

## EDJ 2011/204900

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 20-7-2011, nº 599/2011, rec. 820/2008

Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio

Comentada en "La estabilización de las lesiones en los accidentes de tráfico ¿fraude o realidad lesional y derecho del lesionado a mantener la atención sanitaria? Respuesta de los tribunales"

### Resumen

*El TS declara haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el demandante que reclamó una indemnización contra el conductor causante del accidente de tráfico producido y su aseguradora. Explica el Alto Tribunal que no procede revisar la indemnización concedida por la AP, pues resulta conforme con el sistema la decisión de conceder una suma inferior a la máxima establecida para la modalidad de incapacidad permanente apreciada, con fundamento en la preexistencia de patologías previas. No obstante señala la Sala que dado que constituye hecho probado que el actor realizaba una actividad laboral remunerada en el momento del siniestro, como se deduce de su condición de funcionario público y de las declaraciones de IRPF correspondientes dicha circunstancia es suficiente para reconocerle el derecho a que la indemnización básica por la incapacidad temporal sea incrementada con el factor corrector por perjuicios económicos en el mínimo del 10%, aun cuando no lograra probar de forma concreta sus ingresos.*

### 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 anx.un.4 , anx.un.5

Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro art.20 , art.76

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.1902

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	14
FALLO .....	18

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN

##### INDEMNIZACIÓN

- En general
- Prueba de los daños
- Importe
- Otras cuestiones

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### Responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor

##### Daños y perjuicios

##### Daños personales

##### Incapacidad temporal

#### Seguro de automóviles y de viajeros

##### El seguro obligatorio de viajeros

##### Daños susceptibles de indemnización

##### Incapacidad permanente

#### Valoración de daños en las personas

##### Sistema de valoración de daños

##### Explicación del sistema

##### Indemnizaciones por incapacidad temporal (Tabla V)

##### Factores de corrección

En general

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

Contrato de seguro

La indemnización

Pago

El caso especial de la responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico

Seguro obligatorio de viajeros

Daños susceptibles de indemnización

Incapacidad permanente

Incapacidad temporal

## FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento: Recurso de casación

### Legislación

Aplica anexo 4, anexo 5 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, art. 76 de Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro

Aplica art. 1902 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita RDL 8/2004 de 5 noviembre 2004. Indemnizaciones a participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad

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 Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art. 2 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

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

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 11 octubre 2011 (J2011/251734)

Citada en el mismo sentido por SAP Almería de 21 octubre 2011 (J2011/288357)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 13 octubre 2011 (J2011/324227)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 27 abril 2012 (J2012/107491)

Citada en el mismo sentido por SAP Tarragona de 9 enero 2012 (J2012/26982)

Citada en el mismo sentido por SAP Murcia de 20 marzo 2012 (J2012/55210)

Citada en el mismo sentido por SAP Guadalajara de 4 abril 2012 (J2012/60709)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 30 abril 2012 (J2012/89292)

Citada en el mismo sentido por SAP Ciudad Real de 12 enero 2012 (J2012/9372)

### Bibliografía

Comentada en "La estabilización de las lesiones en los accidentes de tráfico ¿fraude o realidad lesional y derecho del lesionado a mantener la atención sanitaria? Respuesta de los tribunales"

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de julio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación que con el núm. 820/2008 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Bernardo, aquí representado por la procuradora de los tribunales D.ª Imelda Marco López, contra la sentencia de 4 de febrero de 2008, dictada en grado de apelación, rollo núm. 3300/07, por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dimanante del juicio ordinario número 330/06 del Juzgado

de Primera Instancia número 1 de Azpéitia. Es parte recurrida la entidad Catalana Occidente, S.A., que ha comparecido representada por la procuradora D<sup>a</sup> Katuska Marin Martín.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Azpéitia dictó sentencia de 26 de abril de 2007, en el juicio ordinario núm. 330/06, cuyo fallo, convenientemente aclarado por auto de 2 de mayo de 2007, dice:

«Que, con estimación parcial de la demanda interpuesta por D. Bernardo contra D. Leoncio, en situación procesal de rebeldía y contra Catalana de Occidente S.A., debo condenar y condeno a los codemandados a abonar conjunta y solidariamente a la actora:

»La cantidad de 47.514,607 euros, con el desglose siguiente:

»Por incapacidad temporal el total asciende a 15.288,347 euros.

»Por incapacidad permanente o secuelas por 23 puntos un total de 22.142,26 euros.

»Por la indemnización adicional en concepto de lesiones permanentes 10.000 euros.

»Por gastos de ortopedia un total de 84 euros.

»De dicha cantidad total indemnizatoria 47.514,607 euros habrá que deducir la cantidad de 28.074,87 euros que ya fue abonada al actor, por lo que la cantidad pendiente de pago asciende a 19.439,737 euros.

»Respecto a los intereses la cantidad total indemnizatoria 47.514,607 euros devengará respecto del Sr. Leoncio el interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago de conformidad con el art. 576 de la LEC. EDL 2000/77463 Y a cargo de la aseguradora Catalana de Occidente S.A. del total de la cantidad indemnizatoria 47.514,607 euros, la cantidad de 28.074,87 euros, devengará el interés legal del dinero incrementado en un 50% desde la fecha del siniestro día 17-8-2001 hasta el 1-8-2003 fecha de la consignación y el resto del total indemnizatorio, es decir, 19.439,737 euros devengará un interés del 20 % desde la fecha del siniestro hasta su completo pago».

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. El Sr. Bernardo ejercita acción en reclamación de cantidad en concepto de daños personales causados con motivo de la circulación, al amparo del art. 1902 y concordantes del CC EDL 1889/1, el art.1 y concordantes de la LRCSCVA y el art. 76 de la LCS. EDL 1980/4219

»Sobre la normativa jurídica aplicable significar que la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063 constituye norma especial en materia de accidentes de circulación frente a la regulación general del art. 1902 CC EDL 1889/1 sobre responsabilidad extracontractual. Establece dicha normativa especial un sistema de responsabilidad distinto para los daños materiales y personales.

»Tras disponer en el apartado primero que "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 materia de daños personales establece el denominado sistema de responsabilidad por riesgo, disponiendo en el párrafo segundo del apartado primero que "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 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 no la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos".

»De forma que para el éxito de la pretensión indemnizatoria por daños personales, que es la deducida en la demanda, al perjudicado le basta la prueba del daño y su relación de causalidad con el accidente, recayendo sobre la parte demandada, para quedar exonerado de toda responsabilidad, la carga de la prueba de culpa exclusiva de la parte perjudicada o que el siniestro se produjo por fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

»Consideraciones las precedentes sobre carga de la prueba en lo que hace a la dinámica accidental y consiguiente responsabilidad en su causación con arreglo a la normativa aplicable, que en el presente caso no ofrece controversia alguna, siendo que la aseguradora demandada no cuestiona tal responsabilidad.

»Admisión de la responsabilidad en la causación del siniestro que, en cuanto tal hecho admitido, no precisa de prueba alguna.

»Segundo. La cuestión controvertida entre las partes radica en las consecuencias dañosas derivadas del siniestro, que según la actora fue de gravedad y según el demandado el impacto fue mínimo. Y en este punto, debe significarse que no obstante la tendencia jurisprudencial a la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual, corresponde a quien reclama la carga de probar los daños y la necesaria relación causal con el siniestro de los conceptos indemnizatorios.

»La parte actora, tal y como se relaciona en el escrito de demanda, al margen de los intereses al amparo del art. 20 LCS EDL 1980/4219, reclama las siguientes partidas indemnizatorias:

»A -Días de curación: Por 7 días de ingreso hospitalario 422,38 euros y por 1.253 días improductivos 61.434,59 euros. Ambos hacen un total de 61.856,97 euros.

»B -Valoración de las secuelas: -Síndrome postraumático cervical, 3 puntos; -Material de osteosíntesis de columna, 10 puntos; -Algias postraumáticas sin compromiso radicular, 5 puntos; -Limitación de la columna lumbar, 18 puntos; -Trastorno orgánico de la personalidad moderado, 20 puntos; -Perjuicio estético ligero, 4 puntos. Por 56 puntos de secuelas un total de 102.426,80 euros y por 4 puntos de perjuicio estético ligero un total de 2.854,24 euros. Ambos hacen un total por secuelas de 105.281,04 euros.

»C -Factor de corrección 12,33% reclama un total de 20.256,18 euros.

»D -Por lesiones permanentes, una indemnización adicional por tal concepto de 80.511,76 euros.

»E -Diversos gastos de ortopedia un total de 258,29 euros.

»Pues bien, procede un pronunciamiento por separado de cada una de las pretensiones indemnizatorias deducidas en cuanto, conceptos indemnizatorios y para su emisión se necesita de unos conocimientos médicos cuya adecuada ponderación exige un análisis comparativo de los dictámenes periciales obrantes en autos y argumentos ofrecidos por sus emisores, en conjunción con la documental médica aportada. En este sentido y como punto de partida nos encontramos con los dictámenes de los médicos forenses Dr. Conrado (doc. núm. 2 de la demanda) y Luz (doc. núm. 5 de la contestación) y con los Informes de la Dra. Adriana (doc. núm. 6 de la contestación) realizado a petición de la demandada Catalana de Occidente y la Dra. Jacinta (doc. núm. 3 de la demanda) a petición de la actora.

»En cuanto a los días de hospitalización el Sr. Bernardo fue intervenido el 21-2-2003 permaneciendo ingresado hasta el 27-2-2003 lo que hacen seis días de hospitalización.

»En relación al período en el que estuvo impedido para sus tareas habituales la controversia se centra entre los 335 días que establecen los médicos forenses y los 1.253 que establece la Dra. Jacinta. Este período parte del día del accidente, 17-8- 2001 y termina con el alta definitiva por parte del médico forense, 30-7-2003, según la parte demandada y según la actora la finalización de este período se encuentra en el día en el que al Sr. Bernardo le fue concedida la incapacidad en grado total, el 1-2- 2005.

»Se estima necesario poner de relieve que el período impositivo es aquél durante el cual el lesionado está impedido para el desarrollo de sus actividades habituales, actividad habitual que no ha de identificarse con la actividad laboral, aunque la baja laboral constituya elemento de juicio revelador de tal carácter impositivo. Sobre esta cuestión tenemos por un lado los Informes de los médicos forenses (Dr. Conrado de 19-11-2003 y Dra. Luz de 8-11-2004) que llegan a la misma conclusión estableciendo el Dr. Conrado que el día 30-7-2003, día del alta definitiva el Sr. Bernardo se encontraba recuperado de sus lesiones, es decir se produjo su estabilización lesional, y la Dra. Luz lo considera como correcto. Por otro lado la Dra. Adriana en su Informe de 31-10-2005 habla igualmente de 339 días impositivos de los que 6 fueron de hospitalización. Todos ellos al establecer estos días hablan de dos periodos dentro de estos, el primero que iría desde el accidente hasta la intervención quirúrgica, es decir 180 días, que consideran como el tiempo máximo establecido para una lumbalgia y desde la intervención el 21-2-2003 hasta el alta médica el 30-7-2003. El Dr. Conrado recoge en sus observaciones que los periodos de convalecencia son excesivos y concretamente: "Se adjuntan diversos informes y partes médicos... Los tres primeros se corresponden con informes médicos anteriores, en los que se recoge patología lumbar previa, que se ha visto reanudada o agravada por el traumatismo que nos ocupa. Dicha patología lumbar previa actúa como "concausa previa o preexistente". Ello ha provocado que los periodos de convalecencia hayan sido desmesurados en el caso que nos ocupa, lo cual dificulta su peritación." De igual manera llegan a la conclusión que en un período de unos 90 días deberían de haber desaparecido las consecuencias del accidente por lo que si no fue así es por la existencia de una patología previa como en el caso que nos ocupa. Por otro lado la Dra. Jacinta considera que las graves secuelas que sufre el actor le imposibilitan para llevar una vida normal física y psicológicamente, así como laboral, estableciendo que desde el accidente hasta la obtención de la Incapacidad Total en el ámbito de lo social el actor ha estado impedido para la realización de sus tareas habituales. Se expresa la necesidad de relacionar el criterio puesto de relieve por la Dra. Jacinta en orden a la fijación del período de incapacidad temporal, por cuanto esta última evidencia que emite sus manifestaciones en relación a lo que constituye el ámbito laboral y de la seguridad social, ajeno al objeto del presente procedimiento ya que el sistema de valoración anticipada del daño contenido en el anexo de la Ley de responsabilidad civil EDL 1968/1241 y seguro atiende de manera exclusiva a conceptos indemnizatorios civiles, en el caso que nos ocupa, de incapacidad temporal. Es decir el médico forense estableció una fecha de estabilización lesional, 30-7-2003, días que fueron impositivos para sus ocupaciones habituales, sin perjuicio de que el actor tras el alta médica como persistía el dolor se plantee seguir con tratamientos que, en ningún caso, tendrán carácter curativo de las lesiones sino paliativos de la sintomatología propia de las secuelas que le aquejan desde aquella fecha.

