, señalando que el valor del punto, será el que tenga a la fecha del alta definitiva. Rechaza la Sala la indemnización solicitada a favor de los padres del perjudicado, toda vez que dicha indemnización lo es únicamente para el supuesto de fallecimiento o de gran invalidez, lo que no se da en el caso de autos. Por último condena la Sala a la aseguradora al pago de los intereses moratorios por no haber llevado a cabo una diligencia mínima en cuanto a la cuantía que debiera de haber consignado en los tres meses siguientes al siniestro, habida cuenta de la documentación médica con la que contaba.*

**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 , art.6
- RD 1428/2003 de 21 noviembre 2003. Reglamento General de Circulación art.129 , art.130
- RDLeg. 339/1990 de 2 marzo 1990. TA Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial art.51
- Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro art.20

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	7

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

- ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN
  - RESPONSABILIDAD
    - Concurrencia de culpas
  - EXCLUSIONES DE RESPONSABILIDAD
    - Culpa exclusiva de la víctima
    - Desestimación
- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
  - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS
    - En accidente de circulación
      - Prueba de los daños
      - Importe
      - Compensación de culpas
- SEGUROS
  - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR
    - Obligaciones
      - Recargos por demora en el pago
      - Automóvil

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Agresor, Lesionado; Desfavorable a: Agresor, Lesionado

Procedimiento: Apelación, Juicio Ordinario

### Legislación

Aplica art.1, art.6 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.129, art.130 de RD 1428/2003 de 21 noviembre 2003. Reglamento General de Circulación

Aplica art.51 de RDLeg. 339/1990 de 2 marzo 1990. TA Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial

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

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

Cita art.217, art.348, art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

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

Cita Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.1.2 de D 632/1968 de 21 marzo 1968. TR Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe STS Sala 1ª de 23 octubre 2008 (J2008/190071)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe STS Sala 1ª de 19 septiembre 2008 (J2008/173087)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe STS Sala 1ª de 9 julio 2008 (J2008/173072)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - 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 EXTRA CONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe STS Sala 1ª de 10 julio 2008 (J2008/118948)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe STS Sala 1 Pleno de 17 abril 2007 (J2007/39652)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe STC Sala 1ª de 23 febrero 2004 (J2004/5429)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - En accidente de circulación - Importe STS Sala 1ª de 22 julio 1994 (J1994/11394)

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.3 de VIGO, con fecha quince de septiembre de dos mil ocho, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Jesús María González Díaz en nombre y representación de D. Alberto, Dª María Esther y D. Carmelo, debo condenar y condeno a la entidad aseguradora AXA GESTIÓN DE SEGUROS Y REASEGUROS a que indemnice a D. Alberto, en la cantidad de 250,054,99 EUR, de la que habrá que deducir las cantidades entregadas a cuenta por la entidad condenada.

Cantidades que devengarán el interés a que hace referencia el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro EDL 1980/4219 desde la fecha de siniestro y hasta su completo pago, a excepción de las cantidades ya entregadas que sólo devengarán el referido interés hasta el momento de su respectivo pago.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas."

Por el Procurador Sr. JESÚS MARÍA GONZÁLEZ DÍEZ, se solicita aclaración y en su caso, rectificación de la Sentencia, dictándose AUTO, con fecha veintinueve de octubre de dos mil ocho, cuya parte dispositiva dice así:

"Que debía aclarar y aclaro la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2008 en el sentido de hacer constar en el fundamento jurídico Sexto que la cantidad a indemnizar al perjudicado por las secuelas reconocidas se fija en 181.309,40# (76 x 2385,65), y el factor de corrección de la tabla cuarta que queda fijado en 18.130,94 #, por lo que la cantidad total a indemnizar al perjudicado por daños personales asciende a 317.103,63 euros.

