

INFORME EN RELACIÓN A LA SITUACIÓN Y PROBLEMAS DE VALORACIÓN Y JURÍDICOS DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR DAÑO CEREBRAL

ADICAE

ASOCIACIÓN DE USUARIOS
DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS



**Informe en relación a la situación
y problemas de valoración
y jurídicos de las personas
afectadas por daño cerebral**

ADICAE

Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha
Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Autor:

ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros)

Colaboraciones:

IMSERSO

FEDACE (Federación Española de Daño Cerebral Sobrevenido)

ADACE (Asociación de Daño Cerebral Sobrevenido de Castilla-La Mancha)
y otros

Edita:

FISLEM (Fundación Socio-Sanitaria de Castilla-La Mancha por la Integración Socio-Laboral del Enfermo Mental)

Maquetación:

ÁFD Asociados

Impresión:

Grafox

Depósito Legal:

TO-520-2006

ÍNDICE

1. Objetivos del Estudio	7
2. Panorama y problemática general actual y consideraciones previas en relación al daño cerebral	9
2.1. Valoración de la condición de discapacitado realizada por las Comunidades Autónomas	9
2.2. La calificación que las Mutuas y Aseguradoras hacen del daño cerebral	11
2.2.1. Los juicios por accidentes en los que el accidentado ha sufrido daño cerebral	12
2.2.2. Las Mutuas que participan en la valoración laboral de la discapacidad	26
2.3. La cuestión de la «Tutela» y la «Curatela»	33
2.4. Las indemnizaciones	34
3. Breves apuntes en relación a los problemas del daño cerebral en la contratación de los diferentes productos de seguro de accidentes. El problema de las exclusiones en las coberturas	37
4. Propuestas de avance/solución	39
4.1. Propuestas generales y motivación	39
4.2. Concreción y resumen de propuestas	40
5. ANEXO: Jurisprudencia diversa de interés y casos prácticos	53
Sugerencia	53
Caso 1	54
Caso 2	57
Sentencia núm. 1	62
Sentencia núm. 2	68

Sentencia núm. 3	80
Sentencia núm. 4	90
Sentencia núm. 5	95
Sentencia núm. 6	102
Sentencia núm. 7	116
Sentencia núm. 8	126
Sentencia núm. 9	152
Sentencia núm. 10	160
Sentencia núm. 11	170
Sentencia núm. 12	177
Sentencia núm. 13	185
Sentencia núm. 14	194
Sentencia núm. 15	237
Sentencia núm. 16	241

NOTA IMPORTANTE: en algunos de los puntos se incluyen como anexos exposiciones diversas sobre casos reales. En algunas de estas descripciones se muestran de manera argumentada técnica y legalmente situaciones considerables como problemática general, por lo que su importancia en el marco global de este trabajo debe destacarse como algo más que ejemplificativo.

PRESENTACIÓN

El Gobierno de Castilla-La Mancha ha intentado siempre ofrecer toda la cobertura jurídica posible que contribuya a mejorar la calidad de vida de las personas que sufren daños cerebrales. En este sentido se enmarca la publicación de este libro, con la colaboración de las Consejerías de Sanidad y Bienestar Social, donde se ofrece una serie de propuestas y soluciones en el ámbito jurídico para este colectivo.

Este volumen pretende ser una guía práctica de ayuda, por lo que incluye un anexo con toda la jurisprudencia y algunos casos y ejemplos que servirán para avanzar en nuevos aspectos de la normativa vigente, relativos tanto a la valoración de la discapacidad que se lleva a cabo en las distintas comunidades autónomas, como a la evaluación que del daño cerebral hacen las mutuas y aseguradoras, los juicios por accidentes, la cuestión relativa a la tutela de estas personas o las indemnizaciones.

El Gobierno de Castilla-La Mancha ha querido colaborar para que este libro salga a la luz y se convierta en una magnífica herramienta de trabajo sobre toda la casuística jurídica que debe aplicarse para dar protección y cobertura adecuada a las personas afectadas por daño cerebral.

De hecho, estamos ante un informe muy valorado profesionalmente y al que recurrió el Defensor del Pueblo, como apoyo a su estudio de ámbito nacional sobre esta problemática.

Este es un ejemplo más del compromiso adquirido por el Gobierno regional de mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, en este caso de aquellas afectadas por daños cerebrales, pues la prioridad de una sociedad solidaria como la castellano-manchega es proteger a los que no pueden defenderse por sí mismos.

Roberto Sabrido
Consejero de Sanidad

Tomás Mañas
Consejero de Bienestar Social

1

Objetivos del Estudio

El estudio propuesto pretende analizar y detectar los principales problemas a los que, en el ámbito jurídicosanitario y social, se enfrentan las personas afectadas por daño cerebral, evaluando las consecuencias de los problemas detectados y planteando las propuestas de solución a elaborar en base a los resultados y conclusiones del estudio. Problemáticas como la adecuación de los baremos existentes para la determinación de la condición de discapacitado y el grado de discapacidad, el tratamiento que las entidades aseguradoras dan a los perjudicados por el daño cerebral, y otros relacionados y que se manifiestan a lo largo de este estudio son abordados desde una perspectiva jurídico-social que trata de avanzar un principio de análisis de las causas de los problemas y diversos apuntes en relación a las posibles propuestas de solución que resulten oportunas. El estudio pretende constituirse como un instrumento eficaz para el Ministerio de Sanidad y Consumo, las asociaciones y profesionales responsables del trabajo y todos los sectores implicados a efectos de abrir el proceso de discusión necesario para lograr avances significativos para el colectivo objetivo desde una perspectiva seria, responsable y coherente y dotada del necesario análisis objetivo de la situación existente, que contribuya a concretar, en base a la problemática existente, las necesidades fundamentales de reforma y/o mejora en el ámbito de la regulación que establezca el marco adecuado en el tratamiento jurídico de las situaciones contempladas en el estudio.

Como un elemento de avance en el propio punto de partida del estudio la realización del mismo es fruto de la colaboración, cooperación y trabajo conjunto entre organizaciones representativas de las personas con daño cerebral (ADACE, APANEFA y FEDACE) y una organización representativa de los consumidores y usuarios (ADICAE), junto a las fundamentales aportaciones de diversos abogados y profesionales del derecho, médicos

forenses, sociólogos y otros profesionales del IMSERSO vinculados a la problemática objeto de estudio, que permiten aunar la experiencia, profesionalidad, especialización y perspectivas de los colectivos indicados teniendo en cuenta además que todo ciudadano tiene la consideración de consumidor y usuario; que ciertos colectivos, como el que constituye el objeto de este estudio, se enfrentan como consumidores a una especial problemática; y que las mejoras imprescindibles para este tipo de colectivos no pueden sino redundar de forma añadida en los consumidores en general y por extensión, en la sociedad en su conjunto.

Desde estas líneas debe expresarse un especial agradecimiento y felicitaciones a los profesionales que han participado en el informe, por el extraordinario trabajo desarrollado, las fundamentales aportaciones al mismo y sus propuestas y observaciones, enormemente valiosos en sí mismos y especialmente teniendo en cuenta el carácter voluntario y desinteresado de su implicación:

D. Luis Miguel Bascones, Coordinador del Estudio de Daño Cerebral.

D. Jesús Fernández, Adjunto a Secretaría General de Planificación del IMSERSO.

D. Luis Gangoiti, Director Médico del CEADAC – IMSERSO.

D. Manuel García Nart, Médico Forense.

Dña. M^a Dolores Jiménez, Médico, FEDACE-APANEFA.

Dña. Olga Leyva de Torres, Abogada.

D. Pablo Mayor, Abogado, colaborador ADICAE.

Dña. M^a Ángeles Molina, Directora de APSA, responsable del proyecto Intwork de Integración Laboral de Daño Cerebral.

D. Óscar Moral Ortega, Asesor Jurídico del CERMI.

D. Carlos Pereyra Pardo, Abogado.

D. Félix Plasencia Sánchez-Caro, Abogado.

Dña. Martha Quesada, Economista, Técnico del Estudio de Daño Cerebral.

Dña. Carmen Roney Albareda, Abogada.

D. Javier Rosado, Abogado.

D. Francisco Javier Tirado, Abogado, colaborador ADICAE.

De igual forma agradecer las fundamentales orientaciones, indicaciones y aportaciones de D. Miguel Pereyra, Vicepresidente de FEDACE, impulsor y verdadero director de este trabajo.

■ 2 Panorama y problemática general actual y consideraciones previas en relación al daño cerebral —■■■

Resulta indudable que el marco legal vigente relativo a los afectados por un daño cerebral es insuficiente y requiere un esfuerzo normativo tendente a contemplar aquellos casos en los que una persona sufre una disminución de sus capacidades como consecuencia de un daño cerebral en lo psicológico o funcional.

Dado que la aplicación de los baremos existentes (daño personal sufrido como consecuencia de accidentes de tráfico y baremo de la ley de ordenación del seguro privado) no es comúnmente aceptada, sino que solo es aceptable por analogía y a modo orientativo, como después se verá, más en profundidad, es fundamental realizar un baremo que establezca «oficialmente», cuando menos, un esquema del daño o daños sufridos por la persona afectada, dando en todo caso facultades al órgano jurisdiccional, asesorado por peritos, para concretar las posibles indemnizaciones que se le den a la persona o a sus familiares y/o tutores o curadores.

Deberán distinguirse los siguientes problemas que pueden afectar a la persona: problemas conductuales (agresividad, falta de control y capacidad de completar acciones secuenciales...), problemas cognitivos y problemas físicos.

2.1. VALORACIÓN DE LA CONDICIÓN DE DISCAPACITADO REALIZADA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La determinación de la condición legal de persona discapacitada, y por lo tanto el acceso a los recursos que el Estado pone a disposición de los mismos, resulta un aspecto fundamental en cualquier discapacidad pero especialmente importante en aquellas derivadas del daño cerebral. Las especiales consecuencias que el daño cerebral genera, la existencia

de un número enormemente inferior de estudios médicos y científicos generalizadamente aceptados en relación a las formas de diagnóstico y determinación del daño cerebral y el hecho de que el marco legal existente en España respecto de esta problemática se encuentre mucho menos evolucionado que en el caso de otras clases de discapacidades a pesar del importante avance que el daño cerebral viene experimentando en nuestro país en cuanto al número de ciudadanos afectados por el mismo hacen que nos encontremos ante un colectivo creciente en número y que requiere una clarificación del marco regulatorio de aplicación que permita mantener unos determinados niveles de calidad de vida, objetivo último de toda la regulación relativa a la discapacidad y la condición de discapacitado.

Parece por tanto evidente la necesidad de buscar valores o aspectos baremables en las distintas problemáticas del daño cerebral, que actualmente no se tienen en cuenta, y que constituyen limitaciones a nivel cognitivo y conductual. Necesidad que parte de la constatación de diferentes dificultades y situaciones que dan lugar a la problemática existente, entre las que podríamos señalar a modo de ejemplo las siguientes:

- i. En las incapacidades EVI no existen baremos para los problemas cognitivos.
- ii. Habitualmente se mezclan los problemas de afasia (sensitiva y motora) con los neurológicos-conductuales.
- iii. Se constata la dificultad actual de baremar las secuelas conductuales.
- iv. En demasiadas ocasiones se valoran las secuelas en plazos tal vez excesivamente cortos, sin tener en cuenta problemas que se manifiestan posteriormente (evolución negativa en situación económica, laboral, social, etc.. de la persona).

A efectos de obtener una mejor visión global de los aspectos relativos a la valoración de la discapacidad, debe precisarse que existen actualmente en vigor dos baremos:

- El establecido por el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre por el que se valora el grado de discapacidad y en su caso el de minusvalía, basado en la limitación para las AVD que generan las secuelas del daño cerebral. Este baremo es aplicado por un equipo compuesto por médico, psicólogo y trabajador social.
- El establecido por la Ley 34/2003, donde el objetivo es resarcir un daño y por tanto no valora la discapacidad sino la deficiencia. En general es aplicado por médicos valoradores de compañías aseguradoras.

Debe tenerse en cuenta además tanto que en el nuevo sistema nacional de las dependencias el ámbito de las AVD (actividades básicas de la vida diaria) es más sensible a

los deterioros cognitivos como el papel fundamental del juez, puesto que es difícil establecer valores pronóstico a priori.

En general, y como última cuestión a señalar, con frecuencia se reconoce por parte de los propios Centros Base en distintas Comunidades Autónomas la dificultad para realizar la valoración del daño cerebral, tanto por desconocimiento como por la complejidad de sus secuelas.

ANEXO AL APARTADO 2.1):

CASO REAL:

Mujer de 36 años. Hace 8 años siendo religiosa fue intervenida de un tumor cerebral.

A partir de ese momento cambió su personalidad. Abandonó la vida religiosa. Ha llevado una vida complicada hasta que hace un par de años tuvo un niño, cuyo padre actualmente está en la cárcel. Vive con sus padres ya mayores. Actualmente está dada de baja por depresión, aunque ella es consciente de que no es depresión, sino secuelas de su intervención quirúrgica.

No sabe si ha dado el desayuno a su hijo. Se ha acercado a la Asociación de Daño Cerebral pidiendo apoyo. Seguramente necesitará una tramitación de invalidez permanente, si se logra articular una buena valoración médica de las secuelas de daño cerebral después de su intervención quirúrgica.

Se refiere a la valoración de la condición de discapacitado. A la vista del enunciado del supuesto se infiere la dificultad de percibir la existencia de patologías conductuales derivadas (en este caso de una intervención quirúrgica efectuada), sin que preceda un exhaustivo examen del caso. En este caso concreto el alcance de los daños cerebrales y discordancias conductuales solo se extrae de la comparación entre la situación previa y posterior. Un detalle especialmente grave es el relativo a la propia consciencia de la afectada de lo que le pasa y por qué.

2.2. LA CALIFICACIÓN QUE LAS MUTUAS Y ASEGURADORAS HACEN DEL DAÑO CEREBRAL

Aprovechando la falta de concreción existente en el ámbito jurídico-sanitario en relación al daño cerebral mutuas y aseguradoras sitúan a los ciudadanos-consumidores afectados

por el daño cerebral en una situación de inferioridad e indefensión inconcebible en el actual Estado del Bienestar. Cabe de forma inicial diferenciar dos tipos de situaciones o problemáticas a este respecto:

2.2.1. Los juicios por accidentes en los que el accidentado ha sufrido daño cerebral

Las aseguradoras juegan un papel fundamental en la previsión y cobertura de todo daño, físico o material, en la sociedad actual. Este papel reviste una importancia vital cuando hablamos de problemas o situaciones relativas a la salud y a las consecuencias de accidentes que afectan a la misma, así como de accidentes que alteran la capacidad personal y la propia vida de una persona, como es el caso del daño cerebral sobrevenido.

Los seguros no juegan un mero papel asistencial en una situación de accidente; en muchos casos las coberturas se extienden a las consecuencias transitorias y/o permanentes del mismo, con el objetivo primordial de garantizar el mantenimiento de un determinado nivel de calidad de vida, que de otra forma se vería seriamente comprometido.

Y aunque en determinadas clases de aseguramiento la percepción de lo establecido en la póliza (asistencia sanitaria, servicios diversos, pago de cantidades preestablecidas) no conlleva trámites especialmente complejos ni problemas añadidos para el asegurado, en casos como el del daño cerebral sobrevenido como consecuencia de accidentes la determinación del pago a realizar por la aseguradora acostumbra a ser objeto de controversia judicial.

En estos casos puede decirse que las entidades aseguradoras reúnen la condición de «juez y parte». Las entidades son las responsables de hacer frente a los costes de la rehabilitación del accidentado-asegurado, y aprovechando la situación de mezcla de confusión y esperanza en la que se encuentra la familia del accidentado determinan a qué centro privado ha de acudir el asegurado. Son estos centros (a quienes paga la aseguradora) los que emiten los informes de la rehabilitación que al final se aportan al juicio y determinan (en base a si hay un daño permanente o una rehabilitación) el coste al cual la aseguradora deberá hacer frente. Existe por tanto un claro riesgo (lamentablemente difícil de cuantificar de manera objetiva) de que los centros privados indicados emitan informes en plazos excesivamente cortos (en los que no puede valorarse suficientemente la situación real) en los que se afirme la supuesta inexistencia de secuelas definitivas, cuando esto es algo imposible de valorar en muchos casos hasta pasados largos plazos de tiempo desde el accidente. De hecho, es transcurrido un año o año y medio cuando se pueden observar las

secuelas, sin poder afirmarse en ese plazo el carácter definitivo o permanente de las mismas. De esta forma, ante un dictamen que afirma el éxito de la rehabilitación y la inexistencia de secuelas, la entidad aseguradora queda exenta de hacer frente a los costes derivados de la cobertura para el caso de que se acreditasen esas secuelas, y por decisión judicial (que toma como guía el citado dictamen) encuentra enormemente reducida su responsabilidad económica respecto al accidentado, dejando al mismo en una situación en la que no dispone ni de la cobertura del seguro contratado ni del acceso a los beneficios o apoyos que el Estado dispone para las situaciones de discapacidad.

Otro argumento en relación a la existencia de un conflicto de intereses en la actuación de las aseguradoras es el relativo a la aplicación del baremo establecido por la Ley 34/2003. Como ya se ha señalado anteriormente, este baremo es aplicado por médicos valoradores de las compañías aseguradoras, en definitiva profesionales que perciben sus emolumentos de una de las partes implicadas.

Además se valoran mucho más las secuelas transitorias en relación a las definitivas, las cuales son enormemente infravaloradas en cuanto a las indemnizaciones o compensaciones a percibir por el afectado. Así, en el caso de las secuelas transitorias se consideran los días de baja laboral, el lucro cesante, etc..., cuestiones que en el caso de las secuelas definitivas se valoran de forma sensiblemente inferior.

Entidades aseguradoras y Mutuas se sitúan en el epicentro de un claro conflicto de intereses por cuanto son las encargadas de velar por la salud del consumidor final, que paga las primas, y las primeras interesadas en rentabilizar económicamente las enfermedades o patologías que el mismo sufre, dando un tratamiento que no sea costoso y se alargue en el tiempo.¹

¹ **La S.A.P. de Cádiz de 29 de Abril de 1995 señala en su Fundamento de Derecho Primero que** «es un hecho aceptado e indiscutido en los autos que el día 14 de Mayo de 1989, D. Carlos G. M., sin antecedentes patológicos de interés, fumador y bebedor moderado, sufre una parada cardiorrespiratoria por insuficiencia respiratoria aguda que le produjo encefalopatía post-anóxica y situación de coma profundo en la que continúa, en estado clínico de vida vegetativa. El Instituto Nacional de la Seguridad Social le declaró en situación de gran invalidez por causa de enfermedad común, mediante resolución de 18 de Marzo de 1991 (fs. 20 y 21).

La sentencia apelada estima la demanda considerando el hecho cubierto por la póliza de accidentes, frente a la que se interpone recurso por la Sociedad de seguros sosteniendo que el hecho no está cubierto por la póliza porque se debe a enfermedad sin que pueda imputarse a accidente, (...)». **Por su parte señala el Fundamento de Derecho Tercero que** «con ocasión de muertes debidas a infarto de miocardio, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de si puede incardinarse en el concepto de accidente definido en el art. 100 de la Ley del contrato de seguro. Es decir, si la muerte en tal caso, puede ser considerada como derivada de una causa violenta, súbita, externa, y ajena a la intencionalidad

Este problema tiene su fundamento en la dependencia económica que los Centros de Rehabilitación tienen de las Mutuas (el sistema de franquicias establece un medio de presión de las compañías similar a la de los contratos de adhesión que dejan al consumidor en una situación de indefensión por lo innegociable de los términos que se firman y que en último término son paliados en cierta medida mediante la Ley de Condiciones Generales de la Contratación), y supone una «corrupción sistémica ab initio» que determina jurídicamente un «enriquecimiento injusto o casi injusto» de las compañías instrumentalizado a través de las exclusiones (letra pequeña).