»Expuesto ello, ha de significarse que la fecha de reconocimiento de una incapacidad total en el ámbito social no puede identificarse con la fecha de estabilización lesional, con o sin secuelas. Por tanto, en virtud de lo argumentado se estima que no está justificado el hecho de que deban de considerarse como días impositivos los 1.253 días que la actora reclama y más cuando se cuenta con tres informes médicos que así lo establecen, dos de los cuales pertenecen a los médicos forenses mencionados que este órgano judicial asume como ajustado a derecho, dada la falta de interés en la causa e imparcialidad que ha de predicarse de quien es al fin y al cabo un perito judicial.

»Si bien, y como ya se ha determinado, se considera como días de hospitalización 6 días y como días impositivos 335. Hay que poner de manifiesto el hecho diferenciador de los distintos informes médicos y es el hecho de la existencia de una patología previa al día del accidente por parte del actor. Los dos médicos forenses parten de ella y hablan de la misma como determinante a la hora de establecer tanto los períodos de incapacidad como la gravedad de las secuelas, ya que ambos conceptos no se derivan única y exclusivamente del accidente del 17-8-2001, sino que tiene una influencia determinante en las mismas esta patología previa. La médico de parte Dra. Adriana también lo considera así, siendo los informes de estos tres doctores prácticamente coincidentes en todas sus consideraciones u conclusiones a todos los niveles. La diferencia con el informe de la Dra. Jacinta realizado a petición de la parte actora, se encuentra en que ésta no considera la existencia de ninguna clase de patología previa, ya que los antecedentes a su entender no existen entre otros porque en un informe de Pakea al actor después de la intervención quirúrgica de 8-8-95 se le dio de alta por curación sin secuelas. El testigo Sr. Eulalio, también médico, manifestó que examinó al actor en 2 o 3 ocasiones en el 2004 con la finalidad de emitir un informe para el Juzgado de lo Social, que no recoge ningún antecedente pero que sabe que los tiene ya que conoce el informe del Dr. Conrado. De igual manera manifestó que el accidente que nos ocupa afectó a la misma zona que le fue intervenida en 1995.

»Hechas estas consideraciones la existencia de antecedentes es clara. El médico forense Dr. Conrado recoge "Sufrió un accidente laboral, con resultado de lumbalgia, que le mantuvo de baja desde el 3-3-93 hasta el 21-3-93, sufriendo posteriormente recaídas múltiples.

En RMN efectuada el 16-5-95 se apreció una hernia discal L5-S1 derecha. Se decidió intervención quirúrgica, llevada a cabo el 8-8-95. En la intervención se evidenció degeneración discal con herniación posterior contenida. Se realizó "Nucleotomía mecanizada" durante 15 min. Tras buen resultado fue dado de alta médica por curación el 10-9-95." El hecho de que el accidente afectara al mismo sitio de la columna y la existencia de un proceso degenerativo no pueden considerarse como inexistentes o no influyentes en las lesiones provocadas por el accidente. Se está por lo tanto de acuerdo con lo manifestado por los médicos forenses y la Dra. Adriana a este respecto. El impacto recibido por el actor en el siniestro no hubiera tenido la misma repercusión en una persona que no tiene afectada esa zona del cuerpo, de ahí que el letrado de la parte actora se refiriera en numerosas ocasiones a que el accidente no fue leve sino grave. En ese sentido, por los daños, la forma de producirse, la inexistencia de lesiones en los demás implicados o la innecesaria asistencia sanitaria en el momento del mismo, se puede concluir que el accidente no fue de una gran entidad, pero en el actor y con sus antecedentes previos un impacto por mínimo en la zona afectada anteriormente podría dar lugar a consecuencias como las que hoy se discuten.

»Teniendo por ello en cuenta dicha patología previa, se han fijado los días improductivos y se van a pasar a analizar cada una de las secuelas que se reclaman. Como ya se ha dicho en numerosas ocasiones, los cuatro informes médicos que obran en autos, realizados en base a la documental médica existente son, dos médicos de parte Dra. Jacinta, por la actora y Dra. Adriana por la demandada. Los otros corresponden a los médicos forenses, el Dr. Conrado realizó el seguimiento del actor desde el día del accidente y su posterior evolución, la Dra. Luz realizó una revisión del informe del Dr. Conrado con examen de los nuevos informes médicos que se le aportaron, a dicha doctora fue derivado el actor por el Dr. Conrado ya que la misma es especialista en la patología que padece el Sr. Bernardo. Si bien los médicos forenses y la Dra. Adriana coinciden en sus valoraciones de las secuelas, el informe de la Dra. Jacinta discrepa de la valoración realizada por los anteriores como consecuencia de la no consideración de la existencia de la patología previa. Ya se ha considerado anteriormente que la existencia de antecedentes médicos en el actor deben de ser tenidos en cuenta a la hora de hacer una valoración de las secuelas y de igual manera se considera que el Dr. Conrado hizo personalmente un seguimiento del actor y su evolución, a lo que hay que sumarle la imparcialidad que como perito judicial debe de atribuírsele por lo que se considera que su valoración es acertada e imparcial. Además hay que añadir que la también médico forense y especialista en dichas patologías, Dra. Luz, llega a las mismas consideraciones, afirmando lo anteriormente, por todo ello se considera que las secuelas que padeció el actor como consecuencia del accidente fueron: cicatrizales, cicatriz de 13 cms. A nivel lumbar, en relación a artrodesis. Lo que supone un perjuicio estético ligero y funcionales consistentes en cervicalgia de grado leve, material de osteosíntesis en columna vertebral considerada en rangos medios y lumbalgia de grado moderado a moderado-severo. La actora considera por separado la cervicalgia, las algias postraumáticas y habla de limitación de la columna lumbar. El anexo de la propia Ley nos dice que una secuela debe de ser valorada una sola vez, aun cuando su sintomatología se encuentre descrita en varios apartados de la tabla y en este sentido la cervicalgia y la lumbalgia se encuentran definidas dentro de las algias postraumáticas. En cuanto a la limitación de la columna lumbar en los informes a los que nos referimos se habla de movilidad dolorosa, pero no se encuadra como limitación de movilidad. La única secuela que debe de apreciarse y que no recoge el Dr. Conrado es el síndrome depresivo postraumático ya que aunque pone de manifiesto que requirió abordaje psiquiátrico, habla de una aceptable resolución final de dicho trastorno.

»La Dra. Luz y la Dra. Adriana lo añaden como secuela a las que el Dr. Conrado estableció. La Dra. Jacinta habla de trastorno orgánico de la personalidad moderado, pero de los informes puede considerarse la existencia de un trastorno adaptativo como consecuencia de las lesiones sufridas. Con todo lo expuesto se debe concluir que las lesiones y su puntuación teniendo en cuenta su intensidad y gravedad desde el punto de vista físico o biológico-funcional, con la existencia de unos antecedentes o causas preexistentes que han influido en las mismas es 23 puntos:

- »- Perjuicio ligero estético de 1-6, dos puntos.
- »- Cervicalgia en grado leve de 1-8, dos puntos.
- »- Lumbalgia moderada-severa de 2-12, seis puntos.
- »- Material de osteosíntesis en columna en rangos medios de 5-15, ocho puntos.
- »- Síndrome depresivo postraumático, de 1-5, cinco puntos.

»En cuanto a la indemnización adicional en concepto de lesiones permanentes al Sr. Bernardo se le concedió la incapacidad en grado total el 1-2-05, pero como venimos diciendo es de tener en cuenta dicha patología previa y así lo ponen de manifiesto los informes de los médicos forenses y la Dra. Luz. En concreto el Dr. Conrado "Tanto si se considera por parte de la Unidad de Valoración de Incapacidades que el informado es susceptible de Incapacidad Permanente Total, como si no se otorga la misma, en mi opinión, desde el punto de vista médico forense cabe aplicarse un factor de corrección de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad permanente parcial para la ocupación o actividad habitual de la víctima. (Teniendo en cuenta que si se otorgase una incapacidad permanente total, la misma no sería imputable por completo al accidente que nos ocupa, ya que en gran parte se debería también a la patología previamente sufrida)". Se está de acuerdo con esta valoración por lo que se viene repitiendo a lo largo de la consideración de los distintos conceptos objeto de valoración a efectos indemnizatorios.

»En concepto de perjuicios económicos efectúa la parte actora reclamación del 12,33% de la cantidad indemnizatoria como factor de corrección por incapacidad temporal y permanente en base a la declaración de la renta conjunta con su esposa de 2000 y 2001 (documento núm. 9 y 10). El factor de corrección por secuelas o lesiones permanentes se prevé en la ley con perfecta separación e independencia del factor de corrección por los perjuicios económicos derivados de la incapacidad temporal, precisando en este caso se acredite que el perjudicado se halla no solo en edad laboral sino que percibe unos ingresos por una actividad laboral, a diferencia del factor de corrección por secuelas que si no es superior al 10% no necesita de la acreditación de los ingresos, pero en este caso se solicita un porcentaje de 12,33%, por lo que se hace necesario la acreditación de ambos.

»La parte actora presenta como documento núm. 9 y 10 la declaración conjunta de IRPF del 2000 y 2001, no advirtiéndose el fundamento de la aportación cuando de su contenido no resulta dato relevante alguno a los efectos indemnizatorios que se trata, ya que de él se desprende la base imponible a efectos de declaración de IRPF del perjudicado y su esposa en dichos años. Pues bien, no procede la aplicación del factor de corrección por incapacidad temporal y permanente, sobre los 164.283,77 euros por cuanto, reiteramos, tales conceptos indemnizatorios precisan se acredite que el perjudicado se halla no solo en edad laboral sino que percibe unos ingresos por una actividad laboral, y en el supuesto que nos ocupa no se acredita esta última circunstancia, con la aportación, por ejemplo, de las nóminas del Sr. Bernardo o aportación del 10-T.

»Por último se solicitan una serie de gastos de ortopedia (doc. núm. 5 y 6) y elementos para el tratamiento de sus lesiones doc. núm. 7. Las facturas de ortopedia que se presentan como doc. núm. 5 y 6 (elevador de inodoro y faja) se corresponden con las lesiones sufridas y recomendaciones médicas, pero la aportada como doc. núm. 7 referente a la compra de un colchón en "Expo Sofás" no se considera que esté relacionado con las consecuencias del accidente toda vez que nada al respecto consta de su necesidad para el tratamiento de las lesiones. Así pues la suma de las dos facturas hace un total de 84,00 euros.

»Determinados los diferentes conceptos indemnizatorios, indicar que es criterio de este órgano judicial la aplicación de las cuantías indemnizatorias del Baremo vigente a fecha de dictarse sentencia. En este sentido, poner de relieve el criterio unitario de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa sobre aplicación de los baremos vigentes al dictarse la sentencia de instancia (SAP 19-10-99). Si bien este criterio general ha de estarse al caso concreto que nos ocupa y en este sentido se considera que las cuantías que puedan corresponder por las indemnizaciones no pueden depender de la duración, más o menos largas (en el presente caso bastante larga) de los procedimientos judiciales. En el caso que nos ocupa los hechos se produjeron en agosto de 2001 y en procedimiento penal se dilató en el tiempo hasta noviembre de 2005 en la que el actor renunció a las acciones penales y se reservó las civiles que dieron lugar al presente procedimiento, hasta el día de hoy abril de 2007, por lo que han transcurrido seis años desde los hechos lo que a juicio de este juzgador es de tener en cuenta. Por todo lo dicho y dado que el informe del médico forense Dr. Conrado, en el que se han basado las indemnizaciones a percibir por el actor es de fecha de 19 de noviembre de 2003, se considera que la actualización del baremo a aplicar a las mismas es la de este año 2003. Por ello las cuantías serían:

- »- Días de hospitalización 6 días por 54,955542 hacen 329,733 euros.
- »-Días improductivos 335 por 44,652581 hacen 14.958,61 euros.
- »Por incapacidad temporal el total asciende a 15.288,347 euros.
- »Por incapacidad permanente o secuelas por 23 puntos un total de 22.142,26 euros.
- »Por la indemnización adicional en concepto de lesiones permanentes 10.000 euros.
- »Por gastos de ortopedia un total de 84 euros.
- »La indemnización por las lesiones sufridas asciende a 47.514,607 euros.