Por lo que en el fallo donde dice "...debo condenar y condeno a la entidad aseguradora AXA GESTIÓN DE SEGUROS Y REASEGUROS a que indemnicen a D. Alberto en la cantidad de 265.490,06 #..."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por los Procuradores Sres. JESÚS MARÍA GONZÁLEZ DIEZ y D.TICIANO ATIENZA MERINO, en nombre y representación de D. María Esther, D. Carmelo y D. Alberto el primero y, de la Entidad " AXA GESTIÓN DE

SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.", el segundo, se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, estando presentados los escritos dentro del plazo señalado, se tiene por formalizado el trámite de oposición a los recursos.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las presentes actuaciones a la Audiencia Provincial de Pontevedra, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección Sexta, sede Vigo, señalándose para la deliberación del presente recurso el día DOS de DICIEMBRE de DOS MIL DIEZ.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de D. Alberto formuló demanda de responsabilidad extracontractual, interesando una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en cuantía de 485.639 euros (resultado de deducir 136.098 euros del total que considera indemnizable), dicha pretensión se basó, en esencia, en los siguientes hechos: el día 18 de enero de 2003, sobre las 23,15 horas en el punto kilométrico 0,300 de la autopista A-9, como consecuencia de un accidente de tráfico el turismo Seat Ibiza se encontraba detenido en el carril derecho, al observar tal situación los ocupantes del vehículo Fort Fiesta mat. TA-....-TK se detuvieron para auxiliar a los pasajeros del Seat, una vez atendidos los ocupantes de este vehículo que habían salido del mismo por su propio pie, los auxiliares, con el conductor del vehículo siniestrado (Seat), decidieron señalar el accidente dirigiéndose a este último vehículo para coger el oportuno triángulo y en el momento que se encontraban abriendo el maletero fueron arrollados por la furgoneta Mercedes mat.....-JJZ, conducida por el demandado D. Carlos Miguel y asegurada en la entidad Axa Gestión de Seguros y Reaseguros, falleciendo dos de los chicos (conductores, respectivamente, del Ford y del Seat) y resultando gravemente herido su representado. Asimismo formularon demanda en reclamación de 90.000 euros por daños psicológicos los padres de D. Alberto.

La sentencia de instancia apreció concurrencia de culpas, cifrando en un 75% la conducta del conductor de la furgoneta Mercedes y un 25% la del peatón atropellado, indemnizando al reclamante de acuerdo con el informe de sanidad emitido por la médico forense, lo que arrojó una cantidad de 317.103,63 euros a las que añadió la suma de 29.832,23 euros por intervenciones quirúrgicas en la clínica Dexeus y desplazamientos y la de 1.905,86 por gastos farmacéuticos y ortopédicos, cuyo total, una vez deducido el 25%, quedó fijado en 265.490,06 euros. Dichas cantidades fueron cuantificadas de acuerdo con los valores establecidos en la Resolución de 7 de febrero 2005 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en consideración a que el perjudicado fue dado de alta el 21 de noviembre 2005. Asimismo apuntar que en la sentencia se rechaza la reclamación deducida por los padres de D. Alberto por estimar que la misma se encuentra prescrita.

Los pronunciamientos contenidos en la resolución anterior son recurridos en apelación por ambas partes litigantes. La representación de la aseguradora Axa, limita su recurso a dos extremos: el porcentaje de culpa atribuido a su representado y la improcedencia de los intereses moratorios impuestos. En cuanto a los demandantes, la representación de los Sres. Carmelo y María Esther combaten la apreciación de la prescripción y defienden la viabilidad de los daños morales en la cuantía que reclaman, mientras que la misma representación respecto a D. Alberto cuestiona que la sentencia no tenga en cuenta los art. 1 y 6 de la LRCSCVM EDL 2004/152063 y defiende la falta de aportación causal en el accidente de su representado, asimismo considera que es de preceptiva aplicación el baremo de la Ley 30/95 EDL 1995/16212 y no el de la Ley 34/2003 EDL 2003/112553, que es el aplicando en la sentencia, terminado por discrepar con la forma en que en la sentencia se valoran las secuelas, la puntuación otorgada y la forma de utilizar la fórmula de la concurrencia.

SEGUNDO.- Como ya se apuntó, ambas partes apelantes cuestionan el porcentaje de la incidencia causal de sus respectivos representados, así la aseguradora condenada pretende en su recurso que se igualen los porcentajes de culpa de su asegurado y del demandante, mientras que la representación del Sr. Alberto rechaza el porcentaje de culpa que en la sentencia se atribuye a su representado.