A fin de clarificar lo anteriormente expuesto, es preciso recalcar que la situación del consumidor final (asegurado) afectado por daño cerebral es siempre de inferioridad a la de la entidad Aseguradora, pues ésta última cuenta con medios no disponibles para el afectado, tales como asesorías jurídicas, y, la experiencia necesaria de la que carece aquella persona. En esta coyuntura resulta claro que la única protección que puede recabar el afectado y su familia procede de una única fuente: LA INFORMACIÓN. Vaya por delante que la información que puede tener el círculo cercano a la persona afectada es prácticamente inexistente, mientras que la que tiene a su disposición la entidad Aseguradora o Mutua le permite adoptar una situación de privilegio que hace muy difícil que prospere una demanda.

del asegurado. La posición negativa se afirma en STS. de 22 de Junio de 1988. Pero en la de 27 de Marzo de 1989, aunque también denegatoria, lo es «por carencia absoluta de la prueba de violencia moral desencadenante de una situación extrema de estrés productora del infarto y esta del infarto», con lo cual se abre paso la tesis de su inclusión como accidente cuando se den tales circunstancias. Esta línea jurisprudencial se afianza con la STS 27 de Noviembre 1991 donde refiriéndose a la sentencia de 22-6-1988 se dice: «fue superada por la sentencia mas reciente de 27-3-89, en línea doctrinal con la precedente de 7-4-1986 que dejo abierta la posibilidad de poder admitirse como eventos causantes de las gravísimas y fatales cardiopatías, las causas externas e inmediatas procedentes de estrés, siempre que la relación que establece violencia moral-estrés muerte esté debidamente averada por las pertinentes pruebas, lo que ha sucedido en el caso de autos». Y se refuerza en la mas reciente STS de 14 de Junio de 1994, aludiendo a la «violencia moral desencadenante de una situación extrema de estrés, (productora del infarto y este de la muerte), que actuó a modo de causa externa como exige el art. 100 citado» (se trataba de un cartero que sufre un infarto en el edificio de correos; como causa inmediata actuó la presión y el estrés a que esta sometido desde la semana anterior a consecuencia del aumento de trabajo con motivo de las elecciones municipales a celebrarse en aquellas fechas lo que obligo al alargamiento de la jornada laboral ante la inexcusable obligación de repartir la propaganda electoral). En suma, excluye el infarto cuando «no se demuestra que obedece a una causa externa al agente y al actor corresponde probarlo, sin que pueda presumirse del hecho de haberse reconocido el óbito como accidente laboral» (STS. 5 Marzo 1992, con cita de varias)». **Señala el Fundamento de Derecho Cuarto que «(...) no consta probado que D. Carlos G. M. padeciera enfermedad, ni que la causa de este proceso se deba a un estado morboso precedente, puesto que los informes clínicos no refieren**

En cualquier caso, resulta claro que la valoración de un daño cerebral no aparente, es en extremo dificultosa por la intangibilidad que supone un trastorno conductual que se da tan solo en determinadas circunstancias, ante ciertos estímulos, o que, aún, siendo continuado es valorado subjetivamente por distintos profesionales de manera heterogénea.

En adición a todo lo mencionado es preciso introducir la variable tiempo en las lesiones de carácter cerebral, pues se ha demostrado que es imposible valorar las secuelas en su justa medida en un periodo temporal coetáneo con el suceso que produce el daño.

En relación con lo apuntado, La S.T.S.J. del País Vasco (Social) de 3 de Octubre de 2000, **tiene gran importancia por las conclusiones incorporadas en la misma, señalando en sus Antecedentes de Hecho (Primero) que** «*La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente: 1º) D. José María U.C. nació el 16-6-1971 y figura afiliado a la Seguridad Social con el n.º X, habiéndose iniciado prestación de servicios con la empresa I., S.L. el 4-1-1989, con categoría de Peón. 2º) El 5-04-1989 el demandante sufrió un accidente en el centro de trabajo Haro (La Rioja) cuando realizaban obras de albañilería en la telefónica de Haro, siendo atendido en el Hospital de SS San Millán y siendo dado de alta el 6-4-89, emitiéndose el siguiente informe:*

antecedentes patológicos de interés (historias clínicas de entidades oficiales (fs. 21; 124 a 127; e informe del Dr. J. E., f. 22, párrafo segundo). Al contrario, y A EFECTOS DE LA DOCTRINA PRECEDENTE, EL TRIBUNAL ESTIMA, COMO RESULTADO DE LA PRUEBA, QUE D. CARLOS G. M., ESTUVO SOMETIDO A UNA SITUACIÓN DE ESPECIAL TENSION POR EL AUMENTO NOTABLE DE SU TRABAJO DURANTE EL CAMINO DEL ROCÍO, particularmente durante las jornadas invertidas desde el cruce del Guadalquivir hasta la aldea de Almonte. A la hiperactividad laboral se añaden el influjo del sol, su condición de fumador, las malas condiciones del camino y esfuerzos físicos inusuales a los que no estaba acostumbrado que, lógicamente, producen un mayor cansancio, todo lo cual le produjo una situación de estrés, unido ello al polvo del camino (es notorio que en el camino del Rocío se produce gran polvareda) que debió respirar en gran cantidad. (...). **En suma, la situación es análoga a la contemplada en las resoluciones del Tribunal Supremo antes citadas, porque LA SITUACIÓN DE ESTRÉS Y LA GRAN CANTIDAD DE POLVO QUE RESPIRA, LE ORIGINAN UN BRONCOESPASMO AGUDO CON INSUFICIENCIA RESPIRATORIA AGUDA QUE DETERMINA UN DAÑO CEREBRAL POR ANOXIA** y ello la situación de coma profundo que le mantiene en situación de vida vegetativa. Y como el hecho se debe a una causa de naturaleza violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, queda comprendido en la definición de accidente dada por la póliza, concordante con el art. 100 de la Ley del contrato de Seguro, lo que conduce a confirmar la sentencia con desestimación del recurso, pues el hecho de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social califique el suceso como de gran invalidez por causa de enfermedad común no vincula a la jurisdicción civil ya que las normas relativas a la Seguridad Social y las de índole civil son diferentes.

«Paciente de 17 años de edad, con antecedentes personales de: - Enfermedades propias de la infancia. Reacción urticariforme generalizada hace 2 años y fumador moderado. El paciente ingresó procedente del Servicio de Urgencias, tras sufrir descarga eléctrica, lo que motivó ingreso en UCI al presentar un bajo nivel de conciencia. - La exploración física general y neurológica al ingreso: no presentaba alteraciones significativas, filiándose finalmente como respuesta psicógena la clínica que presentó a su ingreso. No existían quemaduras en posible puerta de entrada. - De su analítica destaca como patológico únicamente: una gasometría con un pH 7,57 - PCO₂ 20,6 (coincidente con fases de hiperventilación). - E.C.G. : Normal. - Rx. simple de tórax: Normal. - En el día del alta el paciente está completamente asintomático. - **JUICIO CLÍNICO: ELECTROCUCION SIN REPERCUSION ORGÁNICA, respuesta de conversión con hiperventilación.** No precisa medicación ni otros consejos específicos por nuestra parte. **Si de forma demorada presentase clínica neurológica (poco probable) será remitido para valoración en nuestras consultas externas».** **3º)** Que el 6-4-89 por el Instituto Nacional de Salud se presentó parte al Juzgado de Guardia de Haro haciéndose constar que fue ingresado el 4-4-89 a las 23 h. con el diagnóstico de Electrocución sin repercusión orgánica. **4º)** Que en el informe de sanidad de fecha 7-6-89 realizado por la Médico Forense (Faltas n.º 172/98 Exhorto 426/89) se hace constar «Que en día de la fecha ha reconocido al lesionado en los presentes autos D. José María U.C. el cual se encuentra curado de sus lesiones, habiendo invertido en su curación dos días necesitando asistencia facultativa durante 2 días, habiendo estado impedido para sus ocupaciones habituales durante 2 días, siendo archivado el procedimiento penal por auto de fecha 7-X-1992. **5º)** Que a consecuencia del accidente de trabajo el demandante estuvo en **situación de Incapacidad Temporal (antes I.L.T.)** hasta el 16-4-89, cubriendo la cobertura derivada de accidente la Mutua C. **6º)** Que en fecha 13-X-1993 se presentó demanda por la parte actora en reclamación de responsabilidad civil empresarial derivada de accidente; demandando a la Compañía T.N.E., S.A. I., S.L. y Juan P.R., encargado de I., S.L. en fecha 4-4-89, dictándose sentencia por el Juzgado de 1ª Instancia de Haro (autos menor cuantía 473/93) en fecha 15-2-1996 en la que se estima parcialmente la demanda condenando solidariamente a los codemandados al abono de 15.064.000 a José M.ª U. en concepto de daños y perjuicios, (...). Ha quedado acreditado que el actor, con fecha 28 de diciembre de 1991, ingresa de urgencias con traumatismo craneal, por un accidente de tráfico, siendo dado de alta en enero de 1992; que con fecha de 16 de julio de 1991, es ingresado por accidente de tráfico también por el servicio de urgencias, con traumatismo craneal, conmoción cerebral, heridas y contusiones varias, siendo dado de alta el día de la fecha; que con fecha de 25 de julio de 1989,

también fue ingresado de forma urgente por otro accidente de tráfico presentando diversas lesiones traumáticas semejantes a las descritas anteriormente. Igualmente ha quedado acreditado que con posterioridad al accidente el actor consumió alcohol y drogas, sin que haya quedado acreditado que fuera de forma habitual. **De los distintos informes aportados a los autos por las partes, así como del informe del médico forense, y apreciados en su conjunto, SE DEDUCE QUE LAS SECUELAS QUE PRESENTA EL ACTOR SON CONSECUENCIA DE LA DESCARGA ELÉCTRICA SUFRIDA EL DÍA DEL ACCIDENTE, QUE EL HECHO DE NO HABER PERDIDO EL CONOCIMIENTO EN EL MOMENTO DE LA DESCARGA, DE NO TENER LESIONES EXTERNAS, DE NO TENER PARADA CARDIACA, NO EXCLUYE EN NINGÚN MOMENTO LA EXISTENCIA DE UN ACCIDENTE ELÉCTRICO, CUYAS CONSECUENCIAS APARECEN TRAS UN INTERVALO LIBRE DE DURACIÓN, SIN QUE NINGUNO DE LOS INFORMES PRECISE EN QUE MOMENTO PUEDEN APARECER TALES SECUELAS, QUE BIEN PUEDEN TARDAR DÍAS O AÑOS, QUE LOS TRASTORNOS QUE PRESENTA EL ACTOR (BROTOS DE VIOLENCIA, FALTA DE ASEO, IRRITABILIDAD, EXCITABILIDAD, FALTA DE ATENCIÓN, OBNUBILACIÓN), aunque no surgieran en el momento de la visita al forense y sí en otras ocasiones son perfectamente compatibles con un traumatismo eléctrico,** que el consumo de drogas y alcohol son posteriores a los citados trastornos, los cuales provocan un aumento de su consumo, por todo ello y a pesar del empeño de las partes demandadas de demostrar que es el consumo de drogas y alcohol lo que hizo que después de la descarga eléctrica incluso se produjera una hiperventilación en el actor, **no ha quedado acreditada que sea ésta la causa de tales lesiones y secuelas, y sí el traumatismo eléctrico sufrido por el actor, por lo que entiendo queda perfectamente acreditado la existencia de nexa causal entre la acción u omisión de los responsables solidarios y el daño causado en el demandante,** por lo que deberán responder de la cantidad reclamada en autos, si bien al haberse acreditado que los días de lesión no fueron 61, sino ocho, al haberse reincorporado al trabajo el día trece, la cantidad reclamada debe ser reducida en ésta extensión, correspondiendo un total por días de lesión de 64.000 ptas., más la cantidad reclamada por las secuelas acreditadas en los autos. Cantidad reclamada por secuelas acreditadas en los autos». Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación civil, dictando sentencia la Audiencia Provincial de Logroño en fecha 7-7-1997, confirmando la sentencia dictada en 1ª Instancia. Dándose el contenido de dicha sentencia por reproducido al constar en autos. Estando dicha resolución pendiente de resolver recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo. 7º) Que el demandante ha prestado servicios además de en I., S.L., durante el

periodo 4-1-1989 al 18-6-1989 Régimen Agrario (Villarcayo) 1-4-90 a 31-5-90 Construcciones P.G., S.A. 18-7-90 a 17-1-91 D.H.T., S.A. 18-6-91 a 30-10-91, S.N., S.L. 13-11-91 a 10-1-92. 8º) Que en fecha 6-X-1998 se iniciaron actuaciones en materia de invalidez. 9º) Que el demandante en fecha 25 y 26-11-1992 y 3-12-1992 fue explorado en la clínica Indautxu por el Dr. A.D. realizando un informe neuropsicológico haciendo constar en el apartado Impresión diagnóstica: «A partir de los resultados obtenidos en esta exploración se concluye que **JOSÉ MARI U. PRESENTA UN PERFIL NEUROPSICOLÓGICO QUE EVIDENCIA LA EXISTENCIA DE UN PROCESO DE DAÑO CEREBRAL A NIVEL FUNCIONAL. Este cuadro de deficiencias neuropsicológicas podría muy bien no ser captado por las técnicas neurológicas de exploración cerebral puesto que estas detectan lesiones estructurales de las lesiones y no funcionales. Este perfil de funcionamiento evidencia una lesión generalizada, no específica a nivel de sistema nervioso central, causada por el accidente de electrocución sufrido en 1989. Sus dificultades neuropsicológicas están caracterizadas por una enorme identificación de las funciones cognitivas básicas, y dificultades -a la hora de realizar actividades que requieren cierto grado de coordinación visomotora, abstracción, comprensión y memorización de instrucciones- complejas. Dadas estas deficiencias, sus actividades ordinarias se ven profundamente limitadas y requeridas de asistencia en niveles de ejecución y planificación.** 10º) Que en fecha 10-2-1993 se emitió informe por el Hospital Civil de Basurto Servicio de Neurocirugía (Dr. José H. Jefe servicio de Neurocirugía) en el que se establece: «**Lo que sí parece evidente en la entrevista con el paciente, es la existencia de alteraciones psíquicas, como bradipsiquia, o lentitud en la comprensión y en las respuestas, identificación o retraso en las funciones cognitivas, en la coordinación y una disminución de la memoria de retención, o de los hechos recientes. También presenta cierta disartria o dificultad de expresión de la palabra. AUNQUE SON POCO FRECUENTES LOS TRAUMATISMOS ELÉCTRICOS, ES DE ANTIGUO CONOCIDO QUE PUEDEN DESENCADENAR SECUELAS NEUROPSICOLÓGICAS Y NEUROPSIQUIÁTRICAS EN ESTOS PACIENTES. ASÍ, RECIENTEMENTE, HANSEN Y RASMUNSEN, DE DINAMARCA (1991) APORTAN DOS NUEVOS CASOS DE ACCIDENTES ELÉCTRICOS, EN LOS QUE, SIN PODER EXPLICAR LOS MECANISMOS DE PRODUCCIÓN, DESARROLLARON SECUELAS NEUROSIQUICAS, LLEGANDO A LA CONCLUSIÓN DE QUE LOS LESIONADOS EN ACCIDENTES ELÉCTRICOS DEBEN SOMETERSE SISTEMÁTICAMENTE A**

PRUEBAS Y ESTUDIOS NEUROLÓGICOS, NEUROPSICOLÓGICOS Y DE PERSONALIDAD CON EL FIN DE PONER DE MANIFIESTO ESTAS SECUELAS.

Este es el caso que nos ocupa, al que consideramos incapacitado de forma absoluta y permanente». **11º)** Que el demandante padece un estado paranoide simple. Trastornos cognitivos de hechos recientes. Dordipsiquia. **12º)** Que la Mutua C. asume el riesgo derivado de accidente de trabajo. **13º)** Que en fecha 27-1-99 se acordó no haber lugar a declarar al trabajador afecto de Invalidez Permanente en grado de Absoluto Gran Invalidez por no reunir el periodo mínimo de cotización exigido. **14º)** Que la base reguladora para el supuesto de I.P. Absoluta derivada de accidente de trabajo asciende a 1.046.780 Ptas., fecha de efectos 18-11-98. **15º)** Que se ha interpuesto la correspondiente reclamación previa que fue resuelta en sentido denegatorio mediante resolución de fecha 18-5-99".

Señala el Antecedente de Hecho Segundo que «La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: <<Que, estimando la excepción de prescripción alegada por la MUTUA C., procede desestimar la demanda interpuesta por JOSE MARIA U.C. contra E. S.A., C. MUTUA, INSS, TGSS y I. S.L., sin entrar en el fondo del asunto, absolviendo a los demandados>>» **y el Tercero que** «frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación ya reseñado que fue impugnado de contrario». En los **Fundamentos de Derecho, concretamente en el Tercero y en el Cuarto, se señala que** «(...) en ninguno de los informes en los que se sostiene el razonamiento de la Juzgadora se hace referencia al estado paranoide del actor que da por probado, recogiéndose el mismo por primera vez en el informe obrante al folio 101 con diagnóstico llevado a cabo en junio de 1998, de donde cabe deducir que el estado psíquico actual en que se basa la petición de invalidez no era definitivo a finales del año 1992 o principios de 1993 -sin perjuicio de que uno de los facultativos que entonces le reconoció pudiera considerar que ya entonces se encontraba incapacitado de forma absoluta y permanente-, debiendo remontarse como mucho el estado definitivo del cuadro actual precisamente al momento en que se hizo ese diagnóstico de situación paranoide simple, es decir, a junio de 1996. Ello nos llevaría a que, si realizamos el cómputo de la forma en que se hace en la instancia, desde que las lesiones se pueden considerar definitivas e irreversibles, a la fecha de iniciar las actuaciones para el reconocimiento de la invalidez no esté prescrito el plazo de cinco años contemplado en el art. 43.I de la LGSS. **La consecuencia que deriva del cómputo efectuado en la forma anterior, que es conforme a lo dispuesto en la disposición adicional de la OM de 23.II.82, interpretada por el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 03.04.92 invocada por el recurrente, es la nulidad de la sentencia de recurrida para que, previa desestimación de la excepción de prescripción, entre a conocer con libertad de criterio sobre el grado**

de invalidez permanente que solicita el actor. Pero a igual conclusión se llega si acudimos al art. 13.2 de la OM de 18.01.96, para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/95, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, según el cual, en los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal -como ocurre en este caso-, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de evaluación de incapacidades, lo que determinaría que en este caso el hecho causante sea de fecha 18.11.98, y sin que desde la misma hubiera quedado tampoco prescrita la acción del actor» y «pese a ello, como en el mismo se establece que la acción judicial entablada contra un presunto culpable, civil o criminalmente, deja en suspenso la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones mientras aquélla se tramite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza, aún cuando en este caso se aceptara el carácter definitivo de las lesiones del actor a la fecha señalada por la Juzgadora «a quo», la demanda del actor en reclamación de responsabilidad civil empresarial presentada el 13.10.93 (empresa que aquí también se demanda) también hubiera dejado en suspenso el plazo de prescripción contemplado en el art. 43.1 de la LGSS, con el consiguiente efecto desestimatorio de la excepción alegada por la Mutua.^(*)

A modo de CONCLUSIÓN EN RELACIÓN A LA SENTENCIA EXAMINADA, es preciso señalar que, en esencia, **«aunque son poco frecuentes los traumatismos eléctricos (...) los lesionados en accidentes eléctricos deben someterse sistemáticamente a pruebas y estudios neurológicos, neuropsicológicos y de personalidad con el fin de poner de manifiesto estas secuelas»**.

Esta referencia pone de manifiesto la dificultad a la que se enfrentan los profesionales, médicos, psicólogos, psiquiatras, etc., al **intentar determinar la existencia o no de lesiones derivadas del hecho determinante del daño cerebral**. A la dificultad señalada se añade, como se puede apreciar la dificultad, y en consecuencia, el coste, de detectar patologías no inmediatas y que responden a efectos concurrentes en el tiempo («delayed effects») y no manifiestos en un momento coetáneo al accidente o hecho determinante.

(*) Ver sentencia completa. Sentencia nº 9 (páginas 152-159)

Es por ello que tan sólo un seguimiento cercano y constante de la persona afectada por daño cerebral puede esclarecer la situación. **A la vista de todo lo mencionado, parece razonable proponer algún tipo de colaboración con el Hospital Aita Menni del País Vasco, y otros similares, tanto nacionales como extranjeros, en orden a la realización de Baremos que permitan evaluar los daños no sólo en un momento inicial, sino también una revisión posterior.**

No obstante, en términos estrictamente legales, resulta muy difícil compatibilizar la seguridad jurídica que proporciona una resolución jurisdiccional con la posibilidad, controlada o no, de su revisión posterior, cada vez que se produce un cambio en las circunstancias que afectan a la persona aquejada de daño cerebral.

Ya en un plano más concreto, debe señalarse que en los juicios por accidente un problema que se plantea es la capacidad de influencia existiendo un interés claro, es decir, qué interés prevalece (mutua/asegurado). El objetivo del seguro en estos casos es garantizar un determinado nivel de calidad de vida del asegurado. Se plantean en este caso diversas cuestiones:

- ¿Cuál sería el plazo suficiente para determinar de manera correcta las secuelas definitivas?
- ¿Deberían ser revisables las secuelas?
- Los acuerdos extrajudiciales suponen en muchos casos un verdadero problema, cuando se alcanzan en plazos breves y sin valorar adecuadamente las necesidades futuras de por vida del afectado.

Hay que tener en cuenta también las complejidades que supone el daño cerebral: además de los daños puramente médicos hay daños no cuestionables, como la desestructuración de la familia, es decir, daños que afecta a otros que no son la víctima propiamente. Esto configura un daño moral que también se debería indemnizar. Esta circunstancia ya está prevista de alguna forma en algunos ámbitos; por ejemplo, la indemnización a abonar a un hijo cuyo padre fallece no es de la misma cuantía si el hijo vivía con el fallecido o no (en este último caso es menor).