»Tercero. Finalmente en cuanto a la pretensión de condena al pago de intereses del art. 20 de la LCS EDL 1980/4219 por la parte actora. A la parte demandada como consta en autos y manifestó en la vista, realizó el 1-8-2003 consignación judicial de la cantidad de 28.074,87 euros para evitar el pago de los intereses del 20%. Como bien manifiesta la misma se hizo la consignación 16 días antes de los dos años desde la producción del siniestro, con lo que evitó los intereses del 20% pero no cumplió con lo establecido en el art. 20.3 de la LCS EDL 1980/4219 , ya que no cumplió con su prestación en el plazo de tres meses del siniestro o en su caso con el importe mínimo de lo que pudiera deber en el plazo de 40 días desde la recepción de la declaración del siniestro o en el mismo sentido, la Disposición adicional apartado 1.º de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063 , aprobado por Decreto 632/1968 EDL 1968/1241 y modificado por la Ley 30/95 de 8 de noviembre EDL 1995/16212 , dispone "que no se impondrán intereses por mora cuando las indemnizaciones fuesen satisfechas o consignadas ante el juzgado competente en primera instancia para conocer del proceso que se derivase del siniestro, dentro de los tres meses siguientes a su producción".

»Y en el apartado 2.º se establece que "en los daños causados a las personas con duración superior a tres meses o cuyo exacto alcance no puede ser determinado en la consignación, el juez, al realizarse la misma, decidirá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada por el asegurador, previo informe del médico forense si fuera pertinente, atendiendo a la cuantía aproximada que pudiera corresponder con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente ley. Contra esta resolución judicial no cabrá recurso alguno".

»El texto legal no puede ser más claro, por lo que la aseguradora, si era de su interés, debió promover el procedimiento de jurisdicción dentro del plazo legal, consignando la cantidad que estimare oportuna e interesando la declaración de suficiencia a efectos de eludir la aplicación de los intereses del art. 20 LCS EDL 1980/4219 , y proceder para el caso de exigirse una ampliación al cumplimiento de la resolución judicial.

»Reiteramos no procedió en tal forma, no promovió el expediente de consignación y realizó una consignación fuera del plazo legal a efectos de eludir la imposición de los intereses preceptivos. Interés que transcurridos dos años desde el siniestro no podrá ser respecto a la cantidad pendiente de pago inferior al 20 %.

»Así en providencia de 24-9-2003 del procedimiento de faltas que se siguió, se considera que "la consignación realizada no tiene efectos enervatorios por su carácter extra-temporáneo". Por ello es de recordar el carácter sancionatorio o punitivo de los intereses moratorios litigiosos, siendo su misión estimular a las aseguradoras al pago de los siniestros cubiertos por la póliza de seguro, en beneficio del perjudicado y al margen de la responsabilidad en el siniestro que, en caso de controversia, precisa de pronunciamiento judicial firme. No cabe obviar que es precisamente la aseguradora la obligada al cumplimiento de su obligación indemnizatoria y la que por tanto ha de ser diligente en tal sentido, a fin de evitar la imposición de los intereses del art. 20 LCS. EDL 1980/4219 La consignación que realizó

se produjo dos años después del siniestro, siendo extra-temporánea, lo que significa que la compañía aseguradora no ha cumplido los requisitos legalmente establecidos para eludir la imposición de los intereses moratorios del art. 20 LCS. EDL 1980/4219

»Alega también junto a que la consignación se hizo para eludir los intereses del 20 % de la que ya hemos hablado que las cantidades reclamadas son desproporcionadas ya que quién iba a prever que un siniestro de tan poca entidad generaría una reclamación tan exorbitada, que las lesiones solo quedaron delimitadas a partir del informe del médico forense Dr. Conrado, basta señalar que el hecho de reputar la aseguradora la cantidad reclamada desmedida con la debida, no constituye causa justificada para no proceder a la consignación de la cantidad que estimare debida dentro del plazo legal o a proceder como ya se ha mencionado en la Disposición Adicional apartado 2.º de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063 , aprobado por Decreto 632/1968 EDL 1968/1241 y modificado por la Ley 30/95 de 8 de noviembre EDL 1995/16212 . Por todo ello ha de concluirse la desidia de la aseguradora en el cumplimiento de sus obligaciones de pago produciéndose un retraso culpable en el pago.

»En base a lo argumentado la aseguradora deberá hacer frente a los siguientes intereses moratorios. Del total de la cantidad indemnizatoria 47.514,607 euros, el 1-8-2003 se realizó la consignación de 28.074,87 euros, por lo que dicha cantidad, 28.074,87 euros, devengará el interés legal del dinero incrementado en un 50% desde la fecha del siniestro del día 17-8-2001 hasta el 1-8-2003 fecha de la consignación y el resto del total indemnizatorio, es decir, 19.439,737 euros devengará un interés del 20 % desde la fecha del siniestro hasta su completo pago.

»Cuarto. De conformidad con lo dispuesto en el art. 394 LEC EDL 2000/77463 , y en virtud de la estimación parcial de la demanda interpuesta por D. Bernardo frente a la aseguradora "Catalana de Occidente S.A.", no procede pronunciamiento alguno en materia de costas procesales».

TERCERO.- La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia de 4 de febrero de 2008, en el rollo de apelación núm. 3300/07, cuyo fallo dice:

Fallamos:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por D. Bernardo frente a la sentencia dictada en fecha 26 de abril de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Azpéitia, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución únicamente en el sentido de conceder como indemnización que le corresponde al demandante la suma de 58.062,28 euros, quedando inalterables el resto de pronunciamientos en ella contenidos y sin efectuar pronunciamiento en cuanto a las costas generada en esta alzada».

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a la presente resolución, y

»Primero. Motivos de apelación.

»Por la parte recurrente se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia solicitando su revocación y que en su lugar se dicte otra resolución por la cual se estime íntegramente la demanda por ella formulada, en base a un único motivo de apelación por entender que se ha producido un error en la apreciación de la prueba por parte de la juzgadora de instancia, ello en los siguientes aspectos:

»1.- La demandada partía como motivo fundamental en su escrito de contestación a la demanda de la levedad de la colisión, sin que dicho extremo haya quedado acreditado, habiendo emitido su informe la médico forense Dra. Luz sobre la falsa premisa de la levedad del impacto por lo que su informe queda contaminado.

»2.- Constan acreditados los siete días de baja hospitalaria y no los seis reconocidos en la sentencia (ingreso el 21/02/03 y alta el 27/02/03).

»3.- En cuanto a los días de baja impositiva, han quedado acreditados los 1.253 días reclamados (días que se corresponden con los de incapacidad laboral temporal, desde el accidente hasta el otorgamiento de la Incapacidad Permanente Total).

»4.- En cuanto a la indemnización solicitada por incapacidad permanente total, se concede una indemnización por incapacidad permanente parcial que no fue solicitada, y además por inferior importe al establecido en el Baremo de 2004, habiendo quedado acreditado que al actor se le concedió una incapacidad permanente total y que la misma traía causa y razón del accidente de circulación.

»5.- En cuanto a las secuelas que se reclamaban, las mismas deben ser valoradas según el conjunto de la prueba practicada y no solo en base a lo reseñado en los informes de los médicos forenses.

»6.- En cuanto al factor de corrección por perjuicio económico, se han acreditado los ingresos económicos del actor por lo que se debía haber concedido el porcentaje solicitado.

»7.- En cuanto a la aplicación del Baremo, no cabe la aplicación del Baremo correspondiente al año 2003, ya que el accidente se produjo el año 2001 y conforme criterio de esta Audiencia el Baremo que debe aplicarse es el vigente en la fecha de dictarse la sentencia, habiéndose formulado demanda en junio de 2006.

»Segundo. Antecedentes.

»En primer lugar, y para una mejor comprensión del recurso ante el que nos encontramos, conviene recordar que la parte ahora recurrente interpuso demanda frente a la aseguradora Catalana Occidente reclamando la indemnización que entendía le correspondía por el accidente de circulación sufrido el día 17 de agosto de 2001, reclamando tanto los días de curación que requirió, las secuelas padecidas, el factor de corrección y una indemnización por la incapacidad total para su ocupación y actividad habitual que le ha restado como consecuencia del accidente.

»La aseguradora demandada, si bien no negaba la responsabilidad en el accidente de su asegurado, entendía que el mismo fue de una intensidad mínima, por lo que entiende que las lesiones y secuelas que dice padecer el actor tan sólo alcanzarían un total de 36.899,38 euros, de los cuales 28.078,87 ya fueron consignados y entregados al actor.

»La sentencia ahora recurrida estima parcialmente la demanda formulada (en todos los conceptos que se reclamaban) ello en base a una valoración conjunta de los distintos informes médicos obrantes en autos, aplicando igualmente el Baremo del año 2003 que es la fecha en la que el médico forense Sr. Conrado elabora su informe en el que se han basado las indemnizaciones a percibir, ello con aplicación del interés previsto en el art. 20 LCS. EDL 1980/4219

»Tercero. Baremo aplicable.

»Aclarado lo anterior y entrando en el estudio del recurso formulado, el primer aspecto que este Tribunal debe analizar es el relativo al Baremo que resulta de aplicación al presente supuesto, debiendo recordar al respecto que la parte recurrente solicitaba la aplicación del Baremo aprobado por el RDL 8/2004 de 29 de octubre EDL 2004/152153 .

»La juzgadora de instancia reconoce ser criterio del órgano judicial la aplicación del Baremo vigente a la fecha de dictarse sentencia, aunque estando al caso concreto, debido a que el accidente ocurrió en el año 2001 y que el procedimiento penal se alargó hasta el año 2005, teniendo en cuenta que el Dr. Conrado fija como fecha de estabilización de las lesiones la de su informe de noviembre de 2003, se considera que la actualización del baremo a aplicar es la de ese año.

»Por lo que se refiere al baremo aplicable, esta Sala ha venido manteniendo que:

»La Ley 30/95 EDL 1995/16212 introdujo un sistema de baremo tasado de indemnizaciones para accidentes de circulación. Posteriormente, cada anualidad las cuantías de las puntuaciones en el mismo establecidas son actualizadas.

»Con el dictado de la Ley 34/03 EDL 2003/112553 se derogó la anterior, habiéndose dictado con posterioridad el Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre EDL 2004/152063 .

»Así la Ley 30/95 EDL 1995/16212 supuso un cambio en el sistema anterior de libre indemnización de los días de curación y secuelas de accidente de circulación, en dos puntos fundamentales, de un lado, el sistema establecido tras la Ley 30/95, de atribución tasada al valor de puntuación a las distintas y variadas secuelas que pudieran derivarse de un accidente de circulación EDL 1995/16212 , frente al sistema anterior de libre valoración de las mismas, y de otro, anualmente se efectúan por la Dirección General de Seguros actualizaciones del valor del punto.

»De los parámetros anteriores no puede en modo alguno socaire de dichas actualizaciones, de la consideración de la indemnización como deuda de valor, aplicarse retroactivamente una ley posterior, es decir, no cabe solicitar la aplicación de una Ley que no estaba vigente en el momento de producirse los hechos al estar prohibida la retroactividad con carácter general en nuestro derecho (art. 2 CC EDL 1889/1 y art. 2 CP EDL 1995/16398 ).

»Además se señalaba y se mantenía por la Sala que la puntuación que se aplicaría sería la de la fecha de la resolución.