Nos encontramos ante un hecho generador de lesiones corporales producidas por un medio productor de riesgo como es un vehículo de motor al que, dada la fecha en que sucedieron los hechos (18 de enero 2003) le son aplicables los art. el art. 1 y 6 de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, aprobada por la D.A. 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre EDL 1995/16212, que establecen, respectivamente, lo siguiente "el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos", "el asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes, el cual, o sus herederos, tendrá acción directa para exigirlo. Únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1 de la presente". Lo anterior supone que la exclusión de responsabilidad del conductor y, por ende, de su aseguradora, solo se produce cuando el deudor de la prestación resarcitoria demandado prueba cumplidamente (art. 217 LEC EDL 2000/77463), la culpa exclusiva de la víctima o la existencia de fuerza mayor extrínseca a la conducción o al funcionamiento del vehículo, en el entendimiento de que la falta de acreditación de alguna de estas no libera radicalmente de pagar la indemnización, sin perjuicio de que pueda moderarse su importe si se acredita la colaboración causal relevante de la víctima o perjudicado, con independencia de las cualidades permanentes de éste, por cuanto lo relevante no es la imputabilidad, sino la aportación causal.

Partiendo de estos parámetros resulta incuestionable la intervención de la negligencia del conductor de la furgoneta en el curso causal; pues, como de hecho se declara en la sentencia apelada, de haber mantenido este conductor la atención debida en la conducción pudo haber advertido la presencia del vehículo Seat siniestrado y de los peatones sobre el carril derecho de la calzada y así realizar una

maniobra evasiva hacia la izquierda, utilizando el carril que se encontraba completamente libre, como de hecho hicieron sin problema alguno varios de los vehículos que le precedían, entre ellos el Ford Fiesta, cuyo conductor detuvo su vehículo en el arcén derecho para auxiliar a los ocupantes del Seat siniestrado.

En cuanto al demandante, se afirma en la sentencia su culpa, en concurrencia con el anterior, argumentando, al efecto, que los ocupantes del Ford Fiesta lo primero que debieron de hacer una vez que detuvieron su vehículo en la A-9 fue señalar el accidente y aunque resulte muy loable que primero auxiliasen a las víctimas del accidente, esto no deja de ser un comportamiento imprudente, generador de un alto riesgo para la circulación. Tal apreciación no puede ser aceptada. El art. 51 del R.D.L. 339/1990 EDL 1990/12827 por el que se aprobó el Texto Articulado de la ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, así como el art. 129 del Reglamento General de la Circulación establecen que "los usuarios de las vías que se vean implicados en un accidente de tráfico, lo presencien o tengan conocimiento de él, estarán obligados a auxiliar a las víctimas, si las hubiere, prestar su colaboración para evitar mayores peligros o daños, restablecer, en la medida de lo posible, la seguridad de la circulación, y esclarecer los hechos". Significar que el incumplimiento de esta obligación está sancionado tanto administrativa como penalmente (delito de omisión del deber de socorro) En el párrafo 2 del citado art. 51 en absoluta concordancia con el art. 130 del Reglamento General de la Circulación se establece que "si por causa del accidente o avería el vehículo o su carga obstaculizaren la calzada, los conductores, tras señalar convenientemente el vehículo o el obstáculo creado, adoptarán las medidas necesarias para que sea retirado en el menor tiempo posible, debiendo sacarlo de la calzada y situarlo cumpliendo las normas de estacionamiento siempre que sea factible".