Como ejemplo de lo referido, y de cómo el daño que sufren las personas afectadas por daños cerebrales se encaja en una categoría indefinida, bajo las formulas del daño moral a parientes, de la aplicación analógica del baremo de daños sufridos como consecuencias de

accidentes con vehículos a motor, etc., puede citarse la **SAP núm. 217/2003 de Vizcaya (Sección 5ª)** de 5 de mayo (Recurso de Apelación núm. 180/99):

[DAÑOS Y PERJUICIOS: INDEMNIZACION: daño cerebral con calificación provisional de minusvalía en un porcentaje del 90%: baremo de la Ley 30/1995 no vinculante: situación asimilable a una incapacidad permanente absoluta] señalándose en su Fundamento de Derecho Primero *in fine* que «pues habiendo aplicado el baremo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre (RCL 1995\3046), la valoración tendría que haberse efectuado con arreglo a la actualización vigente a la fecha de la sentencia, por tratarse de una deuda de valor, y lo correcto sería haber concedido 12.564.905 ptas. y no 12.000.000 de pesetas, pero es que además, no resulta equiparable el daño moral derivado de la muerte de un hijo soltero y sin descendientes con el derivado de las graves secuelas con las que ha quedado la hija del demandante, y más cuando actualmente la niña Rebeca tiene reconocida por la diputación Foral de Bizkaia, después de la sentencia de primera instancia, una minusvalía del 90%, generadora de incapacidad permanente absoluta, presentando una afectación severa con minusvalía extrema, que determine la necesidad de asistencia permanente, y además, las lesiones permanentes que sufre la menor no son única y exclusivamente de índole psicológica, sino que como se refleja en los documentos acompañados al escrito de recurso, las lesiones son también físicas».

En el Fundamento de Derecho Sexto de la precitada Sentencia se señala que «la sentencia recurrida concedió la suma de doce millones de pesetas, por equiparación analógica con la cuantificación que el baremo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre (RCL 1995\3046) establece para las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación en el supuesto de fallecimiento de hijo soltero sin descendientes, por entender el juzgador a quo que el dolor de un padre como consecuencia de dicho fallecimiento no debe concebirse distinto al derivado del que aquí se está examinando, considerando por ello muy exagerado reparar con veinte millones de pesetas un daño cerebral con calificación provisional de minusvalía en un porcentaje del 50%, fijando finalmente la suma de doce millones de pesetas, superior al factor de corrección por incapacidad permanente total para los quehaceres habituales de una profesión u oficio, que sería la que indiciariamente aqueja a la niña, o a los 45 puntos de indemnización básica por lesiones permanentes de índole psicológica en el baremo, para personas de menos de 20 años de edad. Pues bien, a la vista de la alegaciones al respecto de ambas partes recurrentes, ya reflejadas en el fundamento jurídico primero de esta resolución, debe señalarse, en primer lugar, que, tal y como señala la representación de la clínica demandada, aquí no se está reclamando una indemnización por razón de las lesiones y secuelas padecidas por la hija del demandante sino por razón del daño

moral sufrido por los progenitores de aquélla, lo cual por otra parte no impide que pueden considerarse las nuevas circunstancias que se han puesto de manifiesto en esta segunda instancia. En segundo lugar, **LA SALA DISCREPA DE LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE LA LEY 30/95 DE 8 DE NOVIEMBRE (RCL 1995\3046) QUE EL JUZGADOR A QUO HA EFECTUADO PARA LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN**, pues aunque las valoraciones contenidas en el mismo puedan servir a título orientativo para establecer qué cantidad habría de satisfacerse de haberse producido el resultado lesivo como consecuencia de un accidente de circulación, la realidad es que la utilización de los criterios establecidos en dicho baremo no es de aplicación obligatoria para supuestos como el que se está analizando y por lo tanto, carecen de vinculación para el Tribunal, debiendo señalarse a estos efectos que ni siquiera la demanda se fundamentó en dicho baremo para establecer la reclamación, si bien es cierto también, que la referida demanda adolecía también de una extraordinaria parquedad en la justificación de tal solicitud, al igual que en el resto de su fundamentación, razones todas éstas que exoneran a la Sala de analizar algunas de las cuestiones planteadas por la parte actora apelante en orden a qué baremo sería de aplicación, si el baremo vigente al tiempo de la sentencia de primera instancia, el de la fecha del siniestro o el establecido en la Ley 30/95 de 8 de noviembre sin actualizar, como según la parte actora-apelante aplicó el juzgador a quo, aunque por otra parte, es de sobra conocida la postura reiteradamente sostenida por esta Sala al respecto en orden a que, de ser aplicable el baremo, sería aplicable el baremo actualizado correspondiente a la fecha del siniestro, pero en cualquier caso, la cuestión carece de trascendencia relevante, toda vez que la aplicación del baremo no resulta vinculante para el Tribunal».

En el Fundamento de Derecho Séptimo de la precitada Sentencia se señala que «Así, resulta que con fecha 25 de junio de 2001, el Departamento de Acción Social de la Diputación Foral de Bizkaia le reconoció a la niña Rebeca una minusvalía del 90% como consecuencia del diagnóstico de retraso mental profundo derivado de encefalopatía y tetraparesia severa, y de acuerdo con el informe del Dr. diego perteneciente a aspace (asociación para paráliticos cerebrales), la menor presenta un cuadro de pci. tipo tetraplegia espástica severa de etiología perinatal con sufrimiento fetal intenso, el cuadro motor determina una afectación global sin posibilidad motriz funcional y no puede llegar a alcanzar la sedestación libre y asociado existe: 1) ceguera funcional sin fijación ni persecución ocular, con respuesta de apertura-cierre a los estímulos visuales intensos; 2) epilepsia generalizada, con crisis de componente tónico, en tratamiento farmacológico; 3) retraso mental profundo y 4) dificultades de alimentación y estreñimiento pertinaz, concluyendo que Rebeca presenta una afectación

severa con minusvalía extrema que determina la necesidad de asistencia permanente. Constatadas estas circunstancias, resulta evidente que la cantidad concedida en la sentencia como indemnización por los daños y perjuicios resulta absolutamente insuficiente, no ya sólo desde la perspectiva contemplada tras la práctica de la prueba documental en esta alzada, sino también desde la que se contemplaba en la sentencia recurrida, que en realidad es coincidente con la actual, con la única diferencia de que al dictarse la sentencia recurrida la minusvalía que afecta a la niña se había valorado provisionalmente en un 50% y ahora en un 90% pero el sustrato fáctico subyacente era el mismo. **Y decimos que la suma de doce millones de pesetas es absolutamente insuficiente, porque la situación en que se encuentra la niña, por las gravísimas y trascendentales limitaciones que sufre podía asimilarse perfectamente a una situación de incapacidad permanente absoluta, es más, la existencia de tan gravísimas secuelas, antes descritas, superaría con creces los parámetros mínimos para la obtención de tal declaración, y sin que pueda aceptarse por la sala la equiparación que la sentencia recurrida hace entre la situación que padece la hija del recurrente y la derivada del fallecimiento de un hijo menor de veinte años, soltero sin descendientes, porque la dramática situación de minusvalía en que se encuentra la muchacha, en términos razonables y ajustados a la realidad de las cosas y de la vida cotidiana, es susceptible de generar y genera un mayor dolor para el padre que la tomada en consideración por el juzgador a quo, habida cuenta de que nos encontramos ante una situación irreversible y no susceptible de mejora alguna, con lo que el daño moral derivado del hecho generador de las lesiones y secuelas, va a seguir estando presente, permanentemente prolongándose a lo largo de la vida de la muchacha, según vaya creciendo y desarrollándose, con el consiguiente probable aumento de las dificultades para desenvolverse en la vida cotidiana, acentuándose con todo ello las limitaciones de todo tipo.** En definitiva, estima la Sala que debe concederse la totalidad de lo reclamado en la demanda, pues dicha cantidad, no puede reputarse desproporcionada, a la vista de las circunstancias concurrentes antes descritas, sin que por razones de congruencia puede entrar la Sala a valorar si estos veinte millones de pesetas son realmente suficientes para paliar el daño moral sufrido, siendo así que en otros supuestos, en los que el alcance de las lesiones y secuelas residuales han sido notoriamente inferiores, el Tribunal Supremo en sentencias recientes, así las sentencias de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002\7159) y de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001\6204) de la Sala Primera, en

supuestos de parálisis braquial de dos recién nacidos, causadas en el momento del parto, concedió indemnizaciones de doce y de treinta millones de pesetas, respectivamente.^(*)

Cabe realizar algunas consideraciones en relación a esta Sentencia y a aspectos en ella alegados que son muestra de algunos de los problemas existentes.

En primer lugar, debe tenerse clara la distinción entre daño cerebral y parálisis cerebral. Esta última es una discapacidad derivada o consecuencia de un accidente prenatal o perinatal, o una anoxia en los primeros meses de vida. En ella se toma en cuenta el hecho de que se produce una grave alteración en el desarrollo del afectado. Por ello, los accidentes en niños suelen ser tratados como parálisis cerebral a efectos valorativos, normativos e indemnizatorios.

Por otro lado, y muy relacionado con lo anterior, debe distinguirse que a efectos de valoración no se pueden aplicar los mismos criterios a los adultos con daño cerebral sobrevenido que a niños en la misma situación. No es lo mismo un daño cerebral a los 2 años que a los 20 años, y este aspecto debe ser tenido en consideración en todo caso.

Por último, en la Sentencia se habla de porcentajes del 90% y el 50% en la calificación del grado de minusvalía, cuando en el caso concreto es evidente que hablaríamos de un 150%. Este hecho pone de manifiesto que los informes fueron realizados por personas no suficientemente conocedoras del problema, lo cual no constituye una excepción sino más bien una norma.

Se plantea el caso de Alemania, que además de permitir la compatibilidad entre pensiones vitalicias y mantenimiento activo en el mercado laboral establece que desde el primer momento se preste la cobertura rehabilitadora, siendo el juez quien decide cuando debe finalizar dicha cobertura.

Inciendo de nuevo en lo relativo a la rehabilitación y la determinación de la minusvalía o discapacidad hay cuestiones a destacar:

- Existen importantes dificultades técnicas para la determinación de la discapacidad
- Aunque tras la rehabilitación no suelen producirse empeoramientos, desde el punto de vista de los factores sociales y económicos la degradación y el empeoramiento son de enorme importancia.

^(*) Ver sentencia completa. Sentencia nº 6 (páginas 102-115)

2.2.2. Las Mutuas que participan en la valoración laboral de la discapacidad

El papel de las Mutuas resulta especialmente relevante, no sólo por la función que les es propia sino porque dicha función es ejercida en base a una encomienda que podríamos equiparar a una concesión administrativa; son entidades que asumen una función muy vinculada al aparato del Estado y a las coberturas que el mismo reconoce a personas que acrediten unas determinadas condiciones. Por ello, su responsabilidad ha de ser mayor aún si cabe que la que correspondiera a una entidad aseguradora o a un centro clínico de carácter privado, puesto que sus dictámenes y actuación revisten consecuencias de carácter público.

En los casos en que las mutuas realizan, por encargo de las empresas contratantes del accidentado, el seguimiento de la incapacidad transitoria, existe un claro conflicto de intereses, por cuanto la aseguradora tiene interés en determinar que la rehabilitación ha finalizado, extinguiéndose por tanto en ese momento su responsabilidad contractual. De igual forma, en el proceso judicial para determinar el tipo de invalidez permanente (total, absoluta o gran invalidez) la mutua tratará de obtener una declaración de invalidez total, por comportarle gastos inferiores. En esta situación, el accidentado se encuentra sin posibilidad de defensa (como consecuencia del daño cerebral sufrido), lo que nos lleva a una situación de indefensión contraria a nuestro propio ordenamiento jurídico.

Existe un conflicto de intereses que enfrenta los términos rentabilidad de la Mutua/ protección del asegurado, en el que inciden numerosos factores, puesto que desde el punto de vista empresarial el beneficio que extrae la compañía es máximo cuando el asegurado no sufre percance alguno y es inversamente proporcional a la gravedad de las lesiones, es decir, la función social de la Mutua choca frontalmente con la función empresarial de la misma (cuanto más pacientes atiende y cuanto más recursos se invierten en la curación y/o evitación de posibles secuelas menos rendimientos se consiguen).

En esta relación como se ha referido subyace un contrasentido del sistema.

En lo que respecta a la revisión del diagnóstico (de las secuelas) hoy ya se realizan revisiones, de oficio, pero cuya finalidad es más garantizar que no ha habido mejora que comprobar si ha habido algún empeoramiento (confirmar si hay mejoras que sitúen al afectado en disposición de trabajar....) En consecuencia, parecería necesario dejar abierta de alguna manera la posibilidad de revisión del diagnóstico, de la incapacidad y su grado, sin emplazar a la interposición de nuevas y posteriores demandas. Sin embargo debe decirse que aunque esta idea parece razonable para el caso de que haya empeoramientos, se

enfrenta al problema de las dificultades existentes para probar la realidad de ese empeoramiento.

En general, se plantea la posición de las Mutuas como «juez y parte», al depender de ellas tanto el proceso rehabilitador como la determinación de cuándo ha sido suficientemente efectivo. Esta situación es especialmente indeseable en la medida en que se trata de concesiones administrativas, entidades que suplen una función natural del Estado y que afecta a la relación del ciudadano con el mismo.

Por otra parte, se plantea otro problema, relacionado con la validez que se otorga a los informes elaborados por clínicas privadas. Así, se puede mostrar como ejemplo representativo el de un joven de 30 años que ha recibido un tratamiento de rehabilitación neuropsicológica en una clínica privada de reconocido prestigio. En sus informes, se explica con claridad que aparte de los problemas de atención y memoria, y cambio patológico de la personalidad, el propio paciente no es consciente de sus limitaciones. Sorprendentemente, el forense desautoriza el informe por proceder de una entidad privada, y argumenta además en contrario que ha estado hablando con el paciente y que éste le asegura que se encuentra perfectamente y que no le han quedado secuelas. Si según el forense, los informes emitidos por una entidad privada no son válidos, ¿dónde está la entidad pública que realice el informe?; Si el paciente está perfectamente, ¿por qué razón no puede volver a su trabajo anterior, como ocurre en el caso expuesto?; y por último, ¿cómo es posible que se realice un dictamen en base a las manifestaciones del propio paciente? ¿Si manifestase que es Napoleón Bonaparte también debería otorgarse plena validez a sus afirmaciones?

En otros casos ha sido el propio juez el que ha llegado a manifestar que se fía más del informe del médico de la Mutua que del emitido por el forense, lo que constituye un problema añadido.

ANEXOS AL APARTADO 2.2):

CASO REAL:

Varón, de 18 años, que tiene un accidente de tráfico, hace dos años. Fue atendido médicamente, con cargo a la mutua, en Badalona, Instituto Guttmann y siguió la rehabilitación en Albacete en el centro de la mutua. Los informes técnicos de la mutua, que pasan al EVIS para la valoración del tribunal médico, atestiguan que tiene algunas disfunciones psicológicas, por motivo del accidente

que agrava su situación anterior de persona límite (deficiente mental) que han quedado aumentadas con nuevos síntomas. Nunca el joven, un mal estudiante, como otros, había sido diagnosticado como persona límite. El psicólogo del colegio al que había asistido difiere, por su conocimiento del muchacho, del diagnóstico dado por la mutua y no es capaz de decirlo por escrito, por no enfrentarse a una mutua poderosa, en una provincia pequeña. La mutua de accidentes laborales, tendrá menos que pagar, si el reconocimiento de la incapacidad laboral permanente es menor, por lesiones preexistentes. La mutua, en este caso, es juez y parte y es posible que los trabajadores de la mutua reciban incentivos, si no sobrepasan un monto en las cantidades anuales dedicadas a capitalización de pensiones.

Este caso se refiere de manera específica a la calificación que las Mutuas realizan de la patología que afecta a la persona en orden a valorar el porcentaje de daño efectivo sufrido por el asegurado. En el supuesto concreto se valora la posible existencia de un daño preexistente que exonere o limite, en cierta manera, la responsabilidad de la entidad Aseguradora. Asimismo, este caso se refiere a la ausencia de indemnizaciones, pues en el caso concreto parece inferirse que al presentar la persona afectada un daño objetivado (es la tesis de la que pretende valerse la Mutua para restringir su responsabilidad) Este caso evidencia el poder y la influencia que las entidades Aseguradoras pueden desplegar en orden a obstaculizar extraprocesalmente la elaboración de informes que garanticen el principio de contradicción que institucionaliza, y, sacraliza, nuestra legislación.

CASO REAL:

Varón de 61 años. Hace seis años fue atropellado por un coche al cruzar la calzada por un paso de peatones con semáforo. Naturalmente, en el juicio por el accidente de tráfico declaró que no recordaba nada. La intervención de los abogados de la mutua forzaron al testigo de los hechos que cuando oyó el accidente y vio a la víctima en el suelo estando el semáforo verde, no podía afirmar que cuando le atropelló no estuviera en rojo. Fue condenado el peatón y por ser responsable penal no recibió indemnizaciones. Los abogados de la mutua sacaron un vídeo en el que el atropellado iba con una bolsa de la compra. Su situación psicológica no permitía que su mujer le pudiera dejar solo. Por otra parte, sus alteraciones conductuales imponían que su mujer fuera delante o detrás, no a su lado, para realizar la compra y para que no se perdiera. El vídeo atestiguaba que podía andar,

pero evidencia que no estaban evaluados los trastornos psicológicos y de dependencia que sufría esta persona.

Este supuesto se refiere asimismo, como el anterior, a la calificación que las Mutuas hacen del caso concreto, preconstituyendo prueba, que permita eludir su responsabilidad en el juicio posterior. Se evidencia, de nuevo, el poder y la influencia de las referidas entidades, pues cuentan con vastos recursos disponibles (sirva como ejemplo la elaboración de un video que prueba que el afectado puede andar). Este caso, demuestra que ante un accidente es necesario además de evaluar las secuelas físicas, que son prácticamente una constante, las secuelas psíquicas, pues las mismas, al ser intangibles pueden resultar de difícil percepción y pasar desapercibidas, en el caso de un examen superficial, quedando el afectado-asegurado en una posición de indefensión.

CASO REAL:

Varón de 55 años. Lleva 12 años después de un ACV. A pesar de diversas reclamaciones no tenía nada más que una invalidez permanente en el grado de total. Había recurrido dos veces sin éxito. La asociación de daño cerebral le recomendó se pusiera en contacto con un abogado, quien ha conseguido el reconocimiento de la invalidez absoluta. Las valoraciones aportadas por los médicos para servir de base pericial en los tribunales, dejan mucho que desear y no dan información a los jueces para tomar decisiones con grandes contenidos económicos. En el caso del daño cerebral esto pasa mucho más, por falta de conocimiento y protocolos adecuados para medir esta discapacidad.

Este supuesto se refiere a la valoración de la condición de discapacitado. En este sentido, es preciso señalar la distinción entre incapacidad permanente total (la persona afectada es declarada incapaz para la realización de las tareas básicas de su profesión) de incapacidad permanente absoluta (la persona afectada es declarada incapaz para la realización de las tareas básicas de cualquier profesión, de manera que es incapaz de trabajar).

CASO REAL:

Varón de 36 años, que tuvo un accidente laboral, camión contra camión hace 3 años. Estuvo en coma, atendido durante dos meses en la UCI de la Fe (Valencia). Los cinco meses siguientes en el Instituto Guttmann y cuatro meses más en el CEADAC (Centro Estatal de Atención al Daño Cerebral) del IMSERSO de Madrid. Y también estuvo en el programa INTWORK de APSA de Alicante.

A) Invalidez permanente laboral

Le fue concedida a sus padres la curatela judicial para los temas económicos y de complicada gestión, aunque la fiscalía había solicitado la tutela. El Centro Base le concedió una discapacidad del 76%, primero provisional y seis meses después definitiva, por los problemas psicológicos de difícil valoración: Problemas conductuales, de agresividad, de falta de control e incapacidad para realizar procesos secuenciales y de falta de independencia para el autogobierno de su vida diaria. A pesar de lo hablado previamente, la propuesta que la Mutua realiza para el tribunal médico del EVIS, fue de una petición de invalidez permanente absoluta. Sus padres hicieron un informe al tribunal médico mostrando el desacuerdo y con informes psiquiátricos. Le fue concedida la gran invalidez. Habitualmente las mutuas proponen, por lo menos un grado menos de incapacidad, procurando adelantar la valoración, que en los daños cerebrales severos y graves, no se puede definir definitivamente hasta pasados cuatro a seis años del accidente. De este modo, dejan de aportar el sostenimiento a la rehabilitación necesaria y prolongada, remitiendo a los servicios públicos de sanidad su atención, que no presta habitualmente por carecer de servicios especializados.

B) Juicio por accidente.