»Estas cuestiones, en cuanto a la aplicación del baremo, han sido examinadas de manera detenida en la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 17 de abril de 2007, con análisis de los criterios mantenidos por las distintas Audiencias y centrandó la discusión sobre la incompatibilidad entre irretroactividad y deuda de valor, concluye como regla general que la determinación del 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 art. 1.2 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 1968/1241 , y en el punto 3º del párrafo primero del anexo de la Ley 30/95 EDL 1995/16212 que no fija la cuantía de la indemnización, porque no liga el valor del punto que generará la aplicación del sistema al momento del accidente.

»El daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determinan en el momento en que éste se produce, 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.

»Pero 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, momento en que, además, comienza la prescripción para reclamar la indemnización ( SSTS de 23/12/04 y 03/10/06).

»Por lo tanto, en el presente supuesto, al ser la sentencia recurrida posterior a la dictada por el Tribunal Supremo, será de aplicación el criterio apuntado por dicho máximo Tribunal al caso concreto que nos ocupa, y por eso, al haber acaecido el accidente en el año 2001, será de aplicación al caso que nos ocupa el baremo aprobado por la Ley 30/95 EDL 1995/16212 , con la actualización de cuantías correspondientes al año 2003 al ser dicho año el de estabilización lesional según el informe elaborado por el Dr. Conrado que es el criterio que vamos a acoger por lo que posteriormente se explicará.

»Cuarto. Prueba.

»A través del recurso formulado se denuncia una errónea valoración de la prueba efectuada por la juzgadora de instancia, debiendo decir al respecto que es criterio constante de esta Audiencia el señalar, cuando se cuestiona la apreciación que de la prueba practicada ha efectuado el órgano a quo, que el art. 376 (respecto a la valoración de las declaraciones de los testigos), 348 (respecto de la prueba de peritos) y 326 todos de la LEC EDL 2000/77463 (respecto a la prueba documental privada), vienen a establecer la libre y racional valoración por parte de los Tribunales conforme a las reglas de la sana crítica. En este sentido la Ley exige, para fundamentar la emisión de sentencia en la prueba practicada en el juicio, no sólo la existencia de una mínima actividad probatoria, sino que su contenido tenga entidad suficiente para construir enlace racional y ajustado a las reglas de la lógica deductiva entre el contenido del elemento probatorio seleccionado para sustentar el Fallo y la convicción a la que llega el órgano sentenciador. La convicción de éste debe asentarse sobre



una firme y sólida base fáctica y un lógico proceso argumental para obtener, aun por las vías indirectas de la deducción valorativa de los hechos, un juicio fundado que no rompa con la necesaria armonía que debe presidir todo proceso deductivo ( STS 19/09/90).

»Pues bien, una vez producida la actividad probatoria de cargo ante el Tribunal Juzgador, en términos de corrección procesal, su valoración corresponde al mismo, dar más credibilidad a un testigo que a otro, o decidir sobre la radical oposición ente las partes enfrentadas es tarea del juzgador de instancia que puede ver y oír a quienes ante él declaran ( STS 28/03/86), si bien la estimación en conciencia no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juez, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas y directrices de rango objetivo.

»Y como se ha expuesto de forma constante, constituye doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que, cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación -como en el presente caso- es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez a quo en uso de las facultades y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio, como principio y por regla general, debe primar la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por la juez ante la que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso, y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, pudiendo el juzgador de instancia, desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran en la narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que en principio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia.

»La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo, a fin de acoger el error en la apreciación de la prueba, que exista en la narración descriptiva supuestos inexactos, que el error sea evidente, notorio y de importancia, que haya existido en la prueba un error de significación suficiente para modificar el sentido del fallo.

»Igualmente debemos señalar que una de las novedades más importantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 EDL 2000/77463 ha sido la llamada "privatización" de la prueba pericial, imponiendo, en principio, a las partes la obligación de aportar sus dictámenes periciales al proceso. Sin embargo, lo que no ha cambiado con relación a la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , ha sido el sistema de valoración de la prueba pericial, que continúa siendo el de libre apreciación razonada (apreciación según las reglas de la sana crítica).

»En consecuencia, el juez deberá valorar los dictámenes tomando en cuenta sus propias máximas de experiencia, como son la lógica interna del informe del experto, su ajuste a la realidad del pleito, la titulación del perito con relación a lo que constituye objeto de la pericia, la relación entre el resultado pericial y los demás medios probatorios obrantes en autos, el detalle y exhaustividad del informe, la metodología o las operaciones practicadas para la obtención de conclusiones, como son la inspección, la extracción de muestras o la realización de análisis.

»También entre estos criterios se halla el de la objetividad del dictamen ya que no puede olvidarse que los informes periciales aportados "in limine litis" se caracterizan porque la parte ha podido escoger a un perito de su conveniencia, lo que le puede garantizar un control sobre el resultado, en el sentido de que si éste no es favorable puede encomendar un nuevo dictamen a otro perito hasta así obtener uno que se acomode a sus tesis, y también porque en este tipo de dictámenes se hace imposible la participación de la parte adversa en las operaciones periciales (art. 345 LEC EDL 2000/77463 ).

»En el presente procedimiento concurren cuatro informes periciales:

»1.- Informe pericial elaborado por la Dra. Jacinta a petición de la parte actora.

»2.- Informe pericial elaborado por la Dra. Adriana a instancia de la parte demandada.

»3.- Informe elaborado por el médico forense Dr. Conrado y por la Dra. Luz.

»La parte recurrente analiza en su recurso cada una de las partidas que en su momento reclamó en la demanda formulada, por lo que analizaremos las mismas de manera individualizada, debiendo tener en cuenta, por lo que se refiere a las alegaciones formuladas respecto de la levedad o no del impacto sufrido por el actor, que dicha alegación carece de la necesaria influencia para poder desvirtuar los informes elaborados por los médicos forenses ya que los mismos parten fundamentalmente de la preexistencia de una lesión previa en el Sr. Bernardo que resultó agravada por el accidente ocurrido, aspecto éste que no se recoge en el informe elaborado por la Dra. Jacinta, y por ello por lo que se refiere a cada una de las concretas partidas reclamadas, debemos indicar lo siguiente:

»1) Días de curación y baja médica, hospitalaria, impeditiva y no impeditiva.

»Por dicho concepto el demandante solicitaba los siguientes períodos:

»a) 7 días de baja hospitalaria.

»b) 1.253 días de baja impeditiva.

»La sentencia recurrida admite la existencia de la baja hospitalaria pero de seis días, lo cual evidentemente es un error dado que todos los peritos se muestran conformes en que el Sr. Bernardo fue intervenido el día 21/02/03 permaneciendo ingresado hasta el 27/02/03, lo cual hace un total de siete días.

»Por lo que se refiere al período en que estuvo impedido para sus ocupaciones habituales se reclamaban los 1253 días que se correspondían con los días de incapacidad temporal laboral, desde la fecha del accidente hasta la fecha de otorgamiento de Incapacidad Permanente Total por el INSS.

»Sin embargo, la sentencia recurrida, en base al informe elaborado por el médico forense Sr. Conrado considera como fecha de estabilización lesional el 30 de julio de 2003, concediendo un total de 335 días.

»Tanto los médicos forenses como la Dra. Adriana entienden que el día 30/07/03 (día del alta definitiva) el Sr. Bernardo se encontraba recuperado de sus lesiones. En este periodo de tiempo, la Dra. Adriana distingue a su vez otros dos periodos, por un lado se establecen

180 como tiempo máximo establecido para una lumbalgia, y por otro lado desde la intervención hasta el alta médica, lo que hace un total de 339 días. Por su parte el Dr. Conrado considera que el periodo de convalecencia ha sido prolongado y notoriamente desproporcionado, entendiéndolo que ello no puede ser imputable únicamente al accidente de circulación sino que también ha tenido evidente influencia la patología que sufría el Sr. Bernardo con anterioridad aunque la misma cursaba de modo asintomático antes del accidente. Los tratamientos efectuados han sido en gran medida conservadores, intentando evitar la intervención quirúrgica que finalmente se hizo necesaria, y durante todo el periodo de curación la sintomatología ha permanecido más o menos invariable y estabilizada en líneas generales, y en base a dichas consideraciones el médico forense distingue los dos periodos de curación-estabilización que había dispuesto también la Dra. Adriana.

»Sin embargo, compartimos totalmente el criterio expuesto por el Dr. Conrado y ello a pesar de partir del dato objetivado de que el Sr. Bernardo sufrió un accidente laboral con resultado de lumbalgia que le mantuvo de baja desde el 03/03/93 hasta el 21/03/03 sufriendo posteriormente múltiples recaídas, apareciendo una hernia discal el 16/05/95, siendo intervenido quirúrgicamente el 08/08/95 evidenciándose degeneración discal con herniación posterior contenida siendo dado de alta por curación el 10/09/95. Sin embargo, a pesar de dichos datos el propio Dr. Conrado reconoce en su informe que desde que el Sr. Bernardo fue dado de alta hasta la fecha del accidente el mismo refiere que no ha vuelto a tener más episodios de interrupción laboral por dicho motivo ni especial sintomatología a dicho nivel (tampoco existe prueba que demuestre lo contrario), es decir, a la fecha del accidente, si bien el Sr. Bernardo no apreciaba una especial sintomatología de la lesión previa que había sufrido, las pruebas médicas que se le realizaron a partir de ese momento evidencian que sufría una etiología degenerativa previa al accidente (se aprecian cambios degenerativos en platillos vertebrales, con moderado pinzamiento de espacio intersomático, se asociaba prolapso discal difuso junto a incipiente osteofitosis en el margen posterior de la vértebra, a nivel del espacio L4-L5 no se aprecian lesiones discales aunque sí moderada hipertrofia facetaria).

»Por lo tanto debemos partir de la dificultad que entrañan los supuestos como el que nos ocupa en los cuales resulta harto complejo, y prácticamente imposible, discernir qué período de incapacitación es atribuible a las lesiones sufridas por el accidente de circulación y qué otro periodo se puede decir que corresponde a la etiología médica que presentaba el actor con anterioridad al accidente de circulación, resultando que tanto el criterio por el que han optado tanto el Dr. Conrado como la Dra. Adriana es el correcto al ser ambos coincidentes.

#### »2) Incapacidad Permanente Total.

»Por dicho concepto en la demanda se solicitaba la suma de 80.511,76 euros conforme a lo establecido al efecto como factor de corrección de perjuicio económico en la Tabla IV del Baremo aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre EDL 2004/152063 , alegando que se había reclamado el factor de corrección por la incapacidad permanente total que padece el Sr. Bernardo y no por una incapacidad permanente parcial como entiende la juzgadora de instancia.

»Sin embargo, tal y como hemos expuesto en el Fundamento Tercero de la presente resolución, el baremo que debe ser aplicado al presente supuesto es el aprobado por la Ley 30/95 EDL 1995/16212 , en cuya Tabla IV se preveían los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, incluyéndose en las mismas las lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, tanto si se trata de secuelas que limitan parcialmente la ocupación o actividad habitual sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la víctima, o que impidan totalmente la realización de dichas tareas o que le imposibiliten cualquier actividad u ocupación.

»Efectivamente al Sr. Bernardo se le declaró una incapacidad permanente total para su profesión habitual de ertzaina por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco donde se reseñó que existe una conexión directa y eficiente entre el accidente de tráfico de 17 de agosto de 2001 y el cuadro residual final.

»La juzgadora de instancia teniendo en cuenta que al actor se le ha reconocido en el ámbito laboral una incapacidad permanente en grado total, pero considera que la misma no es imputable por completo al accidente ya que gran parte se debería también a la patología previamente sufrida y es por ello que considera la incapacidad permanente como parcial. Sin embargo, no cabe obviar que pese a la existencia de la patología previa que sufría el Sr. Bernardo, el motivo desencadenante de la incapacidad reconocida para ejercer su labor de ertzaina ha sido el accidente de circulación sufrido por lo que resulta evidente que debe ser indemnizado por dicho concepto, y en este sentido la actualización del año 2003 prevé para este concepto una indemnización que oscila entre los 14.665,05 euros y los 73.325,24 euros.