Está acreditado que en cumplimiento de esta obligación el conductor y ocupante del Ford acudieron a socorrer a las víctimas del Seat, cuyo conductor, momentos antes perdió el dominio del vehículo, lo que ocasionó su colisión contra la bionda de protección y que quedará inmovilizado en el carril derecho de la calzada. También está acreditado que el conductor y la ocupante del Seat salieron del vehículo siniestrado por su propio pie. Con estos presupuestos la obligación del deber de señalar el accidente que inicialmente tuvo el vehículo Seat y que determinó que quedara inmovilizado sobre la calzada derecha, de acuerdo con los citados 51.2 LTCVMSV y su correlativo 130 RGC, en modo alguno puede ser imputable al demandante, mero ocupante del Ford Fiesta, que por lo demás dio cumplimiento a las previsiones del art. 51.1 y 129, sino a su conductor, ya que, como se desprende de la propia literalidad de los preceptos citados la obligación de señalar convenientemente el vehículo obstaculizador pesa sobre su conductor, sobre todo en supuesto como el de autos en el que se acreditó que el conductor salido del vehículo siniestrado por su propio pie, y no sobre el ocupante de un tercer vehículo cuya obligación primordial es auxiliar a las víctimas, de ahí que, por parte de la víctima, aquí demandante, no apreciemos concurrencia causal alguna en el resultado producido, puesto que el dato esencial que permitiría derivar tal incidencia de una negligencia del perjudicado es la falta de señalización del vehículo implicado en el primer accidente y ello, presente el conductor de éste vehículo y moviéndose por su propio pie, no incumbía como obligación primordial al Sr. Alberto, quien al no haber intervenido en la causación del accidente ni serle reprochable la omisión que se le imputa en la sentencia, se presenta, en su condición de tercero perjudicado, como un mero receptor pasivo, de ahí que la indemnización que le corresponda ha de ser íntegra sin compensación alguna por imprudencia o culpas que le son ajenas.

A lo anterior cumple añadir que, en virtud del principio dispositivo, la Sala en modo alguno puede entrar a valorar esa supuesta culpa que la apelante atribuye al fallecido conductor del Seat, pues es sabido que para que el juzgador pueda valorar supuestos comportamientos confluyentes en la producción del resultado, es decir, para examinarlos de forma individualizada en un plano comparativo a fin de determinar su eficacia preponderada, análoga o de inferioridad, es preciso que se haya entablado la oportuna pretensión, lo que aquí no ha acaecido. Ello sin perjuicio de que un ulterior proceso de repetición frente a la aseguradora que se considere responsable, lo que en nada afecta a la acción aquí ejercitada, pues, en un principio, la responsabilidad de las entidades aseguradoras frente al tercero perjudicado, es solidaria y cualquiera de ellas se halla pasivamente legitimada a los efectos de la acción de dicho tercero.

Con este planteamiento el motivo impugnatorio del recurso interpuesto por la aseguradora condenada, en cuanto manifiestan su disconformidad con el señalamiento porcentual de culpabilidad de su conductor asegurado no deben prosperar, al contrario que el interpuesto por la representación del apelante Sr. Alberto.

**TERCERO.-** Con cita de la conocida STS de 17 de abril de 2007 EDJ 2007/39652 se invoca en el recurso la preceptiva aplicación del baremo contenido en la Ley 30/95 EDL 1995/16212 y, por lo tanto, la improcedencia de la sentencia de baremar las secuelas de acuerdo con la Ley 34/2003 EDL 2003/112553. El motivo debe prosperar desde el momento que el Pleno de la Sala Primera, plasmado en la citada STS de 17 de abril de 2007 fija la doctrina aplicable, luego recogida por las STS de 9 EDJ 2008/173072, 10 EDJ 2008/118948, 23 de julio EDJ 2008/128041, 18 de septiembre EDJ 2008/173087 y 23 de octubre 2008 EDJ 2008/190071, entre otros. La doctrina establecida en las referidas sentencias establece que es el momento del accidente el que determina el régimen legal aplicable y la cuantificación de la indemnización debe atenerse al valor del punto en el momento del alta definitiva, es decir, los daños derivados de accidente de tráfico deben fijarse de acuerdo con el sistema legal vigente en la fecha en que se produjo el accidente, hecho causante del daño; no obstante, a la hora de realizar la cuantificación económica de los perjuicios se deberá estar, a efectos de determinar la indemnización que proceda, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. Así la STS de 9 de junio 2008 parte de que deben distinguirse dos momentos: 1º) La regla general determina que el régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 1968/1241 y el punto 3º del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212, que no fija la cuantía de la indemnización, porque no liga al momento del accidente el valor del punto que generará la aplicación del sistema. El daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determina en el momento en que este se produce y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias personales y familiares, incapacidad, beneficiarios en los casos de muerte, etc.), que serán los del momento del accidente. En consecuencia y por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del

régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado y, 2º) Sin embargo, añade la sentencia, puede ocurrir y de hecho ocurre con demasiada frecuencia, que la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado se tengan que determinar en un momento posterior. El artículo 1.2 y el número 3 del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212 no cambia la naturaleza de deuda de valor que esta Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales, según reiterada jurisprudencia. En consecuencia, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva. De este modo, el principio de irretroactividad queda salvado porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación pueda tener lugar en un momento posterior y de este modo se salvan también las finalidades perseguidas por la Ley 30/1995 EDL 1995/16212 , puesto que ambos momentos son seguros.