El accidente fue motivado por choque de dos camiones. El lesionado de daño cerebral asiste al juicio. Las dos compañías habían previamente acusado por lo penal a la parte contraria. El juicio duró tres horas y media, los peritos de las dos partes no llegaron a un acuerdo. Al declarar el lesionado de daño cerebral afirmó, como es verdad, que no recordaba nada. Normalmente no pueden recordar nada. El camión frenó paulatinamente según un testigo que circulaba detrás de su camión, hasta que al final hubo un frenazo, el camión le hizo la tijera e invadió el otro sentido de la calzada y el otro camión chocó sin huellas de haber intentado evitar el choque. La primera noticia, al entrar al hospital, fue que le había salido un coche, (la carretera por la que circulaba era una recta con arcén, a las nueve y media de la mañana, en buenas condiciones meteorológicas, y con buena visibilidad, donde estaban recogiendo naranjas en el bancal contiguo). Seguramente salió un coche que hizo frenar al camión conducido por la persona que hoy tiene daño cerebral para evitar arrollarlo. La declaración del conductor del otro camión implicado en el accidente fue rotunda: No había ninguna causa,

ni coche que le obligara a frenar. Su declaración la realizó cinco días después del accidente.

El atestado de la guardia civil se realizó hora y media después del accidente cuando los bomberos habían retirado los camiones. La Secretaría del Tribunal felicitó al abogado particular de la persona con daño cerebral. Había pedido, por no estar claro lo que había pasado, la absolución penal de los dos conductores y que se dirimieran las indemnizaciones en un juicio civil. Sin embargo, la Juez dictó sentencia condenatoria al afectado de daño cerebral, con lo que quedó excluido de cualquier posible indemnización, condenándole al pago de 2 euros por quince días, un total de 30 euros.

Es un caso más, en el que, por no recordar, al dañado cerebral se le imputan los cargos, como ocurre a veces con los fallecidos.

C) Argumentario para valoración de gran invalidez de las personas con daño cerebral afectadas gravemente en su personalidad y psicología

1. El Art. 137.6 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994, define la gran invalidez como «la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como, vestirse, desplazarse, comer o análogos». El dañado cerebral estaba divorciado y tenía una hija de cuatro años al cuidado de la madre y por lo tanto viajaba por toda España como transportista y se organizaba en su vida cotidiana perfectamente. Como consecuencia del accidente es totalmente imposible que viva sin el apoyo de terceras personas.

2. En la situación actual puede con más o menos esfuerzo vestirse e incluso afeitarse con máquina eléctrica pero dependen de terceras personas para su organización (para buscar una prenda, vacía el armario y deja tirado todo en el suelo. No es capaz de deshacer una maleta sin indicaciones verbales y de la misma manera preparar las cosas para un viaje). Se desplaza, pero tiene un límite máximo de autonomía. Por su lesión cerebral, indicada en los certificados presentados tiene un equilibrio inestable con peligro de caída cuando alguien le roza, si el terreno es irregular o cuando es de noche. Suple el daño cerebral que afecta al equilibrio con la vista y el oído. Comer puede hacerlo, pero es incapaz de gestionarse la comida y organizarse sin la ayuda de otra persona. ¿Es autónoma una persona que no es

capaz de elegir la comida, si tiene juntos los platos de la comida y la cena y que no es posible que se pueda quedar con su hija pequeña si no hay nadie acompañándole?

3. En el concepto de análogos y como ha quedado claro en los informes psiquiátricos y de conductas irregulares, lo más grave de la situación del afectado es la incapacidad de organizarse sin apoyos, difíciles de dar por las secuelas psicológicas manifestadas en los informes. Esa personalidad desestructurada exige la supervisión continua de otras personas, con apoyos mucho más complejos que las ayudas meramente materiales. Puede hacer un razonamiento perfecto, pero su actuación no tiene nada que nada con su razonamiento, fantasea y se crea sus propias fantasías, no se enfrenta a su realidad de cada día y siempre sueña con un futuro fantástico que al no hacerse realidad no lo admite, y la solución será una situación futura que resolverá sus problemas y cuando llega la situación futura no la acepta y vuelve a pensar que la solución es otra situación futura. No tiene sentido de su realidad. La frustración de cualquier deseo le provoca una agresividad y falta de control desmedido, verbal y a veces física. ¿No necesita la asistencia de otra persona para los actos esenciales de la vida alguien con estas características? El grupo 10 de discapacidades la OMS, ha definido un cajón de sastre para todos los problemas no considerados en las enfermedades mentales que son: problemas conductuales, de falta de control y agresividad, para los que no existen protocolos y varemos evaluadores y por lo tanto quedan excluidos en la puntuación de las incapacidades. También quedan fuera muchas veces sin ser considerados en los baremos del daño corporal de la Ley de Seguros. En Mayo/2003 se reunieron los técnicos de los Centros Base de las Autonomías, para el reconocimiento de la condición de discapacitados. Andalucía, Aragón y otras Autonomías hicieron propuestas especiales ante las dificultades de valoración del daño cerebral. Un tetrapléjico es reconocido sin ninguna duda como gran inválido. Me atrevo a afirmar que las secuelas de un tetrapléjico, al que nadie niega que se le de el reconocimiento de la gran invalidez son menos graves que las secuelas y dependencia que como consecuencia de accidentes traumáticos cerebrales padecen muchas personas afectadas gravemente de daño cerebral.

Se refiere a la calificación que las Mutuas realizan de la discapacidad, a la figura de la tutela y a las indemnizaciones que aquellas conceden. Aunque el propio relato del caso habla por sí mismo y es suficientemente explicativo, se amplía la argumentación en el Anexo, Caso 2, páginas 57-61.

2.3. LA CUESTIÓN DE LA «TUTELA» Y LA «CURATELA»

La tutela y la curatela se configuran como instituciones de protección de la persona y/o bienes de la persona («estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial») y suponen dos niveles de protección: la tutela (superior, en ausencia de capacidad) y curatela (inferior, en necesidad de complementar la capacidad existente).

La dificultad en la determinación del daño cerebral (que requiere de un equipo pluridisciplinar) conlleva problemas también en la defensa de los intereses económicos de los afectados por daño cerebral. Ni entre jueces, ni familias, ni la sociedad en general existe una cultura de la tutela y la curatela en relación al daño cerebral. Por el contrario, existe una desconfianza (justificada como excepción mas no como norma) respecto a este tipo de fórmulas en casos de daño cerebral, en los que aparentemente el afectado por él mismo no aparenta una incapacidad para gestionar razonablemente su patrimonio y economía. Se trata de una situación en la que una solución ha de pasar por que se constituyan los elementos necesarios para eliminar esta desconfianza, como la previsión de que existan encargados públicos que asuman la curatela junto con análisis forenses especializados que determinen la capacidad o ausencia de la misma por parte del afectado. De esta forma, se pretende que el juez decrete la curatela o la tutela como una medida de protección para el afectado frente a sí mismo, frente a terceros y frente a su propia familia, lo que eliminaría la desconfianza citada.

ANEXO AL APARTADO 2.3):

CASO REAL:

Varón de 42 años, con tres hijos. Sufre hace dos años un accidente tráfico. Como bastantes personas con daño cerebral, aunque no tienen el reconocimiento de la tutela o curatela, porque no se plantea, no tenía capacidad para defenderse, y defender sus derechos.

Se había tramitado su pensión y su mujer le hizo firmar la tramitación del divorcio, dejando la casi totalidad de la misma para abonos mensuales para ella y sus tres hijos. La mujer llamó a sus suegros para que pasaran recogerle. Estaba fuera del piso, con una maleta, con su sonda gástrica para la alimentación y con sarna, producto de las desatenciones que padecía. Llegó también la reclamación judicial de un pago equivalente a 750.000 ptas. para pagar el colegio mayor de su hijo, compromiso adquirido en las estipulaciones del divorcio.

Una abogada les ha defendido y ha suspendido los abusos de los que había sido objeto por su incapacidad. Esto muestra la indefensión muchas veces tienen los afectados del daño cerebral, quienes raramente son incapacitados legalmente.

Este caso se refiere de manera específica al caso de las figuras jurídicas de la tutela y la curatela, y más concretamente a la situación de abuso en la que pueden derivar sin la necesaria supervisión judicial, y del Ministerio Fiscal, en concreto, que está obligado a velar por los derechos de los menores y de los incapacitados de manera especial, para que no vean sus expectativas truncadas y sus derechos vulnerados. El caso al que se hace referencia evidencia la necesidad de implicación de los órganos jurisdiccionales, y de cuantas autoridades tengan competencia en la materia, en el efectivo control de las funciones de tutores y curadores, cuyos cargos, al estar basados en la bona fide, son de especial trascendencia.

2.4. LAS INDEMNIZACIONES

Es evidente que la determinación de las indemnizaciones que pueden corresponder a favor de los afectados por daño cerebral en aplicación de cláusulas de contratos de seguro o de responsabilidad civil no deben suponer en ningún caso un enriquecimiento injusto, no sólo por principio normativo sino por no ser ese el objeto perseguido. Pero también en la determinación de estas indemnizaciones se refleja un cierto clima de desconfianza hacia las familias de los receptores de las indemnizaciones, al igual que los problemas citados de determinación y diagnóstico en relación al daño cerebral. Por ello, debe estudiarse la conveniencia de realizar en cada caso un estudio actuarial de las necesidades de por vida del afectado, mediante la elaboración de un dictamen por parte de técnicos especializados que hagan un juicio de recomendación al juez para que en determinados casos la tutela o curatela pueda transmitirse o tutelarse por parte de la administración o para que, en base al dictamen, se determine un pago mensual por un importe «X», que permita cubrir de manera efectiva las necesidades de la persona.

ANEXO GENERAL:

CASO REAL:

Varón de 37 años, hace menos de un año, solicitó permiso para atender un asunto particular de firma ante notario, y, a la vuelta, tuvo un accidente de coche. Hay

testigos de que pidió permiso al encargado que se le concedió. Al ser una empresa subcontratada, de momento le niegan el reconocimiento de accidente laboral. Tiene secuelas graves del accidente por falta de memoria y de capacidad para autogobernar la vida.

Es un caso sui generis. Sirve como ejemplo de como la interpretación jurídica de los hechos determina unos efectos jurídicos determinados, lo cual resulta una paradoja en su formulación pues debería ser exclusivamente al revés, es decir, que los hechos determinarían unos efectos en el plano jurídico. Se da el problema de la exclusión de la condición de accidente de trabajo, lo cual condiciona, las ayudas que esa persona pueda recibir en el futuro. En particular, del enunciado, resulta particularmente cínica la actitud de la empresa al negar que se concedió permiso al trabajador, máxime a la vista de la gravedad de la situación. En cualquier caso se desprende la existencia de testigos de la solicitud de permiso, por lo que en principio la calificación del accidente como laboral o no dependerá del ramo de prueba del juicio, y de la posibilidad de probar que el consentimiento verbal existió.

3 Breves apuntes en relación a los problemas del daño cerebral en la contratación de los diferentes productos de seguro de accidentes. El problema de las exclusiones en las coberturas

En la actualidad el daño cerebral genera diferentes problemas vinculados a la obtención de prestaciones de diverso tipo que puedan mitigar los efectos negativos que implica para quienes lo sufren. Se configura como de gran interés por tanto analizar cuáles son los problemas añadidos que en la vertiente de la cobertura privada se plantean, a fin de valorar la existencia de prácticas incorrectas, discriminatorias, u otras lesivas para los legítimos derechos e intereses de los afectados por daño cerebral para poder valorar las propuestas de solución o mejora más adecuadas.

Existen prácticas discriminatorias, abusivas e incorrectas en el sector que además han sido sacralizadas por su reiteración.

Resultaría necesario elaborar un conjunto de normas que adecuen el modo de proceder de las compañías a la legalidad.

Las especiales condiciones que imponen las entidades financieras a los discapacitados (avales, seguros de vida, etc...) para la concesión de préstamos hipotecarios, la negativa de las entidades de seguros para asegurar a los discapacitados o los problemas con que se encuentran para contratar y para cobrar las indemnizaciones aseguradas, constituyen ejemplos de este trato discriminatorio. En primer lugar debe recordarse lo que señalaba la Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975, y que sirvió de inspiración al artículo 51 de nuestra Constitución: «el consumidor no es considerado ya solamente como comprador o usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social». De esta forma, la normativa de protección de los consumidores y usuarios es de plena aplicación a este colectivo, de manera complementaria a la legislación específica existente en relación a cuestiones no vinculadas directamente con el consumo pero sí con la discapacidad.

Por ello parece oportuno valorar someramente (pues no es el objetivo del presente documento) la situación de los afectados por daño cerebral en la contratación de productos de seguro en los que se enfrenten a exclusiones, a fin de evaluar en qué situación dichas exclusiones les sitúan, las consecuencias de las mismas, la discriminación que dichas exclusiones puedan suponer y analizar en la vertiente normativa, aplicando la normativa relativa a la protección del consumidor y la específica relativa a la discapacidad en caso de resultar oportuno o conveniente, y llegándose a las conclusiones y propuestas oportunas.

Como ejemplo y avance, se ofrece a continuación un breve esquema sobre la situación de los discapacitados psíquicos en relación a diferentes modalidades de seguro:

Seguro de Vida:

- La ley de Contratos de Seguros prohíbe la realización de contratos de vida sobre incapacitados legales.

Seguro de Automóvil:

- Cobertura no aplicada como conductor.
- Casos de exclusión a personas con discapacidad como acompañantes del conductor.

Seguro de Asistencia Sanitaria:

- En general las compañías no aseguran el riesgo.
- En el caso de que se asegure en determinadas especialidades médicas y altas sobreprimas.

Seguros Multirriesgo del Hogar:

- Aceptación generalizada del riesgo.
- En general no existen sobreprimas.
- Problemática de la responsabilidad civil de los tutores.

4

Propuestas de avance/solución

4.1. PROPUESTAS GENERALES Y MOTIVACIÓN

4.1.1. Valoración de la condición de discapacitado realizada por las Comunidades Autónomas

Dados los problemas observados en la adecuada determinación del daño cerebral sobrevenido, habría que buscar las fórmulas para baremar aspectos no tenidos en cuenta a día de hoy, vinculados a cuestiones de tipo cognitivo y conductual. Una fórmula sería la creación de baremos para los problemas cognitivos y conductuales, o por lo menos estos aspectos deberían ser más ampliamente explicitados en los baremos, debiéndose también mejorar la formación de los técnicos en valoración en estos déficits.

Igualmente, y por motivos similares, resultaría necesaria la creación de un cuerpo pluridisciplinar especializado, que fuese el encargado de emitir los informes necesarios, sin dejarlo al albur de profesionales de la medicina con insuficientes conocimientos del daño cerebral. La necesidad de que dicho cuerpo tuviese un carácter pluridisciplinar deriva de la mezcla de problemas pertenecientes a diferentes categorías vinculados al daño cerebral; como ya se ha indicado, se conjugan problemas de afasia con neurológicos y conductuales.

En cualquier caso, los equipos de valoración de incapacidades laborales (EVIS) deberían dar a conocer las pautas valorativas que emplean a la hora de otorgar incapacidades laborales total absoluta o gran invalidez.

Y por otra parte, la normalización de criterios claros para valorar secuelas permanentes es fundamental: sólo de esta forma es posible lograr garantizar el nivel de calidad de vida que toda medida en el campo de la discapacidad persigue o debe perseguir.

4.1.2. La calificación que las Mutuas y Aseguradoras hacen del daño cerebral

4.1.2.1. Los juicios por accidentes en los que el accidentado ha sufrido daño cerebral

A todas luces, resulta necesaria la adopción por los poderes públicos, en un primer estadio, y por quién corresponda (Asociaciones, Colectivos, etc.), posteriormente, de las medidas para establecer las bases que permitan un intercambio fluido de información, tendente a paliar, en la medida de lo posible, la situación de desequilibrio a la que se ha hecho referencia con anterioridad.

Este objetivo se puede conseguir fácilmente, con una inversión relativamente baja, a través de campañas lanzadas a través de diversos medios de comunicación, contribuyéndose a la consecución de dos fines fundamentales:

1. Evitar la convicción psicológica que sufren las personas cercanas al afectado de daño cerebral de que no tienen representatividad alguna, y de que no son escuchados, que las actuaciones que desempeñan no sirven para nada, etc.
2. Concienciar a la opinión pública de la necesidad de resolver un problema desconocido, pero de creciente entidad.

Otras fórmulas complementarias y necesarias se centrarían en el fomento de magistrados especializados, cursos de medicina legal especializada, creación de un cuerpo o disciplina de sociólogos, psicólogos, neurólogos, psiquiatras y médicos forenses especializados en trastornos conductuales o similares. Y no sólo eso, debería pedirse a los Colegios de Abogados que establecieran los métodos o sistemas adecuados para que existan profesionales informados de todas las vicisitudes que rodean al daño cerebral.

En cuanto a los plazos mencionados para la determinación de las secuelas definitivas, el problema deriva de la inexistencia de baremos para los problemas conductuales y para la falta de capacidad para gobernarse en la vida diaria. Se plantea la propuesta de que se realicen análisis actuariales de las necesidades del dañado cerebral, teniendo en cuenta la necesidad de realizar revisiones. Dado que los baremos no tienen en cuenta el daño cerebral sería conveniente introducir un componente conductual subjetivo en ese baremo. Además habría que tener presentes los daños futuros, es decir, los que se puedan manifestar con posterioridad.

Igualmente parece positivo que se fijen indemnizaciones vitalicias (en forma de rentas vitalicias), mejor que la fijación de indemnizaciones a percibir de forma puntual, en forma de capital.

Parece conveniente por otro lado establecer un sistema que evite acuerdos extrajudiciales prematuros (por ejemplo, nueve meses después de un traumatismo craneoencefálico): el afectado (y sus familiares) viven un momento de conmoción emocional, por lo que no es el mejor momento para cerrar acuerdos de enorme importancia para la vida futura del afectado y su familia, teniendo en cuenta además que es imposible valorar antes de un año las secuelas definitivas.

De igual forma, se plantea como oportuna la existencia de un sistema de revisión a posteriori. ¿Cuándo se finaliza la rehabilitación?. Aunque la disposición de apoyo en centros de nivel 3 tras la rehabilitación puede mantener las mejorías obtenidas, o incluso generar alguna mejoría adicional, lo cierto es que prácticamente no existen este tipo de centros. La ausencia de esos apoyos da lugar o al menos puede hacerlo a empeoramientos en la situación del afectado tras la rehabilitación.

Por ello parecería adecuado la realización de análisis actuariales de las necesidades del afectado por daño cerebral.

Otra medida podría ser que en la determinación de las secuelas definitivas interviniesen peritos no nombrados por las partes como garantía de independencia y ausencia de posible conflicto de intereses. Sin embargo, debe resaltarse que existe una clara insuficiencia de especialistas y protocolos, cuestiones ambas que deben ser resueltas como medida elemental para avanzar en la problemática expuesta en este documento.

Otra cuestión es que es el mismo juez el que valora la condición de discapacitado, la incapacidad laboral,... Pero el juez «no sabe», se basa en lo que aportan las partes, la que mejor prueba sus argumentos es quien «gana». Parece por tanto necesario avanzar, si no hacia una especialización (probablemente inasumible por nuestro sistema judicial), sí hacia una mayor formación a los jueces de lo laboral, especializaciones en Institutos de Medicina Legal, etc....

También, y esto es especialmente importante habida cuenta de la situación real a que se enfrentan las familias de los afectados por daño cerebral sobrevenido, la figura del Ministerio Fiscal debería ostentar un papel activo que cumplir, comenzando con la concienciación de la importancia del cobro de la correspondiente indemnización en forma de rentas y no de capital. Esto implicaría una ampliación de la figura o funciones del Fiscal, cuyo principal inconveniente es la limitación de recursos económicos y humanos existente. Pero podría establecerse que el cobro de las indemnizaciones en forma de rentas se promoviera de oficio, de igual manera que la tutela o la curatela no sólo en casos evidentes por su gravedad. En el fondo se trataría de establecer criterios prudenciales, ante situaciones

en las que ni el derecho ni la medicina han logrado hasta el momento dar respuestas definitivas. En todo caso, se trataría en general de que en aquellos casos en que el afectado careciese de medios y recursos la carga de la defensa recayera en el Ministerio Fiscal como garante de los derechos y legítimos intereses del afectado, encargándose de pedir peritos, solicitar informes, etc.... Cabe destacar que la ampliación de competencias y la promoción de un papel más activo del Ministerio Fiscal se da ya en la Ley del Menor.

El actual Baremo (2003) no es adecuado desde el punto de vista del daño cerebral porque no lo tiene en cuenta. Por ello sería interesante introducir el aspecto subjetivo conductual en el mismo. Además el baremo fija los daños en un momento concreto del tiempo, pero puede haber daños que se manifiesten con posterioridad en el tiempo. En esta situación, desde una perspectiva jurídica lo que no sea un daño efectivamente indemnizado puede ser posteriormente reclamado e indemnizado.