»La existencia de una previa dolencia en el Sr. Bernardo, servirá en todo caso para poder moderar la indemnización que le corresponde por el concepto reclamado pero en modo alguno para no conceder la misma, por todo ello, teniendo en cuenta dicha sintomatología previa consideramos como correcto la indemnización de 18.000 euros por el concepto reclamado.

#### »Quinto. Secuelas.

»La parte actora reclamaba como secuelas las recogidas en el informe elaborado por la Dra. Jacinta que se acompañaba junto con la demanda. Sin embargo, la sentencia de instancia recoge como secuelas que padece el Sr. Bernardo las recogidas por los médicos forenses y por la Dra. Adriana siendo los mismos coincidentes y discrepan del informe elaborado por la Dra. Jacinta al no haber tenido ésta en consideración la patología previa que presentaba el actor lo cual debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar las secuelas.

»A través del recurso formulado la parte recurrente vuelve a cuestionar el contenido del informe elaborado por el Dr. Conrado, debiendo señalarse al respecto que dicho informe pericial cuenta con el respaldo del elaborado tanto por la Dra. Luz como por la Dra. Adriana, que el Dr. Conrado efectuó un seguimiento continuado de las lesiones del Sr. Bernardo y si bien no tuvo conocimiento del reconocimiento al Sr. Bernardo de la incapacidad permanente total por la Sala de lo Social del TSJ no es menos cierto que su informe es de noviembre de 2003 es decir, una vez que se había producido ya la estabilización lesional siendo que con posterioridad el Sr. Bernardo promovió expediente administrativo para el reconocimiento de una situación de incapacidad permanente desestimando el INSS su solicitud y siendo también desestimada por sentencia de 25 de marzo de 2004, es decir, desde que el Dr. Conrado emite su último

informe hasta que se desestima la solicitud del Sr. Bernardo ante el juzgado de lo social transcurre un corto lapso de tiempo, por lo que dicho hecho no tiene trascendencia a efectos médicos que priven de valor probatorio al informe del médico forense.

»Por lo tanto, este Tribunal estima acertada la fijación de las secuelas establecidas por el médico forense, lo que habrá que determinar es si dichas secuelas vienen recogidas en el Baremo de la Ley 30/95 EDL 1995/16212 que es la de aplicación. Así, se recogen como secuelas las siguientes:

- »-Perjuicio estético ligero (de uno a seis puntos).
- »-Cervicalgia en grado leve (de uno a ocho puntos).
- »-Lumbalgia moderada-severa (de dos a doce puntos).
- »-Material de osteosíntesis en columna en rangos medios (de cinco a quince puntos).
- »-Síndrome depresivo postraumático (de uno a cinco puntos).

»Todas estas secuelas vienen recogidas en la Ley 30/95 EDL 1995/16212, aunque la puntuación que se da a las mismas es inferior, sin embargo, al encontrarse la puntuación dada por la juzgadora de instancia dentro del margen que otorga para las diversas secuelas la mencionada Ley 30/95 EDL 1995/16212, consideramos que tanto las secuelas como su puntuación son correctas al entrar dentro de lo legalmente dispuesto.

»Es por todo lo expuesto por lo que consideramos que tanto la fijación de las secuelas como su puntuación económica encuentran el debido apoyo probatorio en los autos sin que se aprecie ningún tipo de error por parte de la juzgadora de instancia.

»Sexto. Factor de corrección.

»Por dicho concepto la parte recurrente reclamaba en su demanda un total de 20.256,18 euros resultantes de aplicar el porcentaje del 12,33% sobre la cantidad resultante de los días de incapacidad y las secuelas.

»Sin embargo ello debe ser interpretado en el sentido de diferenciar el factor de corrección que es de aplicación a las lesiones permanentes (secuelas) y el que se aplica a la incapacidad temporal (días de curación o baja), ya que en el propio Baremo, ambos factores de corrección aparecen claramente diferenciados (tablas IV y V respectivamente).

»Así, consta en los autos las declaraciones de IRPF aportadas por el recurrente con el fin de acreditar que en la fecha del accidente percibía ingresos por su trabajo como ertzaina, declaraciones de IRPF de los años 2000 y 2001.

»A la vista de todo lo anteriormente expuesto, resulta evidente que debe ser aplicado el porcentaje del 12,33%, sobre la cantidad que se concede por secuelas (excluidas las estéticas), dado que la STC 29 de junio de 2000 tan solo viene referida a declarar la inconstitucionalidad del apartado b) de la tabla V del Baremo (factor de corrección por días de incapacidad), por lo que no afecta a lo dispuesto en la tabla IV.

»A tal efecto, para la aplicación del factor de corrección previsto en la mencionada tabla IV, bastará únicamente que el actor justifique que, en la fecha del accidente, percibía ingresos, lo cual, en el caso que nos ocupa ha quedado perfectamente acreditado a través de las aportaciones de la declaración de IRPF, ya que, aunque tan solo se refieren a los ejercicios de 2000 y 2001, habiéndose acreditado que en el año 2006 se declaró al Sr. Bernardo la incapacidad permanente total para su ocupación laboral, es lógico pensar que en el año 2003, también percibía ingresos.

»La sentencia del TC de 29 de junio de 2000 afecta únicamente al factor de corrección por días de incapacidad, es decir, al apartado B) de la tabla IV del Baremo, habiendo sido objeto de diversas interpretaciones por parte de las Audiencias Provinciales.

»Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en anteriores resoluciones, entendiendo que la sentencia del TC se limita a declarar la inconstitucionalidad de los factores de corrección aplicables a la incapacidad temporal en los casos de culpa relevante, únicamente cuando tales factores suponen un límite al resarcimiento integral y, por lo tanto, cabe que el perjudicado pueda ser resarcido, vía factores de corrección, cuando se den las circunstancias exigidas por la Ley para ello, y tales circunstancias exigen la probanza concreta de los ingresos del perjudicado, cuando se trata de la aplicación de un factor de corrección por incapacidad temporal.

»En el caso concreto no se ha acreditado dicha circunstancia de pérdida concreta y precisa de ingresos ya que las aportaciones de las declaraciones de IRPF en todo caso permiten acreditar que el Sr. Bernardo percibía ingresos pero no que, con motivo del accidente, dejase de percibirlos.

»Séptimo. Indemnización.

»Por lo tanto, teniendo en cuenta todo lo señalado en los Fundamentos precedentes, resulta que el Sr. Bernardo debe ser indemnizado en las siguientes cantidades:

- »1.- Por días de hospitalización: 7 días por 54,95542 hace un total de 384,68 euros.
- »2.- Por días impeditivos 335 por 44,652581 hace un total de 14.958,61 euros.
- »3.- Por incapacidad permanente o secuelas por 23 puntos, hace un total de 22.142,26 euros.
- »4.- Por factor de corrección del 12,33% sobre las secuelas, debiendo excluirse las estéticas, 2.492,73 euros.
- »5.- Por la indemnización adicional en concepto de lesiones permanentes 18.000 euros.
- »6.- Por gastos de ortopedia 84 euros.

»La indemnización total que le corresponde al Sr. Bernardo en base a lo dispuesto anteriormente asciende a un total de 58.062,28 euros.

»Octavo. Costas.

»Los anteriores pronunciamientos implican que no se efectúe pronunciamiento en las costas generadas en esta alzada al estimarse parcialmente el recurso formulado (art. 398 LEC EDL 2000/77463 )».

QUINTO.- El escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Bernardo se ampara en el artículo 477.2.º LEC EDL 2000/77463 y se articula a través de cinco motivos.

El primer motivo se introduce con la fórmula:

«Primero. Infracción del art. 2 del C.Civil EDL 1889/1 y art. 9 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación con el art. 24 de la CE EDL 1978/3879 , e infracción por inaplicación o indebida aplicación del art. 1.2 y Anexo Primero 5, 7, 10 y 11, y Segundo del RD Legislativo 8/2004, y del baremo del año 2006, y del artículo 1902 del CC EDL 1889/1 ».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Se impugna la decisión de la AP de estimar de aplicación el baremo del año 2003, en lugar del correspondiente a la anualidad en que se presentó la demanda, 2006, teniendo en cuenta que esta se formuló ya vigente el Texto Refundido de la LRCSCVM EDL 2004/152063 aprobado por RDL 8/2004, de 29 de octubre EDL 2004/152153 .

La sentencia de apelación justifica su decisión en atención a la jurisprudencia fijada por el Supremo en STS de 17 de abril de 2007.

Se considera que la AP incurre en una aplicación retroactiva al presente litigio de una doctrina jurisprudencial posterior, la cual sienta un criterio distinto al mantenido por la propia AP al tiempo de redactarse la sentencia de primera instancia, conculcando así lo dispuesto en los artículos 2 CC EDL 1889/1 , 9.3 y 24 CE. EDL 1978/3879 En este sentido, la sentencia del Juzgado afirma que el criterio unitario de la Audiencia en aquel momento era el de aplicar los baremos vigentes a fecha de sentencia.

La doctrina fijada por la STS de 17 de abril de 2007 no es aplicable a este litigio dado que la acción se ejercitó con anterioridad (la demanda se interpuso el 26 de julio de 2006), y se amparó en la doctrina de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa por entonces vigente, favorable a tomar en consideración el baremo de la sentencia.

La decisión de la AP supone una aplicación retroactiva de un novedoso criterio jurisprudencial, en ningún momento alegado por los litigantes, lo que se encuentra vedado por los artículos 2 CC EDL 1889/1 y 9 CE EDL 1978/3879 , como se ha encargado de refrendar el TC en sentencias 130/1992 y 156/1992, al negar que pueda ser aplicable una nueva doctrina a casos anteriores, que deben resolverse con arreglo al criterio rechazado o abandonado por esa resolución.

Siguiendo la doctrina del TC, el nuevo criterio jurisprudencial sobre el baremo, introducido por STS de 17 de abril de 2007, actúa como un cambio de norma en sentido estricto, lo que impide su aplicación a litigios, como el presente, iniciados con anterioridad.

El segundo motivo no ha sido admitido.

El tercer motivo no ha sido admitido.

El cuarto motivo se introduce con la fórmula:

«Cuarto. Infracción por inaplicación o aplicación indebida del artículo 1.2 del RD Legislativo 8/2004, Anexo Primero 5 y 7 y Anexo Segundo Tabla IV (y subsidiariamente, del Decreto 632/1968 EDL 1968/1241 LRCSCVM EDL 2004/152063 su Anexo Primero, apartado 1.5 y 7, y Anexo Segundo, Tabla IV), así como del art. 1902 del CC EDL 1889/1 y jurisprudencia que lo interpreta».

La AP rechazó conceder la indemnización solicitada conforme a la reforma legal de 2004 por factor corrector de incapacidad permanente total.

El Juzgado únicamente concedió una indemnización por incapacidad permanente parcial. Sin embargo, la AP apreció que el accidente había sido la causa de la incapacidad permanente total, sin perjuicio de que la previa dolencia padecida por el actor sirviera para ponderar la indemnización por el concepto reclamado.

Si la incapacidad permanente total trae causa del accidente, no se entiende que tiene que ver la previa dolencia, que no incapacidad, con este, y por ende, no se justifica la moderación por la que optó la AP. Con arreglo al sistema legal de valoración del daño corporal sufrido en accidentes de tráfico, tanto en su redacción original (1995) como en la redacción dada por la reforma del 2004, solo se contempla la moderación de la indemnización por el factor de incapacidad permanente total para el caso de subsistencia de incapacidades preexistentes, sin que sea razón para dicha moderación el haber padecido con anterioridad lesiones o alguna otra patología no determinante de una incapacidad previa.

Por tanto, la patología previa del actor, en cuanto que no se trataba de una incapacidad, ninguna trascendencia tiene en relación con la cuantificación del factor corrector de incapacidad permanente total. De la documental aportada por la parte actora -vida laboral- se desprende con claridad que, no obstante la intervención quirúrgica por hernia discal de 1995, en ningún momento había estado incapacitado con anterioridad al accidente, ya que siguió trabajando con normalidad como policía, inclusive en una especialidad, la de escolta, que requiere de un plus de condiciones físicas y psíquicas incompatibles con una incapacidad como la que sí le provocó el accidente. La incapacidad permanente total tuvo su nexos causal exclusivo en el accidente de circulación ocurrido el 17 de agosto de 2001.