Esta doctrina no conduce a la estimación del motivo. Así, se hace preciso distinguir entre el régimen aplicable y la cuantificación del daño, para ello ha de tomarse en cuenta la fecha del accidente (18 de enero 2003) lo que determina que el régimen aplicable ha de ser el previsto en la Ley 30/95 EDL 1995/16212 , sin embargo para calcular la cuantía de los daños sufridos ha de considerarse la fecha del alta (21 de noviembre 2005), de ahí que estos han de cuantificarse de acuerdo con la Resolución de 7 de febrero 2005 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

CUARTO.- Pasando a resolver el motivo impugnatorio que muestra su discrepancia con las secuelas reconocidas en la sentencia, la puntuación y la fórmula de corrección debemos partir de los siguientes datos:

a) En la demanda, en lo que respecta a D. Alberto, se reclamaron con base en informe de parte suscrito por el Dr. Pedro 41 días de hospitalización, a 61,987 euros (2.540 euros) y 1001 impeditivos a 50,35 euros (50.400 euros) y 114 puntos de secuelas (100 porcentuales y 14 perjuicio estético), a 3.004,96 euros puntos (342.565 euros). Además reclamó el 10% factor de corrección, 80.000 euros por incapacidad permanente total y 75.000 por daños morales, lo que supone 590.055 a los que añadió los gastos referidos en el fundamento sexto de la demanda (31.673 euros). Total 621.728 euros, que deducidos los 136.098 euros resultan 485.639 euros reclamados en la demanda, con los intereses del art. 20 LCS EDL 1980/4219 .

b) En la causa contamos con el informe de sanidad emitido por la médico forense, que es el acogido en sentencia, el cual atiende en la descripción y puntuación de las secuelas al baremo contenido en el ley 34/2003 EDL 2003/112553 , al igual que el perito Dr. José Miguel, especialista en daño corporal, quien fue nombrado judicialmente, estableciendo un total de secuelas psicofísicas de 63-64 puntos y un perjuicio estético de 12-14 puntos. Asimismo contamos con el informe del Dr. Sabino, adjuntado por la aseguradora demandada, el cual propuso, esta vez de acuerdo con el baremo de la ley 30/95 EDL 1995/16212 , por daño fisiológico un valor de 60 puntos y por perjuicio estético de 7 a 12 puntos, así como con el informe emitido por el Dr. Cayetano, médico especialista en cirugía ortopédica y traumatológica, que fue nombrado judicialmente, quien igualmente informó las secuelas de acuerdo con la Ley 30/95 EDL 1995/16212 .

c) En la sentencia de instancia, de acuerdo con el baremo de la ley 34/03 EDL 2003/112553 , se acogen las secuelas referidas en el informe forense y la puntuación del perito D. José Miguel, quien cuantifica las mismas en un total de 63 puntos más 13 de perjuicio estético, puntuación total a la que, una vez cuantificada se le añadió el 10% de factor de corrección de la tabla IV, 70.000 euros por incapacidad permanente total y el factor de corrección del 10% de la tabla V, más un total de 31.738,09 euros por los conceptos referidos en los fundamentos séptimo y octavo de la sentencia.

d) Como de alguna manera ya se adelantó, la representación del perjudicado apelante acepta en su recurso los periodos de incapacidad temporal concedidos en la sentencia apelada, discrepando en las secuelas por las que en esta alzada reclama 113 puntos (100 ponderados más 13 de perjuicio estético), así como la incapacidad permanente total por la que reclama 77.639 euros, más el 10% factor corrección (85.402 euros) y 75.000 euros por daños morales complementarios, más el 10% de factor de corrección (82.500 euros), a las incapacidad temporales, cuya cuantía consiente (43.329 euros) solicita se le aplique el factor de corrección del 10% de la Tabla V, por lo que, una vez añadidos los 31.738 euros concedidos en la sentencia por gastos médicos y farmacéuticos, la suma reclamada en esta instancia se fija en 598.012 euros.