Se ha señalado en la exposición de los problemas existentes que aunque tras la rehabilitación no suelen producirse empeoramientos, desde el punto de vista de los factores sociales y económicos la degradación y el empeoramiento son de enorme importancia.² En relación a esta cuestión, sería necesario garantizar un seguimiento de esos factores sociales y económicos.

Una posible solución, sería la elaboración de unas ESTIMACIONES ESTADÍSTICAS (similares a las que utilizan las Compañías Aseguradoras para determinar el rendimiento económico que produce cada asegurado) que establezcan tramos temporales relativos al desarrollo de previsibles secuelas (porcentaje de personas que sufren perjuicios después

² En relación al marco jurídico de la minusvalía, la S.T.S.J. de Madrid (Social, Sección 3ª) núm. 1538/2003 de 22 de diciembre, incluye una exhaustiva referencia cuando señala que «Prescindiendo de las prestaciones no contributivas (creadas por la Ley 26/1990 de 20 de noviembre [RCL 1990\2644 y RCL 1991, 253] y hoy en día recogidas fundamentalmente en los arts. 144 a 149 y 167 a 170 de la Ley General de la Seguridad Social, y en el Real Decreto 357/1991 de 15 de marzo (RCL 1991\752 y 874)), las otras prestaciones y ayudas públicas que tienen derecho a obtener los minusválidos vienen establecidas en la Ley 13/1982, de 7 de abril (RCL 1982\1051), de integración social de los minusválidos 1982/8904, en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero (RCL 1984\574), sobre prestaciones sociales y económicas para minusválidos, en el Real Decreto 620/1981, de 5 de febrero (RCL 1981\815), sobre ayudas públicas a disminuidos, y en la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1982 (RCL 1982\587) que desarrolla este Decreto. Y examinando con detenimiento estas disposiciones legales se aprecia claramente que las más numerosas e importantes de tales prestaciones y ayudas (entre las que no se encuentran las pensiones no contributivas, como se acaba de indicar) tienen una clara naturaleza social, pues están vinculadas bien al Derecho del Trabajo, bien a la Seguridad Social. Así los beneficios de acceso al trabajo que como fomento de su integración laboral se estatuyen en los números 1 y 4 del art. 38, y en los arts. 39, 41 y siguientes de la Ley 13/1982 y en el art. 19 del Real Decreto 620/1981; LA

del accidente, tiempo que tardan en manifestarse las secuelas, gravedad de las mismas, etc.), que puedan orientar a los Jueces y Tribunales en la aplicación de las normas. Como ejemplo puede citarse el supuesto hipotético de un accidente eléctrico, que, como en el caso anteriormente analizado en el apartado 1.2.1) , no ha producido aparentemente secuela alguna, pero que en el tiempo se descubre ha sido el desencadenante de patologías determinadas: así la decisión judicial no es la misma si previsiblemente la posibilidad de desarrollar perjuicios que impidan a la persona gobernarse por si misma en el futuro es del 5% que del 95%, o si las lesiones se desarrollan a los 3 meses o a los 3 años.

De igual forma, se debe tener en cuenta al perjudicado que sufre el daño corporal que puede no ser asegurado de forma directa, y muy especialmente a los perjudicados indirectos que son sus familiares y que el baremo no contempla en el caso de invalidez

Por otra parte, un aspecto fundamental lo constituye la actividad del movimiento asociativo de cara a ofrecer a los afectados y sus familias una orientación e información dotados de las suficientes garantías de confianza y seguridad. A estos efectos, resultaría

REHABILITACIÓN DE LOS MINUSVÁLIDOS QUE SE PREVÉ EN LOS ARTS. 18 A 22 DE ESTA LEY 13/1982, ARTS. 7 Y SIGUIENTES DEL DECRETO 383/1984, Y ART. 11 DEL DECRETO 620/1981, QUE INCLUYEN TANTO LA REHABILITACIÓN MÉDICO FUNCIONAL COMO EL TRATAMIENTO Y ORIENTACIÓN PSICOLÓGICA, CUYA CONEXIÓN CON LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA Y CON LOS SERVICIOS SOCIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL ES PALMARIA; la recuperación profesional de los discapacitados a la que se dedican los arts. 32 a 36 de la Ley 13/1982 y los arts. 10 y siguientes del Real Decreto 383/1984, la cual responde a los mismos criterios y parámetros que la recuperación que se recoge en los arts. 153 a 155 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994\1825), remitiéndose de forma expresa el citado art. 32 de aquella Ley a «las prestaciones de recuperación profesional de la Seguridad Social»; y lo mismo se ha de decir con respecto a los beneficios del empleo selectivo que se prescriben en los arts. 157 a 159 de la Ley General de la Seguridad Social, cuya extensión a los minusválidos prevé el art. 40 de la Ley 13/1982; por último se ha de indicar que otras importantes prestaciones que se otorgan a los minusválidos (las que se detallan en los arts. 49 a 53 de la Ley 13/1982 y art. 12 del Decreto 620/1981), entre las que destacan los servicios de atención domiciliaria y los servicios de residencias y hogares comunitarios, tienen la naturaleza de verdaderos servicios sociales y de asistencia social (el título VIII de la Ley 13/1982, que comprende estos arts. 49 a 53 arts. a que estamos aludiendo, gira bajo la denominación «de los servicios sociales»), y los arts. 53 a 56 de la Ley General de la Seguridad Social establecen que estas materias forman parte del ámbito protector propio del Sistema de la Seguridad Social. d).-Resulta, pues, indiscutible que de las prestaciones y ventajas que corresponden a las personas a quienes se reconoce unos determinados grados de minusvalía, no sólo pertenecen a la rama social del Derecho las pensiones no contributivas, sino también otras muchas de tales prestaciones y beneficios; es más, las más numerosas e importantes de estas prestaciones y ayudas o bien se incardinan en el ámbito de la Seguridad Social, o bien en el ámbito del Derecho del Trabajo.

importante la colaboración entre el movimiento asociativo y profesionales, que contribuyera a crear una Red de Trabajo, Asistencia y Apoyo con las suficientes garantías de conocimiento técnico, profesionalidad e independencia.

Además, y dada la complejidad del tema en cuestión, habría que elaborar un concepto claro de lo que es el daño cerebral sobrevenido y sus consecuencias en el propio gobierno de la vida diaria (lo que a su vez influye en la determinación de un mayor o menor grado de invalidez)³. Además se aboga por el establecimiento de un baremo orientador, no vinculante, que de «manos libres» al juez, un margen amplio de prueba. Este planteamiento tiene como base dos cuestiones diferentes pero relacionadas:

- Antes de fijarse el baremo en el ámbito del seguro, eran los jueces los que determinaban las indemnizaciones de acuerdo a su criterio. La realidad es que en esas circunstancias las cuantías de las indemnizaciones eran mucho más elevadas que tras la aprobación y aplicación del baremo.
- En el ámbito de los accidentes laborales no existen baremos, sin que ello constituya un problema de gran magnitud, lo que hace pensar que estemos sobre todo ante un problema de sensibilización o conocimiento real de las consecuencias del daño cerebral.

Todo ello redunda en la idea de la necesidad de formación.

³ **La S.A.P. de Vizcaya (Sección 2ª) de 19 de Diciembre de 2003** señala en su Fundamento de Derecho Cuarto que «en la realización del expresado delito han concurrido las atenuantes del art. 21.1 en relación con el art. 20.1 y del art. 21.5 del Código Penal. **La pericial practicada en el acto del juicio oral acredita que Franco padece una psicosis paranoide además de un trastorno del control de los impulsos y ambas enfermedades mentales conllevan que a la fecha de los hechos el acusado tuviera mermadas de forma importante sus capacidades volitivas.** La psicosis paranoide se define por las ideas delirantes y las alucinaciones. En este caso Franco tiene ideas delirantes pero no alucinaciones. Informa el doctor en psiquiatría Sr. Matías , que le trató un tiempo, que una persona con la que ya antes hubiera tenido problemas siempre va entender que se le acerca de forma provocativa. Un paranoico interpreta todo como algo provocador. **Y en efecto Franco declara que Benjamín le provocó porque le sonrió y ese gesto fue suficiente para su reacción agresiva, que una vez empieza ya no puede detener por el TRASTORNO DEL CONTROL DE IMPULSOS QUE, TAMBIÉN, SUFRE Y ESTÁ BASADO EN UN DAÑO CEREBRAL.** En atención a todo lo cual perito concluye que las capacidades volitivas del acusado estarían parcialmente abolidas pero no anuladas del todo, de ahí que se estime la exigente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.1 del Código Penal como solicita el Ministerio Fiscal y la Defensa.

A efectos eminentemente prácticos resultaría aconsejable que el Consejo General del Poder Judicial, a través bien de una Comisión o bien del método que se considere más aconsejable, elaborase, previos los informes técnicos oportunos (médicos, forenses, y psico-sociales) unos **protocolos de actuación que orienten, cuanto menos a los jueces y magistrados a la hora de enfrentarse a un problema tan omnicompreensivo**; es indudable que los matices del daño cerebral son multilaterales, por cuanto para que exista una concreción suficiente para fundamentar un fallo judicial deben converger diversos elementos intervinientes en la función judicial, o al menos coadyuvantes con la misma.

En este sentido es preciso fijar unos criterios que permitan la existencia de una cierta homogeneidad en la actuación judicial, máxime cuando el tema no está regulado en profundidad (no hay una madurez jurídica por cuanto no hay una madurez técnica). Es por ello que parece sensato evitar, sin perjuicio de la salvaguarda al arbitrio judicial, actuaciones que deriven en el tratamiento desigual de situaciones similares, como por ejemplo, la concesión de distintas indemnizaciones a personas afectadas por un daño cerebral que se encuentren en situaciones similares.

Al fin de conseguir un desarrollo jurisprudencial que se configure como una «punta de lanza» de la que parta la eventual, y muy necesaria, regulación del daño cerebral, es capital que el Alto Órgano de Gobierno de los Jueces establezca los criterios básicos para dar uniformidad a las decisiones del día a día. Con esta medida se consiguen dos objetivos básicos:

1. **Evitar la disparidad de criterios** en orden a evaluar las secuelas sufridas por los afectados por daño cerebral.
2. **Mantener una estructura y coherencia** que permitan tutelar de manera uniforme a todas aquellas personas que acudan en defensa de sus intereses a los órganos judiciales, manteniendo el principio de la seguridad jurídica.

Una persona sufre un accidente de circulación en el límite de dos Comunidades Autónomas y como resultado del mismo sufre daños de carácter cerebral que le impiden gobernarse por sí mismo. Resulta claro que en ausencia de un criterio definido el Juez o Magistrado habrá de recurrir a las facultades que le concede el arbitrio judicial, pero, ¿tratará de igual modo el Juez al que se turne el hecho en la Comunidad I que el de la Comunidad 2? ¿Cuál de los dos concederá prestaciones más sustanciosas al afectado?

A través de este ejemplo se infieren dos CONCLUSIONES fundamentales:

- a. La compañía Aseguradora trataría de observar (mediante criterios estadísticos) cual de los dos jueces le resulta más adecuado a sus intereses y dependiendo de la redacción del atestado, plantearía todo tipo de medidas (relativas a la competencia territorial) para que sea el que concede las indemnizaciones menos cuantiosas el encargado de instruir y/o en su caso decidir el asunto.
- b. La tutela judicial más efectiva dependerá exclusivamente de la interpretación que den las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de los hechos, siendo fundamental el lugar del suceso.

A la vista de las anteriores manifestaciones es claro que la tutela judicial efectiva no ha dependido del Órgano Judicial en sí, sino de aquellos coadyuvantes del mismo que están encargados de «allanar el camino» de los hechos y no del derecho.

Igualmente, con el análisis de la sentencia expuesta en el apartado 1.2) se hace patente la necesidad antes referida de que se elabore por quién corresponda (en principio podría ser el CGPJ) un informe, que luego podría ser comunicado utilizando el eficaz medio de las Circulares (en el caso de que fuera el CGPJ) para sentar las bases y criterios rectores en este ámbito, que los Jueces y Magistrados aplicarán en su día a día.

En base a la problemática observada, se plantearían como necesarias, entre otras, el desarrollo de trabajos desde diferentes perspectivas del IMSERSO para interpretar los baremos de 1999.

Por otra parte, en la valoración médico-legal del daño cerebral habría que fomentar la formación en los Institutos de Medicina Legal de especialistas médicos y psicólogos en esta materia tan difícil. No resulta aceptable, ni desde el punto de vista de la seguridad jurídica ni desde una perspectiva social y del «Estado del Bienestar», que médicos forenses sin formación específica y en 10 minutos hagan una valoración de estos lesionados. Pero también ayudaría mucho que en la Sanidad Pública se valorase adecuadamente el daño cerebral, especialmente en cuanto a los trastornos conductuales y su repercusión en la vida familiar y laboral.

4.1.2.2. Las Mutuas que participan en la valoración laboral de la discapacidad

En relación a la revisión del diagnóstico inicial, resultaría necesario dejar abierta de alguna manera la posibilidad de revisión del diagnóstico, de la incapacidad y su grado, sin

emplazar a la interposición de nuevas y posteriores demandas, algo que no obstante debiera ser objeto de estudio dadas las dificultades que en el plano de la seguridad jurídica pudiera suponer.

Además sería igualmente necesario valorar la creación de un Comité que velara por la aplicación del espíritu de la Ley, en casos determinados y con las debidas cautelas. Se trata de evitar que en la propia aplicación de la Ley se pierda el espíritu de la misma.

4.1.3. La cuestión de la «Tutela» y la «Curatela»

Resultaría positivo en este punto dotar de un carácter mixto a la institución, sujetando la actividad del tutor o curador a una homologación no solo judicial sino médica (psico social), pues en último término es el adecuado desarrollo del incapacitado el bien jurídico protegido.

Si bien los fiscales no actúan en los accidentes de tráfico, la Circular nº 6/92 de la Fiscalía General del Estado prevé la actuación del Ministerio Fiscal en los casos de lesiones muy graves o muerte. Por tanto sería conveniente que se recordara a los fiscales esta posibilidad, así como que estuviesen pendientes de instar de oficio la tutela o curatela convenientes en cada caso

4.1.4. Las indemnizaciones

Como presupuesto se debe partir de que la indemnización se entrega a la familia o administrador única y exclusivamente para su administración en beneficio de la persona afectada.

Se podría establecer bien un pago mensual o bien un pago mixto (un tanto por ciento capitalizado al principio para hacer frente al gasto de adaptación de la vida de la persona afectada y de su entorno y posteriormente una vez estabilizada la situación un tanto mensual) que impidiera tanto que en un primer momento el afectado no reciba la atención necesaria como que el dinero capitalizado fuese utilizado por la familia de la persona en fines distintos de aquel para el que se concedió.

El sistema mixto se podría configurar como un sistema escalonado, de la forma que simplemente a modo de ejemplo se sigue:

1. Se divide el montante total de la indemnización en cuotas de importe considerado suficiente para atender a las necesidades mensuales de la persona afectada.

2. Se entrega a la familia de la persona afectada una suma equivalente a dos, tres o cuatro mensualidades (o tantas como se estimen convenientes), a fin de proveer las necesidades de adaptación de la vida diaria, como por ejemplo adaptar la casa de puertas adentro (no debe olvidarse que la adaptación del inmueble en el que esté situada la casa se puede adaptar por acuerdo de los vecinos de conformidad con el espíritu de eliminación de barreras arquitectónicas incluido en la Ley de la Propiedad Horizontal).⁴
3. Posteriormente se procede a entregar mensualmente las cantidades, siempre previa justificación de que la cantidad anteriormente imputada ha sido destinada íntegramente al fin para el que se concedió.

Este procedimiento sirve a dos fines:

- I. - Se lleva un control detallado de la utilización del dinero entregado a la familia (o al administrador del incapacitado en su caso, si es un tercero), corrigiéndose situaciones de despilfarro o distracción de los importes.

Este procedimiento se podría articular mediante la presentación a mes vencido (o más probablemente y por razones prácticas en períodos superiores) de los gastos mediante una liquidación provisional que equipare importe recibido-importe empleado y en su caso remanente, de manera que la mala utilización se comprobaría con regularidad suficiente.

- II.- Psicológicamente supone un elemento coactivo importante por cuanto la familia (o tercero) no se arriesgará a perder las cantidades que le restan por cobrar haciendo un mal uso de las mismas, en la medida en que además asume una responsabilidad personal. Como complemento se puede utilizar otro sistema coercitivo tal como además de suspender el pago de las cantidades subsiguientes (garantizando siempre la adecuada

⁴ La Ley de la Propiedad Horizontal posibilita la eliminación de los obstáculos arquitectónicos que dificulten la vida de las personas afectadas por algún tipo de minusvalía; como ejemplo de la regulación y posterior desarrollo jurisprudencial pueden citarse las siguientes sentencias a título únicamente indicativo. Más en concreto, y debido a su interés, merece la pena señalar la S.A.P. de Asturias (Civil, Sección 4ª) núm.371/2002 de 16 de julio señala en su Fundamento de Derecho Quinto que «habrá de acogerse la solución arquitectónica postulada por el actor, con la garantía de realización que ofrece el proyecto confeccionado por el Arquitecto, sin que esta conclusión resulte desvirtuada por el hecho de que el portal del edificio pierda estética como consecuencia de las obras o, incluso, su utilización posterior resulte en alguna medida incómoda, ya que los restantes comuneros deberán asumir y soportar tales inconvenientes de acuerdo con la función social de la propiedad, que justifica la imposición de algunas limitaciones para hacer efectivo el derecho de las personas minusválidas a una vivienda digna en el marco establecido por los artículos 33 y 49 de la Constitución».

asistencia al beneficiario final de las mismas), imponer una multa de naturaleza administrativa, equivalente al triplo o lo que se estime adecuado de la cantidad distraída. Este sistema tiene su complemento natural en la apropiación indebida para los terceros pero se encuentra con el problema de la eximente mixta de parentesco. Es por ello que conviene que coexistan una multa penal y otra administrativa.

Además se puede valorar el imponer como penas accesorias (en el uso de las facultades sancionadoras administrativas) la prohibición de contratar con la administración, y otras de similar naturaleza.

Nota: hay que aclarar que sistemas de este tipo, por su formulación, podrían derivar en ineficaces y perniciosos si los requisitos impuestos a las familias para acreditar la utilización del dinero fuesen demasiado gravosos.

Como explicación adicional y a mayor abundamiento de lo ya expuesto, han de realizarse las siguientes concreciones:

Ya la propia Ley 30/95, en el punto 8 del anexo 1º indica que «en cualquier momento podrá convenirse o acordarse judicialmente la sustitución total o parcial de la indemnización fijada por la constitución de una renta vitalicia a favor del perjudicado». Es decir, la propuesta planteada tiene ya su propio marco normativo que la habilita, al menos en parte. Y en este aspecto la promoción de la aplicación de lo establecido en la Ley debería corresponder al Ministerio Fiscal, dado que mayoritariamente las familias vienen optando por indemnizaciones a tanto alzado.

La renta vitalicia indicada debería ser compatible con la actividad laboral y pensiones de otra índole, tanto contributivas como no contributivas.

Por último, entre los aspectos indemnizatorios debería recogerse de manera explícita la adaptación curricular (educativa) y laboral del lesionado, además de la adaptación domiciliaria y eliminación de barreras.

4.2. CONCRECIÓN Y RESUMEN DE PROPUESTAS

Las propuestas que se plantean se manifiestan a título de mera enumeración, quedando abierta su valoración en cuanto al establecimiento de las prioridades correspondientes:

1. Creación de baremos para el diagnóstico y valoración de daños cognitivos y conductuales, o lograr que estos aspectos sean más ampliamente explicitados en los baremos.

2. Mejorar la formación de los técnicos en valoración de los déficits relativos a aspectos conductuales y cognitivos.
3. Creación de un cuerpo pluridisciplinar especializado encargado de emitir los informes necesarios y elaboración de protocolos.
4. Normalización de criterios claros para valorar secuelas permanentes.
5. Elaboración por parte del Consejo General del Poder Judicial de protocolos de actuación que orienten, cuanto menos a los jueces y magistrados a la hora de enfrentarse a un problema.
6. Fijación de unos criterios que permitan la existencia de una cierta homogeneidad en la actuación judicial.
7. Campañas de concienciación lanzadas a través de diversos medios de comunicación.
8. Fomento de magistrados especializados. Mayor formación a los jueces de lo laboral, especializaciones en Institutos de Medicina Legal, etc... Fomento de cursos de medicina legal especializada.
9. Plantear a los Colegios de Abogados el establecimiento de las medidas necesarias para garantizar, o cuando menos permitir, que siempre haya profesionales informados de todas las vicisitudes que rodean al daño cerebral: celebración de jornadas y cursos formativos, y otras iniciativas.
10. Realización de análisis actuariales de las necesidades del dañado cerebral, teniendo en cuenta la necesidad de realizar revisiones.
11. Introducción de un componente conductual subjetivo en los baremos.
12. Fijación de indemnizaciones vitalicias (en forma de rentas vitalicias), mejor que la fijación de indemnizaciones a percibir de forma puntual, en forma de capital.
13. Recoger de manera explícita entre los aspectos indemnizatorios la adaptación curricular (educativa) y laboral del lesionado, además de la adaptación domiciliaria y eliminación de barreras.
14. Establecer un sistema que evite acuerdos extrajudiciales prematuros.
15. Estudio de creación de un sistema de revisión a posteriori y realización de análisis actuariales de las necesidades del afectado por daño cerebral.
16. Intervención de peritos no nombrados por las partes en la determinación de las secuelas definitivas como garantía de independencia y ausencia de posible conflicto de intereses.
17. Ampliación de la figura o funciones del Ministerio Fiscal, encomendándole un papel más activo y garante.