Es por todo lo expuesto que deberían haberse indemnizado íntegramente los perjuicios de esa incapacidad permanente total, conforme al sistema establecido, sin que resultara procedente la moderación, corrección o deducción alguna.

El motivo se funda en síntesis en lo siguiente:

El quinto motivo se introduce con la fórmula:

«Quinto. Infracción por aplicación indebida o inaplicación del artículo 1.2 del RD Legislativo 8/2004, y su Anexo Primero 5, 7, 10 y 11 y Anexo Segundo Tabla IV del Baremo del 2006 (y subsidiariamente del Anexo Segundo, Tabla IV, del RD 632/1968

EDL 1968/1241 , y su Baremo del 2003), y de la doctrina contenida en la STC de 29 de junio de 2000, en relación con la partida o concepto correspondiente al 12,33% de factor de corrección por perjuicio económico solicitado en el escrito de demanda».

El motivo se funda en síntesis en lo siguiente:

El actor reclamó 20 256,18 euros por el factor corrector de perjuicios económicos, en un porcentaje del 12,33% y calculado sobre la suma de 164 283,77 euros, correspondiente tanto a la indemnización por incapacidad temporal como por secuelas.

El Juzgado rechazó esa reclamación y la AP se limitó a conceder el factor corrector por perjuicios económicos solamente en relación a la indemnización básica por secuelas.

Se considera acertada la decisión de conceder el factor de corrección indicado con relación a las secuelas, pero debió calcularse con arreglo a las cuantías del año 2006.

Además, también debió aplicarse el citado factor corrector respecto de los días de baja (incapacidad temporal) ya que las declaraciones de IRPF aportadas eran prueba suficiente de que el perjudicado percibió ingresos por su actividad laboral. Es evidente que se encontraba y se encuentra en edad laboral, que estuvo prestando sus servicios como ertzaina hasta el momento del accidente, el cual fue la causa de su incapacidad permanente total, y de que dejase de percibir el salario por su trabajo y comenzase a percibir un subsidio o prestación a cargo de la Seguridad Social, por la referida incapacidad.

De conformidad con la STC de 29 de junio de 2000, el factor de corrección de perjuicios económicos no resulta inconstitucional cuando no concurre culpa relevante. En esos supuestos, funciona de manera general y automática, siendo de aplicación directa si no se dieran las circunstancias de culpa relevante y reclamación específica de los daños efectivamente sufridos por lucro cesante o ingresos dejados de percibir en cuantía o concepto diferentes a los establecidos en la Tabla IV. La STC solo declara inconstitucional la aplicación del porcentaje básico del factor de corrección cuando concorra culpa relevante, puesto que en ese caso la indemnización será la que resulte de lo que se acredite en el proceso. Pero de no concurrir culpa relevante, como es el caso, el factor del 10% jugará siempre con carácter presuntivo, y así lo han señalado las SSTs de 24 de diciembre de 2001, 16 de junio de 2001, 15 de febrero de 2001, 20 de diciembre de 2000 y 14 de abril de 2000.

La sentencia recurrida inaplica o aplica indebidamente las normas y jurisprudencia invocadas, muy especialmente la Tabla IV del sistema.

Termina la parte solicitando de la Sala «(...) dicte sentencia por la que se estime el mismo, casándose la sentencia recurrida, dictándose otra ajustada a derecho según se solicita, con imposición de costas a la parte demandada, y con todo lo demás que proceda».

SEXTO.- Mediante auto de 20 de octubre de 2009 se acordó admitir en parte el recurso de casación, por razón de la cuantía, en cuanto a las infracciones denunciadas en los motivos primero, cuarto y quinto, y no admitirlo en cuanto a las infracciones denunciadas en los motivos segundo y tercero.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición formulado por la representación procesal de la entidad Catalana Occidente, S.A., se formulan, en resumen, y con relación a las infracciones que han superado la fase de admisión, las siguientes alegaciones:

-Motivo primero: en cuanto al baremo a aplicar.

La parte recurrente realiza una interpretación errónea de lo establecido por la AP en la sentencia recurrida respecto del baremo a aplicar. También confunde e interpreta de forma interesada lo dicho por el Juzgado, que razona el por qué de estar al baremo del año en que se produjo el alta definitiva.

La AP mantiene el criterio del Juzgado de estar a la fecha de estabilización de las lesiones.

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia se dictó después de conocerse la doctrina del TS fijada por STS de 17 de abril de 2007, por lo que esta era perfectamente aplicable. No se trata de una retroactividad o irretroactividad de una norma, sino de la aplicación de un criterio interpretativo que ya existe al tiempo de dictarse sentencia. En consecuencia, al ser la sentencia del Juzgado anterior a la referida jurisprudencia, esta es de aplicación, con la consecuencia de que hay que diferenciar entre régimen legal aplicable para la determinación del daño, que será el vigente en el momento del siniestro (LRCSCVM EDL 2004/152063 , según redacción de 1995), y cuantificación de ese daño, para lo que habrá de estarse a las cuantías publicadas y en vigor para todo el año en que se produjo el alta definitiva (año 2003).

En cualquier caso, lo que no es aceptable es que para un accidente ocurrido en el 2001, con unas lesiones y secuelas estabilizadas en 2003, se pretenda aplicar el baremo del año en que se dicte sentencia, cuando la propia parte demandante se encargó de dilatar de manera maliciosa el pleito penal y se reservó las acciones civiles para su ejercicio en vía civil en el último momento, dos días antes del señalamiento del juicio de faltas.

-Motivo Cuarto: en cuanto a la cuantía concedida por el factor corrector de incapacidad permanente total.

Según la sentencia recurrida, la previa dolencia del Sr. Bernardo debía servir para moderar en todo caso la indemnización que le habría de corresponder por dicho factor, pero en modo alguno para no concederla, como había interpretado el Juzgado. En consecuencia, estimó como correcto fijar dicha indemnización en 18 000 euros, teniendo en cuenta que la suma señalada para ese factor en la actualización del 2003 oscilaba entre 14 665,05 euros y 73 325,24 euros.

Es decir, la AP concede el complemento que considera pertinente, dentro del margen establecido, teniendo en cuenta la patología previa del recurrente. Lo que se pretende en casación es algo inviable: modificar o entrar a valorar la cuantificación establecida por el tribunal de instancia, con la pretensión de que se conceda la suma de 80 511,76 euros, máximo establecido en la actualización del 2006.

-Motivo Quinto. Factor corrector por perjuicios económicos, respecto de la indemnización básica por incapacidad temporal.

La AP concede el factor corrector por perjuicios económicos en el porcentaje reclamado (12,33%) respecto de las secuelas, pero no así respecto de los días de incapacidad temporal.

La AP entendió para denegar la última pretensión que debían haberse probado los concretos ingresos del perjudicado, lo que, por haber ocurrido, impedía su reconocimiento (las declaraciones del IRPF aportadas servían para acreditar que percibía ingresos pero no que, con motivo del accidente, dejase de percibirlos).

Termina la parte solicitando de la Sala «(...) dicte sentencia desestimándose el recurso de casación interpuesto, confirmándose la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, con expresa imposición de costas a la parte recurrente».

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 13 de julio de 2011, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial

CC, Código Civil EDL 1889/1 .

CE, Constitución Española EDL 1978/3879

FD, fundamento de Derecho

INSS, Instituto Nacional de la Seguridad Social.

LEC EDL 2000/77463 , Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

LCS, Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 .

LRCSVM, Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063

RC, Recurso de casación

RD, Real Decreto

RDL, Real Decreto Legislativo

SS, Seguridad Social.

STC, sentencia del Tribunal Constitucional

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

TC, Tribunal Constitucional.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. Tras sufrir un accidente de tráfico el 17 de agosto de 2001, renunciar a la acción penal y reservarse la civil en el juicio de faltas seguido con carácter previo por dichos hechos, el perjudicado formuló demanda de juicio ordinario contra el conductor del vehículo causante (colisión trasera) y su aseguradora, en ejercicio de acción directa del artículo 76 LCS EDL 1980/4219 y reclamación de la indemnización pertinente por los daños personales sufridos, comprensiva de la incapacidad temporal y permanente, incluyendo el factor de corrección por perjuicios económicos en relación con ambos conceptos, y el factor corrector por invalidez permanente total, en cuanto a las secuelas, más intereses de demora -que en el caso de la aseguradora serían los del artículo 20 LCS EDL 1980/4219 - y costas. Para calcular la indemnización reclamada -por importe de 268 164,24 euros- el hoy recurrente tomó como referencia el sistema legal de valoración del daño corporal vigente, aprobado por RDL 8/2004, de 29 de octubre EDL 2004/152153 y las cuantías del año 2006, por ser cuando se interpuso la demanda.

2. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados (al conductor en rebeldía) a satisfacer una indemnización de 47 514,60 euros, más intereses y costas. En relación con las cuestiones a que se contrae el recurso de casación, los principales razonamientos de la sentencia fueron los siguientes: a) a pesar de ser criterio de dicho Juzgado la aplicación del sistema legal de valoración vigente en el momento de dictarse sentencia, las circunstancias del caso tiempo transcurrido, duración del proceso penal, fecha del informe de sanidad- aconsejaban calcular la indemnización, por los conceptos indicados en el informe forense de sanidad de 19 de noviembre de 2003, con arreglo a la actualización vigente a fecha del alta definitiva (30 de julio de 2003); b) a la hora de determinar los daños sufridos, se hace necesario valorar la patología previa, de manera que, aunque el accidente no fue de gran intensidad, los antecedentes del actor determinaron que un impacto mínimo en una zona del cuerpo anteriormente afectada diese lugar a lesiones y secuelas más graves que las que debían corresponderse con aquel; c) si bien el sistema diferencia entre el factor corrector por perjuicios económicos en caso de incapacidad temporal y el aplicable sobre la indemnización básica por lesiones permanentes, en el sentido de exigir en el primer caso probar, no solo que la víctima estaba en edad laboral sino además, que percibía ingresos, en el caso enjuiciado, dado que se pidió un porcentaje de aumento del 12,33% era preciso la acreditación de dichos ingresos en ambos casos, lo que no había hecho el demandante, razón por la cual no procede aplicar el citado factor corrector, ni sobre la indemnización básica por incapacidad temporal ni sobre la básica por secuelas; d) sí procede incrementar la indemnización básica por secuelas mediante el factor

corrector consistente en incapacidad permanente parcial para la ocupación o actividad habitual, teniendo en cuenta que la permanente total reconocida por la SS no sería imputable por completo al accidente, habida cuenta de las referidas patologías previas.

3. La AP acordó estimar el recurso del demandante en el único sentido de incrementar la indemnización objeto de condena, como resultado de aumentar de 6 a 7 los días de baja con ingreso hospitalario, de sí aplicar el factor corrector de perjuicios económicos en el porcentaje solicitado (12,33%) respecto de la indemnización básica por secuelas, y de la apreciar una incapacidad permanente total, que no parcial. En relación con las cuestiones que conforman el objeto de la controversia en casación, la AP afirmó, en síntesis, lo siguiente: a) de conformidad con la doctrina fijada a partir de la SSTS de 17 de abril de 2007, procede distinguir entre régimen aplicable para la determinación del daño, que será el vigente al tiempo del siniestro, y valoración económica del mismo, que habrá de hacerse de conformidad con las cuantías correspondientes al año en que se produjo el alta definitiva, de manera que en el caso enjuiciado rige para lo primero la LRCSCVM EDL 2004/152063 según redacción dada por la Ley 30/1995 EDL 1995/16212 , y para lo segundo, la actualización del año 2003; b) según los informes forenses y la pericial de la parte demandada, el actor ya sufría al momento del siniestro una etiología degenerativa, lo que dificulta la operación de discernir qué parte del periodo de incapacitación era imputable a esta y qué parte se correspondía causalmente con el accidente, siendo adecuadas las conclusiones al respecto de los forenses, que fijaron la sanidad el día 30 de julio de 2003 (335 días de baja impeditiva, 7 hospitalarios); c) a pesar de la patología previa, en contra del criterio del Juzgado debe concluirse que el motivo desencadenante de la incapacidad permanente total fue el accidente, lo que implica que debe aplicarse este factor corrector de la indemnización básica por secuelas, y no la parcial, sin perjuicio de que los antecedentes médicos sirvan para moderar la indemnización por este concepto, de manera que, dentro de la horquilla contemplada en la actualización del año 2003 (entre 14 665,05 euros y 73 325,24 euros), se considera suficiente la suma de 18 000 euros; d) procede conceder el factor corrector por perjuicios económicos sobre la indemnización básica por lesiones permanentes, en el porcentaje solicitado del 12,33%, al considerarse probado que el actor percibía ingresos al momento del siniestro; no procede concederlo sobre la indemnización básica por incapacidad temporal, habida cuenta que su aplicación en este supuesto no pasa por acreditar la mera percepción de ingresos sino que exige la probanza concreta de los ingresos del perjudicado, es decir, la pérdida concreta y precisa, lo cual no cabe conocer de la mera aportación de las declaraciones de IRPF en la medida que justifican que trabajaba, pero no que dejase de percibir ingresos con motivo del accidente.