No explica suficientemente el Juez a quo su decisión de inclinarse, tan decididamente, por el informe del Sr. Médico Forense y del Sr. José Miguel, en cuanto a la puntuación, cuando ambos informes no valoran el daño conforme al régimen aplicable, sino que lo hacen conforme a la Ley 34/2003 EDL 2003/112553 y existe un perito judicial especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología que si valoró el daño conforme al régimen legalmente aplicable. Así las cosas, debe adelantarse al hilo de la denuncia de error en la valoración de la prueba que el art. 348 de la LEC EDL 2000/77463 dispone que la prueba pericial se apreciará según las reglas de la sana crítica y la jurisprudencia es muy reiterada respecto a la valoración de la prueba pericial, al sentar que la misma es de apreciación libre, no tasada, valorable por el Juez según su prudente criterio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación, también la jurisprudencia ha declarado que los tribunales no están obligados a someterse a las decisiones de los dictámenes periciales y de concurrir varios pueden atender al que se presente más completo, definidor y más objetivo para resolver la contienda. Pues bien, a la vista de la documentación aportada y de las pruebas practicadas, esta Sala no comparte la decisión del Juez a quo de prescindir de otras periciales, una de ellas judicial, que, además, no difieren sobremanera del informe forense pero tienen la ventaja de valorar el daño de acuerdo con el régimen legal realmente aplicable. Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, la especialidad del Dr. Cayetano, la coincidencia entre la pericial de la parte actora y la judicial de este perito y que ambas están debidamente apoyadas en una documentación médica suficientemente acreditada, se está en el caso de asumir las secuelas y puntuarlas, de acuerdo con los informes de tales peritos, tal y como, entre otras consideraciones, se expone a continuación:

a) Incapacidad temporal, dado que las partes consienten los periodos y cuantificaciones fijados en la sentencia, la indemnización por este concepto se mantiene en la suma de 43.329 euros, que, incrementado en el 10%, correspondiente al factor de corrección de la tabla V, arroja un total de..... 47.661 euros.

b) Secuelas. Se establecen las fijadas por el perito judicial especialista en Traumatología, si bien, algunas de ellas, se limitaran en su puntuación a las peticiones deducidas en la demanda, resultando las siguientes: síndrome depresivo postraumático (10 puntos), excitabilidad y agresividad continuada (20 puntos), alteración de la personalidad, labilidad emocional e inadaptación (8 puntos), cervicalgia con rigidez (10 puntos), lumbalgia esporádica (6 puntos), disyunción pubica y sacroilíaca (8 puntos), coxigodinia (4 puntos), traumatismo testicular con oligoastenozoospermia (10 puntos), impotencia coeundi por disfunción eréctil (10 puntos), material de osteosíntesis (8 puntos) flexión de rodilla inferior a 90° (10 puntos) extensión de rodilla limitada (10 puntos), ligamento lateral operado (7 puntos) laxitud de ligamentos cruzados (10 puntos) inestabilidad en genu valgo-varo (8 puntos) y rodilla artrósica dolorosa que precisará intervención futura (12 puntos). Aplicada la fórmula de la concurrencia, que la adversa no cuestiona, la suma se sitúa en 100 puntos a los que hay que añadirle 13 de perjuicio estético, lo que hace un total de 113 puntos, que cuantificados a 2.821,5 cada uno, da un resultado de 318.829 euros, importe que ha de ser incrementado con el 10% de factor de corrección de la Tabla V, lo que arroja por este concepto la suma de..... 350.711 euros

c) Por incapacidad permanente total, se considera adecuada la indemnización concedida en la sentencia, sin que opere sobre el mismo el pretendido factor de corrección..... 70.000 euros.

d) Por daños morales complementarios al exceder las secuelas concurrentes de 90 puntos y no cuestionar la cuantía la adversa procede indemnizarla en la cantidad solicitada, sin que tampoco opere el factor de corrección..... 75.000 euros.

e) Asimismo y dado que es un concepto consentido se indemnizaran también los gastos médico y farmacéuticos..... 31.738 euros.