18. Elaboración de unas ESTIMACIONES ESTADÍSTICAS (similares a las que utilizan las Compañías Aseguradoras para determinar el rendimiento económico que produce cada asegurado) que establezcan tramos temporales relativos al desarrollo de previsibles secuelas (porcentaje de personas que sufren perjuicios después del accidente, tiempo que tardan en manifestarse las secuelas, gravedad de las mismas, etc.), que puedan orientar a los Jueces y Tribunales en la aplicación de las normas.
19. Tener en cuenta al perjudicado que sufre el daño corporal que puede no ser asegurado de forma directa, y muy especialmente a los perjudicados indirectos que son sus familiares y que el baremo no contempla en el caso de invalidez
20. Fomento de la colaboración y actuación conjunta del movimiento asociativo de cara a ofrecer a los afectados y sus familias una orientación e información dotados de las suficientes garantías de confianza y seguridad. Apoyo a la creación de una Red de Trabajo, Asistencia y Apoyo con las suficientes garantías de conocimiento técnico, profesionalidad e independencia.
21. Elaboración de un concepto claro de lo que es el daño cerebral sobrevenido y sus consecuencias en el propio gobierno de la vida diaria.
22. Valorar la creación de un Comité que velara por la aplicación del espíritu de la Ley, en casos determinados y con las debidas cautelas, a efectos de la valoración laboral de la discapacidad.
23. Dotar a la Institución de la «Tutela» y la «Curatela» de un carácter mixto, sujetando la actividad del tutor o curador a una homologación no solo judicial sino medica (psico social).
24. Recordar a los Fiscales la posibilidad de actuar en los casos de lesiones muy graves o muerte según indica la Circular nº 6/92 de la Fiscalía General del Estado, así como la de instar de oficio la tutela o curatela convenientes en cada caso.
25. Establecer un sistema de indemnizaciones de tipo mixto: un tanto por ciento capitalizado al principio para hacer frente al gasto de adaptación de la vida de la persona afectada y de su entorno y posteriormente una vez estabilizada la situación un tanto mensual.

■ 5 Anexo: Jurisprudencia diversa de interés y casos prácticos

SUGERENCIA

Presentamos dos casos prácticos y 16 sentencias. En ellos, se confirman los análisis expresados en la primera parte de este Estudio.

El daño cerebral sobrevenido resulta caótico en la expresión de los dictámenes, diagnósticos, informes que los distintos peritos presentan para la consideración de los jueces.

Se observan contradicciones, desconocimiento de lo que es el daño cerebral sobrevenido, y en la mayoría de las sentencias son favorables a las Mutuas, que en algunos casos son jueces y parte, y se percibe el abandono y el desamparo en que quedan las familias de afectados de daño cerebral que presentan para su defensa informes incorrechos.

Ojalá este anexo permita a los distintos valoradores: Médicos Forenses, Abogados, Magistrados, Fiscales y Jueces que con sus análisis puedan percibir las contradicciones que la aplicación jurídica conlleva y les estimule para tener un conocimiento más profundo de lo que es el daño cerebral sobrevenido, sobre todo cuando existen problemas contractuales, de agresividad, falta de control e incapacidad de gestionar su propia vida.

Faltan Peritos que sean capaces de informar sobre esta situación.

A) CASOS PRÁCTICOS: EXPERIENCIAS EN PRIMERA PERSONA

CASO I: Carta de la mujer de un afectado por daño cerebral 10/01/2005

El día 6 de agosto del 2003, mi marido sufrió un accidente de tráfico, se dirigía al trabajo, a las 16:30 horas, había ido al pueblo, que se encuentra a ocho kilómetros, a firmar unos papeles, y a la vuelta ocurrió el trágico suceso, se salió de la carretera en una recta, invadió el sentido contrario y cayó por una cuneta no muy pronunciada; el coche dio varias vueltas de campana y él salió despedido por la luna del cristal de delante; las causas las desconocemos, aunque atestados dijo que podría tratarse del reventón de una rueda.

Fue trasladado en helicóptero por el servicio I 12; sufrió un traumatismo craneoencefálico severo (fractura frontal, hemorragia subaracnoidea, edema cerebral difuso, contusión frontal derecha, hematoma epidural frontal derecho y fístula de LCR)

Traumatismo espinal (fractura de vértebras C5, D9, D12, sin compromiso medular)

Traumatismo ortopédico (fractura de radio derecho y meseta tibial izquierda)

Permaneció en la UCI hasta el día 29-08-03 (en estado de coma durante doce días), fue trasladado a planta al servicio de neurocirugía hasta el día 18-09-03. Ha sufrido varias etapas; al principio estaba desorientado, no conocía a todo el mundo, luego veía alucinaciones, no controlaba sus necesidades fisiológicas, se comportaba como un niño pequeño.

En estos momentos, ha pasado desde la fecha del accidente un año y cinco meses; su evolución es evidente que ha sido favorable, los daños «físicos» apenas se perciben, como la pierna que fue operada o su espalda, ya que ha estado durante un año en rehabilitación, pero los daños psicológicos, esos no se ven a simple vista, se sienten ¿y quienes lo sentimos y vivimos?, las personas que compartimos el día a día con él, que somos su mujer y su hijo que tiene 12 años.

Cuando acudimos a revisión a consulta del neurocirujano, él lo ve muy bien, nos dice que lo que tiene que hacer es hacer cosas y olvidarse de la vida que tenía anteriormente; mi impotencia es enorme porque ¿cómo explicarle a este señor que mi marido no es el mismo, no es la persona que trabajaba en lo que más le gustaba, que siempre estaba activa, que tenía ilusiones y ganas de vivir, que era capaz de resolver cualquier problema, que ejercía de padre y esposo? Yo sé que mi marido no está inválido de piernas y brazos, pero sí en su mente existe una invalidez; tiene reacciones de un chaval de quince años, su

personalidad la rodea un gran infantilismo, tiene cambios de humor, la memoria le falla muchísimo, tanto de cosas recientes, como de cosas que antes hacía y ahora no se acuerda, se ha vuelto cabezota, se enfada sin motivo, a veces se pone agresivo.

Todavía no ha pasado el Tribunal Médico, en febrero hace dieciocho meses desde el accidente, yo sé que no lo van a valorar de una manera razonable a su discapacidad, porque ningún médico por muchos conocimientos que tenga, sabe qué es lo que hay dentro de la cabeza de mi marido, aparte de lo que indiquen los electroencefalogramas o resonancias. La mutua del seguro del coche le hizo una valoración del 78% de incapacidad permanente.

Él dice que quiere trabajar, pero sabe que dentro de sus posibilidades no tiene mucho que hacer; él es conductor de autobuses y camiones, también sabe mucho de mecánica, le han dicho que probablemente le retiren los carnés ya que una de las secuelas, la cuál los médicos han asegurado que es irreversible, es una hemianopsia superior en el ojo derecho; por eso nos preguntamos que si le dicen que no puede volver a ejercer su profesión, pero sí trabajar en otra cosa, a quién compete, dígame ¿en qué?. Y ofrézcame un puesto de trabajo que pueda ejercer.

A todas estas preocupaciones, además, hay que añadir el sentimiento que tenemos de estar desamparados, engañados y defraudados, pues la empresa en la que trabajaba mi marido no quiso reconocer el accidente como accidente laboral, porque aunque los hechos ocurrieron en hora de trabajo, ellos dicen que no pidió permiso, pero esto no es cierto, ya que existen testigos que vieron cómo él pedía permiso al encargado. Hasta ahora la mutua de la empresa es la que le está pagando, pero como enfermedad común.

Actualmente está en tratamiento psiquiátrico, le han diagnosticado depresión, pero según el psiquiatra no es por el estado en que se encuentra, sino por el daño que tiene en el cerebro, en las que una de las partes que tiene dañada es el lóbulo frontal (es donde se encuentra el estado de ánimo, la emotividad....) y es lo que le hace encontrarse en su estado.

El día 18 de febrero, comenzará de nuevo rehabilitación, la cual sólo es para la pierna y vértebras, porque para la cabeza no está recibiendo ningún tipo de rehabilitación.

He resumido por encima todo lo que quisiera que se me entendiera, aunque es muy difícil de explicar como cambia una vida de un día para otro en una familia; desde mi más profunda humildad pediría:

- Al tribunal médico de incapacidades laborales: que aprendan a valorar a las personas que tienen un daño cerebral, que comprendan que el estudio debe ser mucho más

profundo y no basarse sólo en el aspecto físico de la persona.

- A los servicios sociales o entidades que les conciernen: deberían dar más información, orientación y ayudas a las familias de estos enfermos, pues nos hemos encontrado sólo y son saber dónde movernos
- A las empresas: no engañar a un pobre trabajador, que cuando le ocurre un accidente, se desentienden y lavan las manos.

Gracias por darnos la oportunidad de poder expresarnos y de que alguien pueda escucharnos.

Un saludo. Atentamente:

Magdalena

CASO 2: Carta de familiares de un afectado por daño cerebral

Equipo de Valoración de Incapacidades EVIS
INSS Dirección Provincial de...

prest.: INCAPACIDAD

régimen 3600

solicit.:

19 de febrero, 2003

Estimados Señores:

De acuerdo con la notificación recibida el día 17 de febrero de 2003 sobre la iniciación de expediente administrativo de incapacidad permanente, según lo establecido en el artículo 79 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, efectúo las alegaciones que considero ante esta Delegación Provincial, pues además de su documentación hemos recibido la propuesta de la Mututa (anexo I) con la que no estamos de acuerdo.

Desde el día 21 de enero de 2003 mi hijo, N. N. ha comenzado en APSA (Asociación Prodeficientes Psíquicos de Alicante) un proceso de recuperación para un grupo piloto de discapacitados con daño cerebral, en orden a conseguir su máxima independencia personal y preparación para una actividad, en cuanto sea posible, en un Centro de Día, Centro Ocupacional o, en el caso óptimo, Centro Especial de Empleo.

Le adjunto proyecto en el que participan la Diputación de Alicante, la Universidad de Alicante, APSA y la Fundación ONCE. Es el segundo curso que organiza esta asociación para un grupo de 8 discapacitados de daño cerebral, durante un año, y 100 evaluaciones de esta discapacidad, así como la investigación de los protocolos de evaluación de los que hoy carecemos.

En los objetivos de normalización los usuarios del Proyecto INTWORK son tratados del modo más normalizado posible y con participación en los recursos de la comunidad con los apoyos individualizados y personalizados que en cada caso correspondan.

Recibida la comunicación de la Mutuade 7 de febrero en la que se nos comunica la propuesta de la mutualidad ante el INSS, del reconocimiento de la DISCAPACIDAD

PERMANENTE ABSOLUTA manifestamos nuestro más radical desacuerdo por considerar que la situación de nuestro hijo N. N. es de GRAN INVALIDEZ como consecuencia de un accidente laboral y secuelas correspondientes. Actuamos en nombre de nuestro hijo en virtud de la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Barcelona del Procedimiento de Incapacidad, sección 3ª, a demanda del Ministerio Fiscal, cuyo documento obra en el expediente...

Las alegaciones presentadas para esta discrepancia son:

1. El artículo 137.6 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 define la GRAN INVALIDEZ como «la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como, vestirse, desplazarse, comer o análogos».

N. N. vivía solo, estaba divorciado y tenía una hija de cuatro años al cuidado de la madre y por tanto viajaba por toda España como transportista y se organizaba en su vida cotidiana perfectamente.

Como consecuencia del accidente es totalmente imposible que viva sin el apoyo de terceras personas. Hasta la fecha, salvo algunos fines de semana y breves variaciones ha estado siempre en centros hospitalarios, de rehabilitación, o, como en el momento actual, en un programa para la recuperación de autonomía personal y ocupacional, hasta donde pueda llegar.

2. En la situación actual puede, con más o menos esfuerzo, vestirse e incluso afeitarse con máquina eléctrica, pero depende de terceras personas para su organización. (Para buscar una prenda vacía el armario y deja todo en el suelo, no es capaz de deshacer una maleta sin indicaciones verbales y de la misma manera preparar las cosas para un viaje).

Se desplaza, pero tiene un límite máximo de aproximadamente 400 metros de recorrido. Por su lesión cerebral, indicada en los certificados presentados, tiene un equilibrio inestable con peligro de caída cuando hace viento, cuando alguien le roza, si el terreno es irregular o cuando es de noche. Suple el daño cerebral que afecta al equilibrio con la vista y el oído.

Comer, puede hacerlo, pero es incapaz de gestionarse la comida y organizarse sin la ayuda de otra persona.

¿Es autónoma una persona que no es capaz de elegir entre dos piezas de fruta cuando sólo quiere una, que no puede cruzar una calle sólo para comprar un

yogur, que no es capaz de elegir comida si tiene juntos los platos de la comida, y la cena, y que no es posible que se pueda quedar con su hija de 4 años si no hay nadie acompañándole?

3. En el concepto de análogos y como ha quedado claro en los informes psiquiátricos y de conductas irregulares, lo más grave de la situación de N. N. es la incapacidad de organizarse sin apoyos, difíciles de dar por las secuelas psicológicas manifestadas en los informes del Doctor... Esa personalidad desestructurada exige la supervisión continua de otra persona con apoyos mucho más complejos que las ayudas meramente materiales. Puede hacer un razonamiento perfecto, pero su actuación no tiene nada que ver con su razonamiento. Fantasea y se cree sus propias fantasías. No se enfrenta a su realidad de cada día y siempre sueña con un futuro fantástico que al no hacerse realidad no es admitido y la solución será una situación futura que resolverá sus problemas. Y cuando llega la situación futura no la acepta y vuelve a pensar que la solución es otra situación futura. La frustración de cualquier deseo le provoca una agresividad y falta de control desmedidos verbal y a veces física. ¿No necesita la asistencia de otras personas para los actos esenciales de la vida algien con estas características?.
4. Todo lo anterior figura en la documentación que se ha entregado a la Mutua y a cuyos médicos, el Dr. ... y el Dr. ... de Madrid se ha informado. Sin embargo, de toda la documentación entregada la Mutua en su propuesta sólo cita «dos veces» un párrafo de la sentencia de incapacitación que literalmente no aparece en la misma. Este es el párrafo:

«Su capacidad no el impide valerse por sí mismo en las quehaceres rutinarios y cotidianos de su vida, pero si le incapacita para la administración y disposición de sus bienes».

Por el contrario, en el punto CUARTO de la sentencia de incapacidad parcial del Juzgado de Barcelona se dice:

«...padece un deterioro cognitivo como consecuencia del traumatismo craneoencefálico. Han quedado acreditados como hechos probados... que el interesado sufrió un accidente de tráfico... lo que le provoca una dependencia funcional, puede hacer, pero con supervisión e indicaciones verbales, las actividades básicas de la vida diaria de vestido, higiene, y comida, manifestándose en las conclusiones del informe que el déficit y las discapacidades que padece le hacen dependiente de terceras personas incapacitándole para vivir solo».

Y corroborando lo anterior, en la resolución de calificación de minusvalía de La Consejería de Bienestar Social de... en la página 2ª del dictámen médico-facultativo, se constata que tiene un grado de minusvalía del 76% y que el baremos de ayudas de terceras personas le asigna 17 puntos, por lo que procede dicha ayuda. Estos informes además de los informes médicos y psiquiátricos los ha tenido en su poder para su propuesta. Han sido pasados por alto, distorsionando y entrecomillando textos atributos a la sentencia judicial de incapacitación que no aparecen en la sentencia y si, en sentido contrario, en los textos que nosotros hemos citado.

5. Además de lo ya expuesto ha permanecido la mayor parte del tiempo desde su accidente aproximadamente el 95% del tiempo interno en hospitales y centros de rehabilitación donde la estructura está concebida con apoyos constantes y organizados.

Las cortas estancias externas: colonia de verano, fines de semana y vacaciones en casa, han necesitado un apoyo muy complejo y evidencido los problemas psicológicos y psiquiátricos que padece y para los que se niega seguir tratamiento específico. Estos problemas constan ampliamente en los informes del Dr. ... y en el informe de... (Asociación de Daño Cerebral) que ha tenido en su poder la Mutua y que no han sido tenidos en cuenta.

6. Por último y ratificado todo lo anterior se adjunta la solicitud al Juzgado realizada por consejo de los psiquiatras para autorización de internamiento no voluntario que confirma la dependencia que tiene en todos los órdenes y necesidad de apoyo de otras personas, para el desenvolvimiento de los actos esenciales de la vida, todo ello, fruto de un accidente laboral.

En la fecha de hoy solicitamos a APSA, que ya ha trabajado dos años en el seguimiento de un grupo de daño cerebral de 10 personas y que ahora está trabajando con el segundo grupo en el que participa, en Alicante, para que en los protocolos que ya están investigando con la Universidad de Alicante y que presentan en las evaluaciones laborales y judiciales para que emitan un informe sobre la autonomía, dependencia y funcionalidad de que se remitirán al INSS una vez realizado.

7. El padre de N. N. es tetrapléjico y gran inválido reconocido por el INSS. Puedo afirmar sin la menor duda que las secuelas que padezco, y que nadie niega que sean de gran invalidez, son menos graves que las secuelas y dependencia que como consecuencia del accidente laboral padece mi hijo.

Lo que hacemos constar como alegaciones para oponernos a la propuesta de la Mutua que califica a mi hijo en el GRADO DE INVALIDEZ PERMANENTE ABSOLUTA quedando, a nuestro parecer, suficientemente rebatido en este escrito de alegaciones. Lo que firmamos, en virtud de la sentencia de incapacitación de nuestro hijo que nos devuelve la patria potestad para actuar en su nombre y con su autorización en los temas complejos de organización de su vida para sus intereses, defensa judicial y económica.

Padre y tutores de N. N.

B) JURISPRUDENCIA

En este apartado se recogen algunas sentencias de interés, dado que, siendo contrarias al afectado por Daño Cerebral, ponen de manifiesto la existencia de una problemática específica que resulta necesario abordar.

SENTENCIA NÚM. I.

AP - Granada . S. de 12 de Julio de 2002 . Sr. Mascaró Lazcano (Nº 2002118908)

Resumen: @ SUCESION HEREDITARIA - Nulidad del testamento: estimación: alta probabilidad de que el testador no estuviera en condiciones de manifestar sus auténticos deseos y voluntades acordes con su vida anterior al padecimiento de la trombosis cerebral.
@ Rollo de Apelación nº 70/02

A Favor: Heredero

En Contra: Comun. Hereditaria

@2002-1189

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha 16 de junio de 2000 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «1.º) Desestimar íntegramente la demanda deducida por D.ª AMELIA P.C. en su propio nombre y en el de la COMUNIDAD HEREDITARIA representada por D.ª M.ª Isabel B.M. contra D. MANUEL V.O. representado por el Procurador D. Clemente P.C. absolviendo a este ultimo de todos los pedimentos contenidos en el escrito de demanda y con imposición de las costas a la parte actora. 2.º) Estimar la demanda reconvenicional deducida por D. MANUEL V.O. contra D.ª AMELIA P.C. y LA COMUNIDAD HEREDITARIA, en cuya representación actúa D.ª María Isabel B.M. declarando la nulidad del testamento de fecha 15 de marzo de 1993 otorgado por D.ª Antonia P.J. ante el Notario de Granada D. Vicente M.T. al n.º 741 de su protocolo y en consecuencia se declara único y universal heredero abintestato a D. Manuel V.O. en la herencia dejada al fallecimiento de D.ª Antonia P.J. y condenando a los demandados reconvenicionales al pago de las costas de la demanda reconvenicional».

SEGUNDO.- Que, substanciado y seguido el presente recurso por sus trámites en virtud de apelación interpuesta por la parte actora, en el acto de la vista su Letrado realizó la ratificación del contenido de su escrito de interposición del recurso y por el Letrado de la parte apelada, se solicitó la confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos, con costas y su adhesión a los motivos de la misma, sobre la petición de nulidad, por la falta de la firma de la testadora.

TERCERO.- Observadas las prescripciones legales de trámite, en esta alzada.

Siendo Ponente en las presentes actuaciones, el Magistrado lltmo. Sr. D. ANTONIO M.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos de derecho de la resolución recurrida, en cuanto no se opongan a los que seguidamente se consignan.