4. Recurre en casación la parte actora-apelante articulando su recurso por medio de cinco motivos, al amparo del art. 477.2.º de la LEC EDL 2000/77463 , por tratarse de un asunto tramitado por razón de la cuantía. El recurso ha sido admitido únicamente en cuanto a las infracciones denunciadas en los motivos primero, cuarto y quinto.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero de casación.

El motivo se introduce con la fórmula:

«Primero. Infracción del art. 2 del C.Civil EDL 1889/1 y art. 9 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación con el art. 24 de la CE EDL 1978/3879 , e infracción por inaplicación o indebida aplicación del art. 1.2 y Anexo Primero 5, 7, 10 y 11, y Segundo del RD Legislativo 8/2004, y del baremo del año 2006, y del artículo 1902 del CC EDL 1889/1 ».

Con fundamento en el principio de irretroactividad de las normas, que obliga a enjuiciar los hechos origen de una controversia según la normativa vigente cuando se produjeron, y en dos SSTC (130/1992 y 156/1992), referentes a la aplicación de los nuevos criterios jurisprudenciales únicamente a casos posteriores, y no anteriores, a la fecha de la resolución que los fija, la parte recurrente sostiene, en síntesis, que la AP aplicó indebidamente al caso enjuiciado la doctrina de esta Sala afirmada a partir de la STS (en realidad, SSTS) de Pleno de 17 de abril de 2007, toda vez que tanto el siniestro (2001) como la reclamación judicial (2006) fueron anteriores, lo que abocaba a la aplicación del criterio jurisprudencial entonces vigente, seguido hasta entonces por la propia AP de Guipúzcoa, en virtud del cual, sin hacer distinción entre régimen aplicable para la determinación del daño y para su cuantificación, la indemnización de los daños corporales derivados de accidente de circulación debía llevarse a cabo con arreglo al sistema legal actualizado al momento de dictarse la sentencia.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Correcta aplicación al caso enjuiciado de la doctrina jurisprudencial fijada por esta Sala en SSTS de 17 de abril de 2007, y posteriores.

A) Las SSTS de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (RC núm. 2908/2001 y RC núm. 2598/2002) han sentado como doctrina jurisprudencial «que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente 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».

Esta doctrina ha sido aplicada posteriormente en SSTS, entre las más recientes, de 9 de julio de 2008, RC núm. 1927/02; 10 de julio de 2008, RC núm. 1634/02; 10 de julio de 2008, RC núm. 2541/03; 23 de julio de 2008, RC núm. 1793/04; 18 de septiembre de 2008, RC núm. 838/04; 30 de octubre de 2008, RC núm. 296/04; 18 de junio de 2009, RC núm. 2775/2004; 9 de marzo de 2010, RC núm. 456/2006, 5 de mayo de 2010, RC núm. 556/2006; 10 de noviembre de 2010, RC núm. 561/2007 y 10 de diciembre de 2010, RC núm. 866/2007.

La jurisprudencia expuesta ha servido para resolver el problema de la determinación y valoración del daño corporal con arreglo al sistema legal incorporado por la Ley 30/95, de 8 de noviembre EDL 1995/16212 , y sus posteriores modificaciones, ya se trate de daños derivados de un accidente de circulación, o de los causados en otros sectores de la actividad para las que el sistema resulta aplicable igualmente con valor orientativo, sin que esta Sala haya encontrado obstáculo para su aplicación a pleitos pendientes en casación, sobre hechos que hubieran acaecido con anterioridad a la resolución que fijó el nuevo criterio doctrinal, ni en supuestos en que era anterior la reclamación judicial de la pertinente indemnización. Así, y como ejemplo, la STS de 17 de abril de 2007, RC núm. 2598/2002, aplica dicha solución a un supuesto en que el siniestro (20 de diciembre de 1996), el alta (13 de mayo de 1998), la demanda, y las sentencias

recaídas en ambas instancias (10 de enero y 10 de julio de 2002) precedieron a la resolución determinante del cambio jurisprudencial. Y de igual modo, la STS de la misma fecha, RC núm. 2908/2001, la aplica a un caso en que el siniestro (19 de junio de 1997) el alta (15 de diciembre de 1998) y las sentencias de ambas instancias (22 de mayo de 2000 y 3 de marzo de 2001) fueron anteriores.

Lo anterior se explica porque, si bien el principio de irretroactividad de las normas veda su aplicación a supuestos anteriores, esto es, acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor, en ningún caso obsta la posibilidad, admitida por la jurisprudencia constitucional, de que pueda interpretarse la misma norma que se encontraba en vigor cuando ocurrieron los hechos que se someten a enjuiciamiento con arreglo a un criterio interpretativo distinto. En este sentido, procede recordar que, según la jurisprudencia constitucional, para que puedan considerarse vulnerados el principio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley (si se trata de resoluciones que afectan a distintas personas) o, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (de afectar las sucesivas resoluciones al mismo sujeto, SSTC 61/2006, de 26 de febrero y 22/2006, de 30 de enero), es preciso que la resolución de un órgano judicial contrapuesta en lo esencial a la que había dictado anteriormente para un supuesto idéntico en los datos con relevancia jurídica, no exprese ni permita inferir las razones para tal cambio de orientación, siendo así que, por el contrario, no se apreciaran dichas infracciones de interpretarse la misma norma que se encontraba en vigor cuando ocurrieron los hechos que se someten a enjuiciamiento con arreglo a un criterio interpretativo distinto, siempre que este cambio jurisprudencial no resulte gratuito, o sea consecuencia del voluntarismo selectivo al que se ha referido en ocasiones el TC, sino que responda, por el contrario, a un cambio jurisprudencial consciente y justificado con vocación de generalidad suficiente para impedir su calificación como irreflexivo, arbitrario, ocasional e inesperado ( STC 76/2005, de 4 de abril).

B) La decisión de la AP de tomar en consideración la fecha del siniestro (año 2001) a los únicos efectos de determinar el régimen legal aplicable para la fijación de los daños (que, en consecuencia, debía ser el introducido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre EDL 1995/16212 , en su redacción anterior a la entrada en vigor del Texto Refundido), y de valorarlos económicamente con arreglo a las cuantías correspondientes a la anualidad en que se produjo el alta definitiva (que es un hecho probado que tuvo lugar en el 2003), es una solución plenamente ajustada a la jurisprudencia fijada por esta Sala a raíz de las indicadas SSTS de 17 de abril de 2007, y conduce a desestimar la impugnación articulada a través del presente motivo de casación, toda vez que, como ha quedado dicho, la circunstancia de que los hechos objeto de enjuiciamiento y la propia reclamación de la indemnización derivada de aquellos, tuvieran lugar con anterioridad a la adopción del nuevo criterio jurisprudencial, no era impedimento para que la AP estuviera a esta novedosa orientación, ya vigente cuando se dictó la sentencia de primera instancia, en tanto que su aplicación en modo alguno supone desigualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley o indefensión para la parte demandante, toda vez que fue establecida por esta Sala con vocación de generalidad, esto es, no para un caso concreto -como demuestra su mantenimiento en sentencias posteriores-, y en adecuada respuesta a la disparidad de soluciones que hasta entonces existían en la doctrina menor de las Audiencias.

CUARTO.- Enunciación del motivo cuarto de casación.

El cuarto motivo se introduce con la fórmula:

«Cuarto. Infracción por inaplicación o aplicación indebida del artículo 1.2 del RD Legislativo 8/2004, Anexo Primero 5 y 7 y Anexo Segundo Tabla IV (y subsidiariamente, del Decreto 632/1968 EDL 1968/1241 LRCSVM EDL 2004/152063 su Anexo Primero, apartado 1.5 y 7, y Anexo Segundo, Tabla IV), así como del art. 1902 del CC EDL 1889/1 y jurisprudencia que lo interpreta».

Defiende el recurrente que si el accidente había sido la causa de la incapacidad permanente total que tenía reconocida para ejercer su labor de ertzaina, la decisión de la AP de tomar en consideración las dolencias previas para moderar la cuantía que le correspondía por el concepto reclamado no fue correcta pues, con arreglo a la Tabla IV del Anexo del sistema legal de valoración del daño corporal en accidentes de circulación, tanto en su redacción original como en la recogida en el Texto Refundido del 2004, la posibilidad de aplicar la moderación por el factor de incapacidad permanente total está prevista únicamente para el supuesto de incapacidades preexistentes y no, como fue el caso, de patologías previas.

QUINTO.- Factor de corrección de incapacidad permanente total.

En consonancia con la jurisprudencia que restringe el recurso de casación a examinar la corrección del juicio jurídico sobre la aplicación e interpretación de la norma sustantiva, y que, por eso mismo, impide revisar en esta sede la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia en el ejercicio de una competencia que le es propia, solo cabe revisar en casación la cuantía de la indemnización concedida por la AP cuando se aduce respecto de las bases en las que se asienta ( SSTS de 15 de febrero de 1994 y 18 de mayo de 1994), o cuando existe arbitrariedad o una irrazonable desproporción ( SSTS de 23 de noviembre de 1999, 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, y 21 de abril de 2005, y 9 de diciembre de 2008).

En línea con esta doctrina, en materia de valoración de daños personales causados en accidente de circulación, de acuerdo con lo declarado en las SSTS de 22 de junio de 2009, RC 1724/2005, 16 de marzo de 2010, RC núm. 504/2006 y 5 de mayo de 2010, RC núm. 556/2006, corresponde al tribunal de instancia la valoración de la proporción en que debe estimarse suficientemente compensada la incapacidad sufrida dentro de los límites que señala la ley, no siendo posible en casación, como regla general, revisar la ponderación de la cuantía realizada por el tribunal de instancia dentro de dichos márgenes más que en caso de arbitrariedad, irrazonable desproporción, o, en cuanto cuestión jurídica, cuando la discrepancia con lo resuelto se funda en la infracción de las bases, requisitos o presupuestos que la ley contempla para poder concretar la indemnización dentro de los referidos márgenes.

La STS de 29 de diciembre de 2010, RC núm. 1613/2007 declara que la Tabla IV del Anexo LRCSVM (norma que, en virtud de la doctrina consolidada tras las SSTS de Pleno de 17 de abril de 2007, RC núm. 2908/2001 y 2598/2002 y posteriores, ha de aplicarse en la redacción que estuviera vigente el día de producción del accidente, por ser determinante del régimen legal aplicable, sin que afecten al perjudicado los cambios normativos posteriores), contempla como factor de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes las lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima.



Por su parte, la STS del Pleno de la Sala de 25 de marzo de 2010, RC núm. 1741/2004, acogiendo un criterio seguido por la doctrina de la Sala de lo Social ( STS (Social), 17 de julio de 2007, RCU 4367/2005), afirma que el factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta tiene como objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales, conclusión que se alcanza valorando, entre otras razones, que en la enunciación del factor de corrección se utiliza el término «ocupación o actividad habitual» y no se contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado, así como que, de acuerdo con la explicación del sistema que contiene el Anexo segundo, b), con relación a dicha Tabla IV, se trata de un factor de corrección compatible con los demás de la Tabla, entre los que se encuentra el factor de corrección por perjuicios económicos. La falta de vertebración de los tipos de daño de que adolece el Sistema de valoración impide afirmar que este factor de corrección solo cubre daños morales y permite aceptar que en una proporción razonable pueda estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima; pero no puede aceptarse esta como su finalidad única, ni siquiera principal.