Lo anterior hace un total indemnizable de 575.110 euros, cantidad de la que habrá deducirse el importe de todas las cantidades entregadas a cuenta, que, salvo error u omisión, ascendieron a la cantidad de 136.098 euros, de ahí que la parte dispositiva se fije la cantidad que se ha de satisfacer al perjudicado en 439.012 euros.

QUINTO.- En cuanto a los intereses del art. 20 LCS EDL 1980/4219, la sentencia apelada establece que se devengaran desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago, a excepción de las cantidades ya entregadas que sólo devengarán el referido interés hasta el momento de su respectivo pago. Tal decisión es recurrida por la representación de la aseguradora condenada que considera que no existe razón para tal imposición.

El establecimiento de los intereses moratorios a cargo de las aseguradoras que no cumplen con prontitud su obligación reparadora trata de estimular la acción prestacional de las compañías de cara a los terceros perjudicados por la siniestrabilidad ocasionada con motivo de la circulación automovilística, a la vez que encierra una sanción a la entidad aseguradora morosa en el cumplimiento de sus obligaciones reparadoras. Estos intereses, que tienen un verdadero carácter penitencial, tienen la finalidad de compensar al perjudicado por el detrimento económico que supone la tardía percepción de la indemnización, que en realidad se genera en el mismo momento de producirse el hecho dañoso de cuya reparación la aseguradora debe responder frente al perjudicado, que lo es por el simple hecho de haberse visto afectado directamente por el hecho perjudicial generador de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor. Ocurre que el recargo por mora del art. 20 LCS EDL 1980/4219 se impone de oficio y únicamente no procedería cuando la falta de pago de la indemnización o del importe mínimo esté fundada en causa justificada o que no fuere imputable a la aseguradora (art. 20.8 LCS EDL 1980/4219).

Pues bien, consideramos que los motivos alegados en el recurso no merecen ser calificados como causa justificadora o no imputable a la aseguradora. La Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 viene a imponer al asegurador el cumplimiento de una debida diligencia para hacer las comprobaciones necesarias, determinar la cuantía a abonar y cumplir su prestación o consignarla en un plazo de tres meses desde la producción del siniestro, en el caso consta acreditado que la aseguradora, superados los tres meses del accidente se limitó otorgar un aval bancario por importe de 142.540 euros, de los que al demandante correspondían 10.347,63 euros, dado que el resto se repartía entre los demás perjudicados (dos fallecidos y una lesionada), a satisfacer la pensión provisional fijada judicialmente y a ofrecer 80.314,43 euros, ya en el año 2006. Se dice en el recurso que la aseguradora sólo pudo efectuar ingresos a partir de la información facilitada por la Medico Forense, pues bien, consta que a partir del 20 de mayo de 2003 y hasta el informe de sanidad definitivo, la Forense que examinó a D. Alberto emitió hasta 21 partes médicos, en los que, sin ninguna duda se evidencia los múltiples tratamientos médicos y quirúrgicos a que se vio sometido el lesionado, así como la gravedad de las secuelas, de manera que sólo con esos partes la aseguradora pudo conocer la verdadera situación del perjudicado, en todo momento, lo que le hubiese permitido observar la debida diligencia en el cumplimiento de indemnizar. Tampoco es excusa el hecho que el juzgado no hubiese dictado la declaración de suficiencia y, lo más importante, la diferencia cuantitativa entre la cantidad reclamada por el demandante y la realmente entregada, es considerable; en fin, que las entregas fueron insuficientes y se verificaron tardíamente, de ahí que la imposición del interés que se hace en la sentencia, excepcionando los pagos efectuados que sólo devengaran intereses hasta el momento de su respectivo pago, la estimemos correcta.

SEXTO.- En el recurso se mantiene la petición de indemnización en la cantidad de 90.000 euros favor de los padres de D. Alberto y ello en base a los factores de corrección que se contemplan en la Tabla IV bajo el epígrafe "perjuicios morales a familiares".