SEGUNDO.- La capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa (Ss T.S. de 10-2-86, 10-4-87, 26-9-88 y 20-2-89, y 28-4-90). Tal y como expresa el Alto tribunal, en su sentencia de 31 de diciembre de 1991, el art. 200 C.C. establece como causas de incapacidad las enfermedades y las deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, siempre que determinen la imposibilidad de gobernarse por si misma la persona que las padece. En términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y a veces progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes. Que tal y como dictamina el Catedrático de Medicina Legal, Médico Forense en excedencia y especialista en Medicina Legal y Forense, el Ictus, Trombosis o infarto cerebral que afectaba a todo su hemisferio cerebral derecho y al tronco cerebral, le había producido a la testadora hemiplejía del lado izquierdo de su cuerpo, padeciendo además Diabetes Mellitus y una fibrilación auricular, patologías que con alta probabilidad le causaban afectación de las funciones superiores de comprensión, capacidad de juicio y voluntad;

especialmente para situaciones y circunstancias complejas de la vida, como el acto de otorgar testamento, debiendo distinguirse entre lo que es la conciencia que sí podría tenerla lúcida, y lo que son las funciones psíquicas profundas, como memoria, pensamiento, raciocinio y afectividad, que en el momento del otorgamiento no consta se exploraran. Del sustrato lesional orgánico descrito en el TAC y ENCEFALOGRAMA, más el cuadro metabólico de diabetes y el cuadro cardiovascular con repercusión en la oxigenación cerebral, debe presumirse que el sistema nervioso central y por tanto las funciones podrían estar afectadas. Considera también el perito, que los trastornos neurológicos demuestran el daño cerebral ocasionado por la trombosis; daño que de igual manera debió afectar a otras funciones cerebrales superiores como el grado de comprensión, la capacidad de Juicio y el ejercicio de una voluntad libre, existiendo una alta probabilidad de que una persona en esas condiciones psico-físicas no estuviera en condiciones de manifestar los auténticos deseos y voluntades acordes con su vida anterior al padecimiento de la trombosis cerebral. Que las pruebas están sujetas a su ponderación, en concurrencia con los demás medios de prueba (S.T.S. de 25 de enero de 1993) en valoración conjunta (S.T.S. de 30 de marzo de 1988), con el predominio de la libre apreciación de la prueba, que es potestad de los Tribunales de instancia (SS.T.S. de 22 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987, 30 de marzo de 1988, etc.). Los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento, relativo a las pruebas practicadas no contiene reglas valorativas, sino admoniciones a los jueces y una apelación a la sana crítica y al buen sentido (Ss T.S. de 2 de junio de 1981, 7 de diciembre de 1981 y 4 de febrero de 1982), siendo de libre apreciación por el Juzgador (Ss T.S. de 16 de junio de 1970 y 9 de julio de 1981), no constando en precepto legal alguno las referidas reglas de la sana crítica (Ss T.S. de 30 de septiembre de 1966, 3 de octubre de 1968, 16 de junio de 1970 etc.). El resultado de la prueba pericial, según determina el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 4 de mayo de 1993, ha de ser apreciado por el Juzgador de instancia según las reglas de la Sana Crítica, que como modelo valorativo, establece el art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sin estar obligado al dictamen pericial y sin que, incluso, se permita la impugnación casacional de la valoración realizada, a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad, conculcándose las más elementales reglas de la lógica (SS 29 de enero y 25 de noviembre de 1991). Nos hallamos ante una problema de prueba, estimando que no ha sido correctamente valorada por el Juez de Instancia, conforme a los criterios

expuestos que rigen en la materia. Para destruir una conclusión presuntiva, debe demostrarse que el Juez ha seguido, al establecer dicho nexo o relación, un camino erróneo no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio (SSTS de 5 de noviembre de 1981, 26 de marzo de 1982, 25 de febrero de 1983, y 11 de febrero de 1984), constituyendo la determinación de dicho nexo lógico y directo un juicio de valor que está reservado a los Tribunales y que hay que respetar, en cuanto no se acredite que es irrazonable (SSTS de 7 de marzo de 1983, 10 de marzo de 1983 y 14 de julio de 1983). Debe recordarse que conforme consigna el T.S. en su sentencia de 24-7-95, es doctrina pacífica de esta Sala la que aclara, que la circunstancia de haberse cumplido todas las formalidades legales, no impide que pueda declararse nulo el testamento, si se prueba que el testador no tenía completa su facultad mental o volitiva (SS. 21-6-69, 8-3-72, etc.) Y agotando la doctrina jurisprudencial en esta materia, debemos señalar: a) que la capacidad mental del testador se presumen mientras no se destruya por prueba en contrario; b) que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre; y d) que por ser una cuestión de hecho, la relativa sanidad de juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia. El Alto Tribunal en su sentencia de 27-11-95 reitera la doctrina jurisprudencial que reseña, sobre todo la S.7-10-82 que, refundiendo sentencias anteriores, señala como, al aplicar las normas de los arts. 662,663,666,685 y 695 C.C., la doctrina jurisprudencial ha establecido en línea invariable los siguientes principios orientadores: 1.º) toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyente, que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción que se ajustan a la idea tradicional de favor testamenti; 2.º) aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el notario y los testigos en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo, la prueba de que el testador no se hallaba en su cabal juicio no deberá dejar margen a la duda. También es cierto que no basta una casi seguridad en los facultativos.

Y que la senilidad o senectud como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil, como estado patológico, de manera que es igualmente admisible en términos generales que «la expresión cabal juicio de n.º 2 del art. 663 C.C., no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad, sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental».

Aún hemos de añadir nosotros que la aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (SS. 21-6-86, 10-4-87, 26-9-88, 13-10-90).

Pero cuanto antecede no puede obstar a que pongamos de manifiesto que en la transcripción de la S. 7-10-82 se ha omitido un tercer apartado, expresivo de que la cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia, cosa que ya se había dicho en SS. 8-5-1909, 24-11-33, 10-4-44 y 9-4-48; o que pueda afirmarse con las de 7-6-1893 y 1-6-1901 que ni la declaración de los facultativos ni el juicio que formasen el notario y los testigos del estado mental del testador impiden que el Tribunal, por las pruebas suministradas, puede declarar la incapacidad de aquél, pues, como recoge la S. 22-6-92, la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieron formar el notario y los testigos sobre dicha capacidad en el acto del otorgamiento (S.16-2-45), conforme, además, resulta, según destacó la S. 23-3-40, e la misma dicción del Código, que, en su segunda edición, sustituyó la expresión «deberán asegurarse» (de la capacidad), referida al notario y los testigos, por la de «procurarán asegurarse», que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza. Uno de los testigos firmó por la testadora, que dijo no poder hacerlo por la enfermedad que padecía. El párrafo 2.º del art. 695 del C. Civil no le impone al Notario obligación alguna de averiguar la certeza de esa imposibilidad, ni si responde a algún motivo permanente o pasajero, bastando únicamente que el fedatario tenga la impresión de que por las circunstancias personales del causante así sucede, como ocurría en el caso de autos, en el que la manifestación sin reservas de la testadora de no poder hacerlo, aparece corroborada por el estado psico-físico en que se encontraba, aunque

una hemiplejía izquierda, individualizadamente considerada, y sin relacionarla con otras circunstancias, no impida firmar a una persona diestra (S.T.S. 4-5-1977). Las formalidades externas constan bajo la fe del Notario (S.T.S. 27-9-1968), sin que el motivo de firmar un testigo a ruego de la testadora, pueda determinar un vicio de nulidad del testamento, si no se demuestra que la alegación o causas determinantes de no haber firmado, aun manifestadas por la misma, eran inciertas, pues no puede quedar al arbitrio caprichoso de aquella el cumplimiento de un requisito formal (S.T.S. 31-1-1964), falta de certeza, no acreditada en el presente caso. En cuanto a la capacidad, como hemos expuesto pormenorizadamente, no puede afirmarse con la taxatividad exigida, esto es, sin que haya lugar a duda alguno la no existencia de la misma en el momento de luz testar, sino únicamente la probabilidad en los términos que constan en la pericial.

TERCERO.- Debe condenarse a la actora al pago de las costas de primera instancia (art. 523 L.E.C.1881). No procede condenar a la demandada-apelante al pago de las costas de su recurso, condenando a la actora-apelante a las del suyo (art. 710 L.E.C.).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone, el siguiente:

FALLO

Se revoca la sentencia. Se desestima la demanda. Se condena a la actora al pago de las costas de la primera instancia así como a las de su recurso. Sin mención en cuanto a las del recurso de la demandada.

SENTENCIA NÚM. 2.

AP - Alava . S. de 17 de Abril de 2002 . Sección 1ª Sra. Víñez Argüeso (Nº 3000001905) Nº Recurso: 114/2002 Nº Rollo: 42/2002

Resumen: @ TUTELA, CURATELA Y GUARDA DE MENORES O INCAPACITADOS - Tutela, Designación del tutor A favor del marido de la incapacitada: Impugnación: estimación: designación de los padres como tutores: procedencia: escasa convivencia del marido con la incapacitada: excesiva juventud del esposo mayor idoneidad de los padres para hacerse cargo de los cuidados de su hija.

A Favor: Actor

En Contra: Demandado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la mencionada fecha se dictó por el Juzgado de primera Instancia núm. 4 de los de Vitoria-Gasteiz, Sentencia cuya Parte dispositiva dice: «Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por el procurador Sr de las Heras, en nombre y representación de D. Jose Augusto Y D^a. Estefanía, y que estimo la demanda presentada por la procuradora Sra. Aniel-Quiroga, en nombre y representación de D. Manuel , y así DEBO DECLARAR Y DECLARO, la incapacitación total y absoluta para regir su persona y bienes de Dña. Ángeles , así como la incapacidad para ejercitar el derecho al sufragio. Se nombra tutor de la declarada incapaz a D. Manuel , a quien se hará saber el nombramiento para que comparezca en éste Juzgado a fin de aceptar y jurar o prometer el cargo, darle posesión del mismo y proveerle del correspondiente título. Requiérase al tutor para que formalice el oportuno inventario de bienes y hágasele saber que deberá rendir cuentas mensuales de su gestión. No ha lugar a especial pronunciamiento sobre las costas. Firme que sea esta resolución librense los pertinentes despachos al Registro Civil y a la oficina del Censo Electoral para que efectúen las anotaciones oportunas».

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de D. Jose Augusto y de D^a Estefanía , recurso el cual se tuvo por interpuesto por Providencia de 11 de Enero de 2002, dándose traslado a las demás partes por plazo de diez días para alegaciones. EL MINISTERIO FISCAL

interesó la confirmación íntegra de la resolución recurrida con desestimación del recurso interpuesto. Por la representación de D. Manuel se presentó escrito de oposición al recurso de apelación. Previo cumplimiento de los trámites legalmente previstos, se elevaron los autos a esta Audiencia provincial.

TERCERO.- Recibida la causa el 6 de Febrero de 2002 en la Secretaría de esta Audiencia, mediante Providencia del mismo día se mandó formar el Rollo, registrándose, turnándose la Ponencia, y mandando pasar los autos al Ponente para, previa deliberación de Sala, dictar la resolución procedente respecto del recibimiento del pleito a prueba solicitado por las partes en sus respectivos escritos de formalización y de oposición del recurso de apelación. Mediante Auto de fecha 13 de Marzo de 2002 se acordó haber lugar a admitir la práctica en esta segunda instancia, con el alcance expuesto en la fundamentación jurídica (oír sobre la cuestión controvertida en esta alzada a los parientes más próximos de la incapaz: el padre, la madre, dos de los hermanos, y, el esposo), de la prueba propuesta por la parte apelante, y, no haber lugar a la práctica de la prueba propuesta por la parte apelada; en la misma resolución se señaló para la celebración de la Vista el día 9 de Abril de 2002 a las 10,30 horas.

CUARTO.- Llegado el día señalado para la celebración de la Vista oral, y conforme al Acuerdo del Iltmo. Sr. Presidente de la Audiencia provincial adoptado el día 8 de Abril de 2001, encontrándose el Iltmo. Sr. Magistrado de esta Sección primera D. IÑIGO ELIZBURU AGUIRRE Ponente del presente Rollo disfrutando de permiso por asuntos particulares se llamó a formar Sala para la vista, deliberación, votación y fallo de la presente causa a la Magistrado suplente D^a. Silvia Víñez Argüeso. A la hora que venía señalada se abrió el referido acto y, practicada la prueba acordada con el resultado que obra en el correspondiente Acta así como en soporte informático, las partes solicitaron por su respectivo orden: «Concedida la palabra a la apelante por la misma se solicita la estimación del recurso formulado, y la revocación parcial de la Sta de Instancia solicitando sean nombrados tutores los padres de la incapaz D. Lázaro y D^a. Milagros. Por la parte apelada: solicita la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la Sentencia dictada en 1^a Instancia. Por el M. Fiscal: confirmación de la Sta dictada». Quedando los autos vistos para dictar la resolución que corresponda.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Salvo los señalados bajo los ordinales primero, octavo, noveno y décimo, no se aceptan los correlativos de la resolución impugnada en cuanto contradigan los siguientes, y:

PRIMERO.- La tercera y última alegación del escrito de interposición del recurso de apelación se realiza al amparo del artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según el cual: «En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello». La infracción de la norma o garantía procesal que resulta alegada es la de la contenida en el art. 759.2 LEC.: «Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno». Si bien dicha audiencia tuvo lugar (véase el Acta de su contenido extendida por la Sra. Secretario del Juzgado obrante al folio 84 y siguientes) y en ella se oyó a los padres de la incapaz quienes son los propuestos por la parte apelante como tutores, la infracción se denuncia en el sentido que aquellos fueron oídos por un Juez distinto (la Juez sustituta) al que dictó Sentencia (la Juez titular), Sentencia en la que resulta nombrado tutor el esposo de la incapaz. Siendo ello así, lo cierto es que la previsión legal relativa a este extremo contenida en los arts. 194.I y 200 LEC. hace exclusiva referencia a los asuntos que deban fallarse «después de la celebración» de una vista o juicio, supuesto en el que el Juez que haya asistido a la vista o juicio ha de ser quien redacte y firme la resolución, resultando que en el presente caso ha sido la Juez titular que asistió -acompañando al Juez adjunto- al acto de la vista (arts. 753 LEC.) celebrada justo antes de quedar el asunto pendiente de resolución (véanse los folios 226 y 422, así como los dos soportes informáticos audio y vídeo en los que quedó grabado dicho acto) quien ha dictado la Sentencia apelada. Pero es que además,

aun cuando asimiláramos a estos efectos la audiencia del art. 759.2 LEC. al acto de la vista, es lo cierto que en ningún caso la parte apelante acredita denunciara oportunamente la infracción aquí denunciada pese a haber tenido oportunidad para ello; de hecho, que no lo denunció se deduce del examen de los autos incluida la propia reproducción de los dos soportes informáticos que obran unidos a los mismos, pues además que desde el momento en que le fuera notificada la Providencia de 3 de Septiembre de 2001 (véase al folio 219) la parte pudo interesar la celebración de nueva audiencia por la recién incorporada Juez titular, lo cierto es que siquiera se realizó manifestación alguna en el sentido ahora denunciado cuando en el acto de la vista no fueron llamados los padres por razón de su interés directo en tanto habían sido propuestos como testigos por la parte aquí apelante.

SEGUNDO.- Aparte lo anterior, el presente recurso de apelación deducido por dos hermanos de la incapaz se dirige exclusivamente a impugnar el pronunciamiento de instancia relativo a la persona nombrada tutor, su esposo, interesando sean nombrados tutores sus padres, o, subsidiariamente, se establezca una tutela compartida entre los padres y el esposo. La Juzgadora de primera instancia, sobre la base de valorar como no acreditadas las alegaciones vertidas por los hermanos relativas a que la incapaz viniera padeciendo malos tratos por parte de su esposo con anterioridad a sufrir el accidente de tráfico del que deriva su actual situación y a que pretendiera separarse de éste o estuviera separada de hecho, así como sobre la base de entender que en tanto el esposo todavía no había sido nombrado tutor no ha podido hacer con el dinero que ha recibido a cuenta de la compañía aseguradora de la motocicleta todo lo que hubiera querido hacer en beneficio de su esposa (como adquirir un vehículo apropiado para trasladarla, acondicionar accesos y la vivienda, o llevarla a un centro especializado), concluye que no se ha acreditado circunstancia alguna que le permita alterar el orden legalmente establecido en el art. 234 del Código civil, considerando además en interés de la incapaz que el esposo es la persona más adecuada para el cargo dado que el hecho de ser joven o que trabaje no es óbice para su nombramiento como tutor y dada la mayor vitalidad de éste para atender a la incapaz así como que en todo caso también los padres precisarían la ayuda de terceras personas. Frente a todo ello, la parte apelante aduce en primer término error en la valoración de la prueba practicada habiéndose realizado sin tener en cuenta lo dispuesto en el art. 752.2 LEC., y, en segundo lugar, interpretación errónea del art. 234 CC. tanto en su número 1º como

en su penúltimo párrafo. La parte apelada, el esposo, se opone a ambos motivos del recurso, y, el Ministerio fiscal interesa la desestimación del recurso.

TERCERO.- Ángeles nació el 26 de Enero de 1973 y es la quinta de siete hermanos. Su personalidad la recuerdan sus familiares según se recoge en los informes médicos como la de una persona enérgica, extrovertida, decidida y optimista. Tras una larga relación de noviazgo con Manuel, nacido el 5 de Julio de 1972, contrajo matrimonio con éste el 16 de Mayo de 1998. Hasta entonces, cada uno convivía con su respectiva familia en los números NUM000 y NUM001 de la CALLE000 de esta Ciudad, pasando a convivir como matrimonio en la vivienda que habían adquirido sita en la AVENIDA000. Hacia el mes de Septiembre de 1999 Ángeles acudió al despacho de un abogado para asesorarse sobre el proceso a seguir en su posible separación matrimonial. En el mes de Febrero de 2000 el matrimonio hizo un viaje de una semana a Canarias. Después de regresar, estuvieron realizando gestiones para adquirir otra vivienda y cambiar así de domicilio conyugal. El 11 de Marzo de 2000 Ángeles sufrió el accidente de tráfico ingresando en el hospital Santiago apóstol. El 14 de Abril siguiente el padre y el esposo a fin de formular denuncia comparecieron bajo una misma representación y defensa ante el Juzgado de Instrucción en el que se seguían las correspondientes Diligencias previas. El 19 de Junio Ángeles fue trasladada al hospital Aita Menni. A los tres días el Juzgado de Instrucción entregó al esposo la cantidad de 25.000.000 pesetas consignada por la aseguradora y el 10 de Enero de 2001 otra cantidad de 13.967.024 ptas., dinero con el que suscribió fondos de inversión. El 12 de Marzo de 2001 Ángeles fue dada de alta en el hospital Aita Menni con un conjunto de secuelas neurológicas muy graves resumidas como «Estado de mínima conciencia caracterizado por situación casi permanente de desconexión con el medio, con ausencia de lenguaje y de iniciativa de intercomunicación. Oftalmoplejía por afectación troncoencefálica. Tetraplejía espástica. Doble incontinencia esfinteriana», situación que condiciona «un grado total de dependencia para cualquier actividad de la vida diaria, incluidos la movilización, el aseo y la alimentación. Requiere de tercera persona para todas estas actividades» y con pronóstico de «baja probabilidad de que, a corto plazo se produzcan cambios significativos en su situación actual. Las mejorías en constancia de conexión con el entorno o comunicación básicas se producirán, si no median complicaciones, de forma muy lenta, en los próximos meses o años. Su escasa interacción con el entorno le impide beneficiarse de un tratamiento rehabilitador multidisciplinar e intensivo. Procede únicamente realizar fisioterapia pasiva, buenos cuidados generales y

programas de regulación o estimulación neurosensorial. Dada la cronicidad del caso es importante diseñar un marco vital que permita disminuir la carga familiar y continuar desarrollando actividades dirigidas a la estimulación global y al mantenimiento de necesidades básicas». Seguidamente Ángeles fue trasladada a la Residencia Goizalde. El 3 de Abril de 2001 tuvo entrada la demanda formulada por los hermanos de Ángeles instando la declaración de su incapacidad y el nombramiento de los padres como tutores. El 18 de Mayo siguiente el esposo fue citado a efectos de practicar el día 22 siguiente la audiencia de los parientes más próximos de la presunta incapaz, y, el mismo día 18, tuvo entrada la demanda por él formulada instando igualmente la declaración de incapacitación judicial así como ser nombrado tutor, practicándose dicha audiencia. Mediante Auto de 19 de Julio de 2001 se acordó la acumulación de los autos derivados de ambas demandas y se señaló para la celebración de la vista el 26 de Septiembre siguiente, acto en el que ambas partes manifestaron intentarían llegar a un acuerdo sobre el ejercicio de la tutela. El 5 de Octubre los hermanos mostraron al Juzgado su conformidad en aceptar la tutela compartida y el 17 de Octubre, un día después de personarse ante el Juzgado de Instrucción con abogado y procurador distintos de aquellos con los que compareció junto al padre de Ángeles para formular la denuncia, el esposo solicitó se levantara la suspensión. Ángeles permanece en la Residencia Goizalde y sigue un tratamiento de rehabilitación en un centro distinto. Dada la mala relación existente entre los padres y el esposo, aquellos van a visitarla diariamente entre semana desde las 17,00 a las 19,30 horas y éste hasta las 21,15 horas. Los fines de semana alternos Ángeles los pasa en casa de sus padres, de 60 y 59 años de edad, recibiendo éstos la ayuda de todos los hijos y no sólo la de los dos hijos solteros que todavía viven con ellos. Es intención del padre la de jubilarse en este año 2002. Por su parte el esposo de Ángeles, socio de la Asociación de Daño cerebral adquirido de Álava, mantiene su residencia en la vivienda propiedad del matrimonio, pese a lo cual, los fines de semana que le corresponden los pasa con Ángeles en casa de los padres del esposo.