Cuando del factor corrector por incapacidad permanente total se trata, esta Sala ha declarado en la citada STS de 29 de diciembre de 2010, RC núm. 1613/2007, que la norma condiciona su aplicación a la concurrencia del supuesto de hecho, esto es, a la realidad de unas secuelas de carácter permanente y a que estas incidan en la capacidad de la víctima de manera tal que la priven totalmente de la realización de las tareas propias de su ocupación o actividad habitual. La falta de acreditación del supuesto de hecho normativo aboca a la no aplicación del factor corrector, y así ha tenido ocasión de declararlo esta Sala con relación al previsto en la Tabla IV de gastos de adecuación de la vivienda a favor de grandes inválidos ( SSTS de 9 de marzo de 2010, RC núm. 456/2006, y de 20 de julio de 2009, RC núm. 173/2005).

A la hora de cuantificar económicamente ese daño moral o patrimonial ligado a la pérdida de capacidad, el que la referida Tabla IV contemple, no una cifra concreta para cada una de las modalidades de incapacidad, sino una cantidad mínima y otra máxima, se traduce en que el órgano judicial no está obligado a conceder esta última por el simple hecho de que concurra la incapacidad correspondiente, sino que se encuentra legalmente facultado para moverse entre esos márgenes y, por ende, para conceder una cantidad inferior a la que se fija como máxima ( STS de 16 de marzo de 2010, RC núm. 504/2006). En correspondencia con lo anterior, el problema jurídico, por tanto, revisable en casación, será determinar en qué circunstancias puede hacerlo, o dicho de otro modo, cuales son las que, de concurrir, van a permitirle moderar la indemnización por dicho concepto, con el fin de verificar si el tribunal ha fundado su decisión en esas y no en otras circunstancias.

La Tabla IV se remite a los «elementos correctores» del apartado primero, número 7, del Anexo y establece un porcentaje de aumento o de reducción «según circunstancias». En dicho Anexo primero, 7 se señala que 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. Según ha entendido la jurisprudencia de esta Sala (STS de 25 de marzo de 2010, RC núm. 1741/2004) una interpretación sistemática obliga a abandonar la mens legislatoris (intención de legislador) y entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado no pueden ser solo los expresamente calificados como de aumento o disminución, sino todos los criterios comprendidos en él susceptibles de determinar una corrección de la cuantificación del daño; por consiguiente, también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima. Ahora bien, este elemento corrector del Anexo primero, 7, es autónomo e independiente de la posibilidad que la Tabla IV concede al tribunal de fijar la concreta indemnización que corresponda a la incapacidad probada, dentro de los márgenes legales. Solo así se explica, de una parte, que la remisión que se hace en la propia Tabla IV a los «elementos correctores» del apartado primero, número 7, del Anexo constituya una mención independiente del hecho de que se haya fijado unos límites mínimo y máximo de indemnización para cada una de las incapacidades, y de otra, que al fijar esta horquilla, no condicione la posibilidad de moverse entre dichos límites a la concurrencia de las incapacidades preexistentes a las que sí alude el citado punto 7 del Anexo primero, lo que deja abierta la posibilidad de concretar la indemnización en atención a otras circunstancias, como la edad o el estado de salud, que permitan ver como más o menos importante la incidencia de la incapacidad en el perjudicado, en cuanto que una misma invalidez, dadas esas otras circunstancias, no tiene por qué comportar el mismo perjuicio para todas las víctimas.

Consecuencia de lo anterior es la posibilidad del tribunal de moverse en dichos márgenes para, en su caso, moderar la indemnización y no conceder la suma máxima prevista, en atención a otras circunstancias y no exclusivamente al hecho de que el perjudicado padeciera una incapacidad previa.

En aplicación de la doctrina expuesta, y aun cuando la cuestión suscitada tiene naturaleza jurídica, no ha lugar a revisar la indemnización concedida por la AP, pues resulta conforme con el sistema la decisión de conceder una suma inferior a la máxima establecida para la modalidad de incapacidad permanente apreciada, con fundamento en la preexistencia de patologías previas, sin que se haya excedido el tribunal de instancia en su función de valorar la proporción en que debe estimarse suficientemente compensada la incapacidad sufrida dentro de los límites que señala la ley, ni existan razones para considerar desproporcionada o arbitraria la suma concedida por el concepto reclamado.

SEXTO.- Enunciación del motivo quinto de casación.

El motivo quinto se introduce con la fórmula:

«Quinto. Infracción por aplicación indebida o inaplicación del artículo 1.2 del RD Legislativo 8/2004, y su Anexo Primero 5, 7, 10 y 11 y Anexo Segundo Tabla IV del Baremo del 2006 (y subsidiariamente del Anexo Segundo, Tabla IV, del RD 632/1968 EDL 1968/1241 , y su Baremo del 2003), y de la doctrina contenida en la STC de 29 de junio de 2000, en relación con la partida o concepto correspondiente al 12,33% de factor de corrección por perjuicio económico solicitado en el escrito de demanda».

Sostiene el recurrente que la AP debió conceder el factor corrector por perjuicios económicos respecto de los días de baja (incapacidad temporal) y no únicamente respecto de las secuelas, ya que la prueba practicada era suficiente para tener por acreditado que el perjudicado percibió ingresos por su actividad laboral, que se encontraba y se encuentra en edad laboral, que estuvo prestando sus servicios como ertzaina hasta el momento del accidente, y que el mismo fue la causa de su incapacidad permanente total, y de que dejase de percibir el salario por su trabajo y comenzase a percibir un subsidio o prestación a cargo de la Seguridad Social, por la referida incapacidad, no siendo obstáculo la STC de 29 de junio de 2000 para dicho pronunciamiento estimatorio, toda vez que el factor de corrección de perjuicios económicos no resulta inconstitucional cuando no concurre culpa relevante, supuesto en que tal factor funciona de manera general y automática, y es de aplicación directa si no se dieran las circunstancias de culpa relevante y reclamación específica de los daños efectivamente sufridos por lucro cesante o ingresos dejados de percibir en cuantía o concepto diferentes a los establecidos en la Tabla IV. En definitiva, aduce que la STC solo declara inconstitucional la aplicación del porcentaje básico del factor de corrección cuando concorra culpa relevante, puesto que en ese caso la indemnización será la que resulte de lo que se acredite en el proceso. Pero de no concurrir culpa relevante, como es el caso, el factor del 10% jugará siempre con carácter presuntivo, habiéndolo declarado así las SSTS de 24 de diciembre de 2001, 16 de junio de 2001, 15 de febrero de 2001, 20 de diciembre de 2000 y 14 de abril de 2000.

El motivo debe ser estimado.

SEPTIMO.- Factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias.

Según declara la STS de 25 de marzo de 2010, RC núm. 1741/2004, la STC 181/2000 declaró la inconstitucionalidad del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la LRCSCVM EDL 2004/152063 (factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias), entre otras razones, por no ser apto para atender la pretensión de resarcimiento por lucro cesante de las víctimas o perjudicados con arreglo a la prueba suministrada en el proceso e infringirse, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva.

El TC, aceptando que los sistemas de responsabilidad objetiva cabe limitar la determinación del daño objeto de resarcimiento, considera que la inconstitucionalidad declarada afecta únicamente a los supuestos en los cuales se acredite que el conductor responde en virtud de culpa relevante. Con ello se sienta implícitamente que una valoración insuficiente del daño por la ley puede ser equivalente a una limitación de la indemnización. Esta limitación es admisible si la CE la permite y así ocurre si no hay culpa del causante del daño.

En virtud de esta STC se ha incorporado al Anexo LRCSCVM EDL 2004/152063 una explicación para la Tabla V que exceptúa de su aplicación el caso en «que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.» Se entiende que en este caso el importe de la indemnización vendrá determinado por los perjuicios efectivamente probados, si son superiores. Por el contrario, cuando se trate de resarcir daños ocasionados sin culpa, es decir, con base en la responsabilidad civil objetiva del art. 1.2 LRCSCVM EDL 2004/152063, la indemnización por perjuicios económicos establecida en la Tabla V B) operará como un auténtico límite vinculante, aun cuando no requerirá que se demuestre que los perjuicios han sido efectivamente probados.

Con relación a los presupuestos que han de darse para su aplicación, si bien cuando de secuelas se trata (Tabla IV) el Sistema impone aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos a toda víctima en edad laboral, aunque no se prueben ingresos, esta previsión no aparece en relación a los perjuicios económicos ligados a incapacidad temporal (Tabla V), lo que ha dado lugar a que la doctrina de las Audiencias haya venido exigiendo para que proceda su aplicación que se acredite que se está realizando actividad laboral en el momento del siniestro, así como los ingresos derivados de la misma, aun cuando la falta de prueba sobre estos no provoque que no se conceda, sino únicamente su aplicación en su tramo inferior, es decir, hasta un 10%.

Esta Sala, en STS 18 de junio de 2009, RC núm. 2775/2004, ha considerado que la razón de analogía sustenta la aplicación a los días de baja por incapacidad del factor de corrección en el grado mínimo de la escala correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos en caso de lesiones permanentes (Tabla IV del Anexo LRCSVM) respecto de la víctima en edad laboral que no acredita ingresos, analogía que, sin embargo, no justifica que el porcentaje aplicado deba ser el máximo correspondiente a dicho grado, sino que cabe que el tribunal, valorando las circunstancias concurrentes en el caso examinado y los perjuicios económicos de diversa índole que puedan presumirse o haberse acreditado, en aras del principio de total indemnidad de los daños causados consagrado en la Anexo primero, 7, en el que inspira el Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, conceda un porcentaje inferior, dado que el señalado por la LRCSVM tiene carácter máximo («hasta el 10%») y no se establece limitación alguna dentro del abanico fijado por el legislador.

En el caso de autos, dado que constituye hecho probado que el actor realizaba una actividad laboral remunerada en el momento del siniestro, como se deduce de su condición de funcionario público -ertzaina- y de las declaraciones de IRPF de los años 2000 y 2001 (cuando se produjo el accidente), dicha circunstancia es suficiente para reconocerle el derecho a que la indemnización básica por la incapacidad temporal sea incrementada con el factor corrector por perjuicios económicos en el mínimo del 10%, aun cuando no lograra probar de forma concreta sus ingresos. Teniendo en cuenta el importe de la indemnización básica por días de baja (15 343,29 euros en total, de ellos, 384,68 euros por días de hospitalización y 14 958,61 euros por días improductivos), dicha cantidad asciende a 1 534,32 euros.

OCTAVO.- Estimación parcial y costas.

La estimación del último motivo del recurso conlleva la parcial del mismo, en el sentido de incrementar la indemnización por incapacidad temporal en un 10%, correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos, sin imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 LEC. EDL 2000/77463

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

1. Declaramos haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Bernardo, contra la sentencia de 4 de febrero de 2008, dictada en grado de apelación por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el rollo núm. 3330/07, dimanante del juicio ordinario núm. 330/2006, del Juzgado de Primera Instancia 1 de Azpéitia, cuyo fallo dice:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por D. Bernardo frente a la sentencia dictada en fecha 26 de abril de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Azpéitia, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución únicamente en el sentido de conceder como indemnización que le corresponde al demandante la suma de 58.062,28 euros, quedando inalterables el resto de pronunciamientos en ella contenidos y sin efectuar pronunciamiento en cuanto a las costas generada en esta alzada».

2. Casamos y anulamos en parte la referida sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en el único punto relativo a la indemnización solicitada como factor corrector de la incapacidad transitoria, manteniendo subsistentes los restantes pronunciamientos.

3. En su lugar, estimamos en parte el recurso de apelación en dicho particular y condenamos a la demandada a abonar al actor una indemnización por perjuicios económicos, en un porcentaje del 10% sobre la indemnización básica reconocida, esto es, 1 534,32 euros.

4. No ha lugar a imponer las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios, Xavier O'Callaghan Muñoz, Francisco Marin Castan, José Antonio Seijas Quintana. Rubricado. Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012011100545