La sentencia de instancia declara prescrita la acción y el apelante argumenta que la misma incurre en incongruencia por cuanto la prescripción no fue interesada en la contestación a la demanda. El motivo se estima. Partiendo de que en la demanda se ejercitaron dos acciones acumuladas, aparece que una mera lectura de los alegatos contenidos en el hecho primero de la contestación a la demanda evidencia que respecto de la acción ejercitada por los progenitores de D. Alberto la prescripción no fue oportunamente alegada. La prescripción es una autentica excepción que únicamente puede ser opuesta por la parte, en cuanto introduce un hecho nuevo que debe ser conocido por la contraria para que se cumpla el principio de contradicción. No hacerlo así, es decir, no alegada oportunamente y apreciada de oficio por el juez, significa incurrir en incongruencia susceptible de provocar efectiva indefensión, ya que se produciría una modificación del debate procesal entre las partes por alteración del objeto del proceso.

No obstante lo anterior la pretensión indemnizatoria de los progenitores de D. Alberto no puede ser acogida. En efecto, la tesis de la aseguradora es correcta, el factor de corrección por perjuicios morales de familiares (Tabla IV del Baremo) procede sólo en caso de gran invalidez. Sentido este en el que, siguiendo doctrina precedente, se pronuncia la reciente STS de 20 de abril 2009 que estima improcedente la aplicación del factor de corrección por perjuicios morales de familiares, y ello por las razones siguientes: 1ª) Según ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/2004 de 23 de febrero de 2004 (Recurso de Amparo 4068/98) EDJ 2004/5429 , en atención a lo dispuesto en el punto 4 del Anexo, fuera del supuesto de fallecimiento de la víctima, sólo ésta puede ser considerada perjudicada, no siendo posible otorgar esa condición a los progenitores de la víctima no fallecida. 2ª) En todo caso, la Tabla IV, que regula los factores de corrección aplicables a las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, contempla como tal factor corrector el perjuicio moral de familiar tan sólo en relación con grandes inválidos, esto es, personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas, situación que no se da en el caso que nos ocupa, sin que pueda la Audiencia hacer de lo excepcional una regla general, ni obviar lo que resulta del tenor literal de la norma, a fin de extender la consecuencia jurídica contemplada para un caso concreto a un supuesto fáctico diferente, pues ello no es dable, ni por vía de interpretación extensiva, en cuanto, como se ha dicho, la claridad del texto hace imposible el entendimiento de que el supuesto enjuiciado se encuentra comprendido por la norma en cuestión, ni acudiendo a la analogía, al no ser posible la aplicación analógica de normas de vocación tan concreta o singular como las que forman parte del baremo (por todas, Sentencia de 22 de julio de 1994 EDJ 1994/11394 ).

En consecuencia se rechaza el motivo.

SEPTIMO.- La desestimación del recurso interpuesto por la aseguradora Axa, implica que se le impongan las costas procesales que se hubieren devengado en esta instancia, en tanto que la estimación parcial del recurso interpuesto por el procurador Sr. González implica que no se haga expresa declaración respecto a las causadas en esta alzada (art. 398 LEC EDL 2000/77463 ).

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española EDL 1978/3879 .

## FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Ticiano Atienza Merino en nombre y representación de la entidad AXA Gestión de Seguros y Reaseguros, S.A., frente a la sentencia dictada en fecha 15 de septiembre de 2008 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Vigo en Procedimiento Ordinario núm. 715/07. Asimismo se estima parcialmente el recurso interpuesto por el procurador Jesús María González Diez, en nombre y representación de D. Alberto y de sus padres Dª María Esther y D. Carmelo, frente a la ya referida sentencia en el sentido de condenar a la aseguradora, AXA Gestión de Seguros y Reaseguros, S.A., a que indemnice a D. Alberto en la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL, DOCE EUROS (439.012 euros), suma de la que se habrá de deducir las cantidades entregadas a cuenta, manteniéndose los demás pronunciamientos en orden a los intereses y costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma podrían interponerse recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, 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.- (0915000012...núm. rollo y año), Sucursal de C/ Coruña. Y en su caso, al interponerlos deberán acompañar el justificante de haber autoliquidado la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

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

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrado/s que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 36057370062010100754