CUARTO.- Establece el art. 234 CC. en su redacción dada por la Ley 13/1983 y modificada por la Ley orgánica 1/1996: «Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al cónyuge que conviva con el tutelado. 2º A los padres. 3º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 4º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él

mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor». No sólo el espíritu del art. 49 de la Constitución española, sino también el espíritu introducido por la Ley 13/1983 a lo largo de los arts. 215 a 285 CC., nos afirman en sostener que el principio rector y fundamental de las decisiones relativas a la tutela dadas las especiales características de quienes son tutelados y lo delicado de las funciones del cargo de tutor, es el del beneficio e interés del incapacitado, beneficio e interés en función del cual se convierte al Juez en pieza principal del sistema otorgándole facultades amplísimas; así lo pone de manifiesto expresamente el Legislador en los arts. 216.I, 216.II en relación con el 158, 224, 233, 235, 245, y 246. Consecuentemente, el propio nombramiento de tutor constituye una actuación directa del órgano judicial para el control de la tutela, directa en cuanto interviene en la elección del tutor a través de las facultades de alterar el orden de las personas nombradas en el citado art. 234 CC. y de designar a la persona más idónea entre aquellos que reúnan las condiciones de idoneidad, todo ello, reiteramos, en beneficio del incapacitado; en este sentido, es de recordar cómo en la Exposición de Motivos que acompañaba en su día al Proyecto de Reforma del Código civil enviado por el Gobierno a las Cortes generales en 1981 se decía en concreto que «La autoridad judicial no estará, pues, sometida absolutamente...al orden férreo de la anterior tutela legítima», y, es de destacar cómo el Tribunal supremo en Sentencia de 22 de Julio de 1993 enseña que la reforma operada en 1983 se orienta a «un aumento de la intervención judicial en beneficio del declarado incapaz; y siguiendo esta línea de control están redactados, tanto el último inciso del art. 234, como el espíritu del 235, ambos del CC, cuando se refieren al nombramiento o designación de la persona del tutor, siendo el concepto de «beneficio del incapacitado» el que debe presidir tal designación, posponiéndose otras preferencias de tipo familiar». El beneficio e interés de Ángeles es por tanto el criterio fundamental al que debemos atender para decidir la persona del tutor, es decir, la persona que de modo permanente va a tener como misión su cuidado, su representación, y la administración de su patrimonio (no en vano la palabra tutor procede de la latina «tuor» que significa cuidar, proteger, defender).

QUINTO.- El orden legal establecido en el art. 234 CC. tiene una lógica dentro del propio sistema del Código civil pues si el matrimonio elimina la posibilidad de una patria potestad rehabilitada (art. 171 CC.) parece natural entender que también excluye la tutela de los

padres. Sin embargo, el propio número 1º del art. 234 CC. no hace referencia simplemente al matrimonio a efectos del orden de preferencia que establece, sino que matiza claramente el supuesto de hecho justificador de tal preferencia: «se preferirá al cónyuge que conviva con el tutelado». Al respecto argumenta el esposo que en la fecha del accidente existía la convivencia conyugal y que con posterioridad se justifica su ausencia hasta la actualidad dado que Ángeles ha residido en diversos centros hospitalarios, permaneciendo en una residencia desde que recibió el alta hospitalaria hasta que se resuelva la responsabilidad del accidente así como el nombramiento de tutor dado que para que Ángeles pueda residir en su domicilio necesita la ayuda de otras personas y la habilitación de la vivienda. por otro lado, la parte apelante argumenta que el precepto se refiere a una situación presente de convivencia, no de pasado, llamando la atención no sólo sobre el hecho de no darse dicha situación de presente, sino también sobre la circunstancia que ya nunca será posible la convivencia «more uxorio» a la que se refiere el precepto debido al propio estado en el que ha quedado Ángeles. Ciertamente, aun cuando el debate y la atención han girado principalmente en torno a las cuestiones a las que en definitiva se refiere la alegación del recurso relativa a error en la valoración de la prueba, entendemos que la decisión que nos ocupa ha de partir de la cuestión planteada al hilo de la alegación del recurso relativa a la interpretación del propio art. 234 CC., y desde esta perspectiva, es de acoger la tesis del recurso. En efecto, sin necesidad de entrar a valorar si el esposo en su asumida posición de guardador de hecho ha tenido tiempo y posibilidad económica de habilitar la vivienda para trasladar a Ángeles al domicilio conyugal, en el presente caso adquiere gran relevancia la posibilidad de convivencia que ofrece el propio estado en el que se encuentra la incapaz, esto es, el propio grado de incapacidad de ésta en relación con la convivencia tenida en cuenta por el Legislador para dar preferencia al cónyuge respecto de los padres. Es claro que tal preferencia se concede en justa correspondencia con los deberes de ayuda y socorro recíproco a que vienen obligados mutuamente el marido y la mujer (arts. 67 y 68 CC.) y con fundamento en una cierta presunción de «affectio maritalis», pero también es claro que la convivencia en función de la cual se concede dicha preferencia es la convivencia conyugal en cuanto comunidad de vida en la que se realizan los deberes y finalidades del matrimonio y posibilita la plenitud y continuidad del afecto marital. No se trata ya que no deba valorarse a estos efectos como cese efectivo de la convivencia conyugal la interrupción de la misma impuesta por motivos de salud que exigen un ingreso hospitalario (art. 87.II CC.). Consecuentemente, entendemos que dada la incapacidad absoluta de Ángeles, no se

justifica en el presente caso, la razón de preferencia tenida en cuenta por el Legislador por cuanto que la convivencia que pudiera tener en la actualidad Ángeles con su esposo no reuniría las características propias de la convivencia conyugal, siendo de tener en cuenta que la relación entre cónyuges está íntimamente ligada, por no decir únicamente, a la propia convivencia conyugal. El alcance de la anterior conclusión es sólo el expuesto, es decir, que no se justifica en el presente caso el presupuesto de hecho de la preferencia legal; el vínculo matrimonial permanece y en absoluto se pone en duda el afecto entre los esposos. Pero es que además, aun cuando se entendiera que la real posibilidad de convivencia de Ángeles con su esposo fuera conyugal en todo caso aun cuando fuera en la mínima expresión del cuidado afectuoso que precisa, habríamos de concluir igualmente que en el presente supuesto se da una circunstancia excepcional justificadora, al amparo del penúltimo párrafo del art. 234 CC., de la alteración del orden legal.

SEXTO.- El propio estado en el que se encuentra Ángeles, bien porque entendemos conduce a que no se justifique en el presente caso el presupuesto de hecho de la preferencia legal concedida inicialmente al cónyuge, bien porque se entienda constituye en sí misma una circunstancia excepcional que justificaría alterar el orden legal en beneficio e interés de la propia Ángeles, nos habilita para valorar desde un plano de igualdad la idoneidad del esposo y la idoneidad de los padres para ejercer el cargo de tutor, de manera que partiendo de ser todos ellos idóneos a tal fin, la cuestión a dilucidar, siempre en atención al beneficio de Ángeles, es la de quién resulta más idóneo, con la dificultad añadida aunque sea obvio decirlo de resultar imposible oír por cualquier medio que fuere a Ángeles. Tratándose de un problema que no podemos ocultar es tan difícil porque en cuanto hay que habérselas con comportamientos humanos la actuación futura no está predeterminada no pudiendo saberse anticipadamente, la única manera de acertar en la elección es teniendo en cuenta la situación concreta real, pero no aislando algún aspecto, sino teniendo todos los elementos en consideración, incluidos los de carácter extrajurídico. Sin embargo, tal dificultad no nos obliga a hacer un retrato descalificador de la persona y conducta del esposo de Ángeles cuya inidoneidad no cabe sostener acreditada de los autos al amparo del art. 244.4º, segundo inciso, CC. por más que lo que deba perseguirse sea la verdad material. Manteniendo la idoneidad del esposo, lo cierto es que la Sala no puede sino concluir a la vista del resultado de la prueba practicada, incluido el resultado de las dos audiencias a parientes practicadas en cada una de las instancias, que resultan más idóneos

para el cargo de tutor de Ángeles sus padres en cuanto apreciamos en ellos no sólo una mayor capacidad, sino también una más clara dedicación y disposición de éstos, de manera que con ellos se representa como superior la garantía de la atención que precisa Ángeles. De la amplia relación de hechos contenida en el Fundamento de Derecho tercero de la presente resolución extraemos las siguientes conclusiones que entendemos fundamentales: en primer lugar, la de la corta duración de la relación de, convivencia entre Ángeles y su esposo relación la cual apenas alcanzó los veintidós meses, sin perjuicio de los lazos afectivos anteriores derivados de un largo noviazgo sin convivencia real, lazos de carácter afectivo que también lo son los de la familia a quien además unen vínculos de carácter natural, familia con la que Ángeles convivió hasta los veinticinco años de edad y con la que después de contraído matrimonio siquiera se ha aлегado la existencia de problemas en la relación de Ángeles, de hecho, incluso las relaciones del esposo con la familia de Ángeles fueron buenas durante el primer periodo posterior al accidente; en segundo lugar, la propia juventud del esposo, la cual hace razonablemente previsible la búsqueda de otra salida en su vida, circunstancia que no es despreciable a la hora de adoptar la decisión tan delicada que nos ocupa, máxime cuando puede deducirse la existencia de problemas matrimoniales que superaban los propios de una pareja de recién casados aunque efectivamente no es sostenible que a la fecha del accidente Ángeles tuviera la intención de separarse; y, en último término, que los padres de Ángeles son relativamente jóvenes, que no consta padezcan problemas de salud aparentando además fortaleza física, que cuentan con el demostrado apoyo de los seis hermanos de Ángeles dos de los cuales fueron los que tomaron la iniciativa para solucionar la situación legal de su hermana, que pese a haber asumido el esposo la guarda de hecho los padres se desviven por su hija enferma, y, que han exteriorizado con la vehemencia propia de su condición de padres su afán por mejorar en lo posible la actual situación de su hija trasladándola en su caso al domicilio familiar una vez puedan acondicionarlo, con la intención de jubilarse anticipadamente el padre para acompañar a la madre en el cuidado de Ángeles.

SÉPTIMO.- Siendo en nuestro Código civil la regla general la de la unidad de la tutela, coincidimos con la Juzgadora que en el presente caso resulta desaconsejable el nombramiento como tutor del esposo junto con los padres, siendo que por otra parte el esposo no lo ha interesado; y resulta desaconsejable toda vez que hasta el último momento se ha puesto de relieve que definitivamente las relaciones que mantienen

entre ellos hacen prever una difícil co-gestión de los intereses de Ángeles. Así lo anterior, la tutela será ejercida por los padres «conjuntamente de modo análogo a la patria potestad» (art. 236.2º CC.), y se adoptan respecto de ellos las mismas previsiones que adoptó la Juzgadora respecto del esposo en el Fundamento de Derecho octavo de la resolución recurrida, incluidas las obligaciones de formalización del oportuno inventario de bienes y rendición de cuentas mensuales de su gestión. Téngase en cuenta que la decisión aquí adoptada supone que los padres en cuanto tutores, además de cumplir con dichas obligaciones, habrán de solicitar los concretos permisos judiciales que el Código civil establece para poder realizar determinados actos que afecten a la incapaz (actos como pudiera ser el de «transigir...cuestiones en que el tutelado estuviese interesado» -art. 271.3º, segundo inciso, CC.-, lo cual destacamos a modo de «obiter dicta» con relación a la solución final que se alcance con la aseguradora responsable civil del accidente), y, que en caso de un concreto conflicto de intereses se nombrará un defensor judicial a la incapaz para que garantice sus derechos (art. 299.1º CC.). Por último, en cuanto que Manuel sigue siendo esposo de Ángeles, el hecho de no haber sido nombrado su tutor no impedirá que pueda coadyuvar en su medida a aliviar la situación de aquélla, ni tampoco impedirá las visitas que hasta ahora venía realizando en la Residencia o las que las partes puedan volver a acordar si es trasladada a otro lugar, sin olvidar que mantiene con Ángeles un régimen económico matrimonial, pudiendo tener además algún interés legítimo en la futura herencia de aquélla.

OCTAVO.- Mantenemos el pronunciamiento de primera instancia respecto de las costas en el sentido de no hacer expresa condena de las mismas; pronunciamiento el cual se mantiene por razón de la naturaleza del proceso así como de los especiales intereses debatidos. Respecto de las costas del recurso de apelación, su estimación parcial es suficiente para ex art. 398.2 LEC. no condenar en ellas a ninguno de los litigantes.

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

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación deducido por la representación de D. Jose Augusto y de D^a Estefanía, frente a la Sentencia núm. 688/01 dictada el 3 de Diciembre por el Juzgado de primera Instancia núm. 4 de los

de Vitoria-Gasteiz, en el Proceso de incapacitación de las personas núm. 439/01 seguido sobre la declaración de incapacidad de D^a Ángeles (al que se acumuló el de igual clase núm. 618/01) del que dimana este Rollo; y, REVOCAR EN PARTE la misma en lo que se refiere al pronunciamiento relativo al nombramiento de tutor de la declarada incapaz, y, en su virtud, con estimación de la demanda deducida por dicha representación y estimación parcial de la deducida por la representación de D. Manuel, DEBEMOS ACORDAR Y ACORDAMOS nombrar tutores de D^a. Ángeles a las personas de sus padres D. Lázaro y D^a. Milagros, manteniendo el resto de los pronunciamientos de instancia; todo ello sin hacer especial imposición de las costas del recurso de apelación.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno, excepto, EN SU CASO, el de CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL ante la Sala primera del Tribunal supremo, que se preparará, por escrito ante esta Audiencia provincial, en el PLAZO DE CINCO DÍAS HÁBILES, con exposición sucinta de los motivos y en su caso, las sentencias contradictorias.

SENTENCIA NÚM. 3.

AP - Palencia . S. de 22 de Marzo de 2002 . Sr. Muñiz Delgado (Nº 2003005722)

Resumen: @ HOMICIDIO (CP 1995) - Grados de ejecución: tentativa: lesiones: tenencia ilícita de arma reglamentada modificada: eximente incompleta de intoxicación de bebidas alcohólicas. @ Rollo Penal nº 4/01

Resolución Parcial: En Contra: Condena
@2003-0057

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el sumario n 1 /01 del Juzgado de Instrucción n 2 de Palencia está procesado Francisco Javier G. C. y una vez concluido dicho sumario y tramitada la causa conforme a Ley en esta Audiencia, se celebró ante la misma el juicio oral el día 12 de marzo de 2002.

SEGUNDO.- Los hechos enjuiciados han sido calificados por el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas en relación con las provisionales, como constitutivos de un delito de homicidio intentado, otro de lesiones y otro de tenencia ilícita de arma reglamentada modificada, previstos y sancionados en los artículos 138 en relación con el 15 n 1 y 62, 147.1 y 563 del Código Penal; y conceptuando responsable, criminalmente de los mismos, en concepto de autor a Francisco Javier G. C., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal solicitó se le impusieran las penas de siete años de prisión por el homicidio intentado, 1 año y 8 meses de prisión por las lesiones y 1 año y 11 meses por la tenencia ilícita de armas las accesorias correspondientes, al pago de las costas procesales y, en cuanto a la responsabilidad civil, una indemnización por daños y perjuicios de 15.714,59 .ª a favor de la perjudicada Soraya R. N.

TERCERO.- El defensor de las acusaciones particulares en sus conclusiones definitivas calificó los hechos igual que el Ministerio Fiscal, solicitando las mismas penas y una indemnización de 18.911 .ª a favor de Soraya R. N.

CUARTO.- La defensa del acusado en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas calificó los hechos como constitutivos de tenencia ilícita de armas con la concurrencia

de la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal del artículo 20.2 del Código Penal interesando la absolución.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Francisco Javier G. C., mayor de edad y sin antecedentes penales, tras haber estado en la tarde-noche con unos amigos tomando unos 10 o 12 chatos de vino llegó a su domicilio, ubicado al derecha de la C/ Sagrada Familia de Palencia, sobre las 00:10 horas del día 11 de septiembre de 2001, hallando en el mismo a su esposa María Soraya R. N. y a su hija Erika G. R., comenzó a dar voces recriminando a aquella haber comentado a algún vecino o conocido que no mantenía vida marital, mas como esta no le hiciera caso Francisco Javier entró en el dormitorio, mientras Erika lo hacía en su habitación y María Soraya se tumbaba en el sofá del salón, donde dormía desde hacía meses, a ver la televisión. Al cabo de un rato Francisco Javier salió y cortó la luz de la vivienda en el interruptor general del pasillo, conectándola de nuevo su esposa, y así en varias ocasiones hasta que esta se cansó y acostó en el sofá para dormir. Transcurrido un tiempo ella se dio cuenta de que la luz se encendía, girándose en el sofá y viendo en ese instante a Francisco Javier de pie al lado y apuntándole a la cabeza con una pistola semiautomática «ME» modelo detective, haciendo María Soraya un gesto instintivo de esquivo con el cuerpo y tratando de desviar el arma con la mano, al tiempo que aquél disparaba con ánimo de acabar con su vida, mas sin que la bala saliese del cañón del arma pese a detonar la pólvora del cartucho. Ante ello María Soraya y su hija, que salió de su habitación al escuchar la detonación, forcejearon con Francisco Javier intentando arrebatarle la pistola diciendo este a su hija «quítate o te mato también a ti», consiguiendo Erika arrebatarle el arma y tomar el teléfono de pared en el pasillo para llamar a la policía mientras su madre le sujetaba. Ante ello Francisco Javier consiguió desasirse de la esposa, propinándole una bofetada con fuerza en el rostro, y cogiendo el teléfono arrancó el cable, saliendo Erika del domicilio corriendo para llamar al timbre y golpear la puerta de los vecinos de la vivienda ubicada enfrente, refugiándose en esta al serle de inmediato franqueada la entrada y manifestando a sus propietarios que su padre quería matar a su madre, para inmediatamente introducirse con la pistola en el cuarto de baño y allí encerrarse. Acto seguido Francisco Javier entró también en dicho domicilio para arrebatar la pistola a su hija diciendo «dame lo que es mío», siendo sujetado por los vecinos, quienes no lo soltaron hasta que llegó la policía pese a que intentaba desasirse

de ellos y regresar a su vivienda diciendo «voy a matarla». A los pocos minutos acudieron al lugar agentes de la Policía Nacional que procedieron a su detención.

Como consecuencia del bofetón propinado a María Soraya esta padeció fractura del tabique nasal, sufriendo lesiones que tardaron en curar 24 días durante los que estuvo impedida para sus ocupaciones habituales y necesitó asistencia facultativa sin estancia hospitalaria, instaurándosele tratamiento medicamentoso, reposo y férula nasal, restándole como secuela desviación izquierda del tabique nasal, que puede provocar algún problema respiratorio leve y una mayor facilidad para contraer infecciones, precisando para su corrección de una intervención quirúrgica estética.

La pistola semiautomática «ME» modelo Detective en origen es un arma meramente detonadora, a la que se le habían realizado modificaciones consistentes en eliminar la cruceta de que viene dotada, embutiendo luego un cañón en el hueco, tras lo cual quedó perfectamente habilitada y recamarada como arma de fuego para disparar cartuchos de bala del calibre 6´35mm hallándose en perfecto estado de funcionamiento y carente de número de serie. Francisco Javier tenía dicha arma en su poder desde hacía muchos años atrás, sin documentación ni permiso alguno al efecto. Asimismo en el cargador había introducido 5 balas marca GFL y 1 mas marca SB. Los cartuchos GFL no presentaban un normal funcionamiento, de suerte que al ser percutidos producían una detonación mas la pólvora no iniciaba la explosión y consecuente proyección de la bala, probablemente dada su antigüedad, quedando esta en el cañón. El cartucho SB se hallaba en perfecto estado de funcionamiento, no constando su orden de colocación en el cargador. Francisco Javier G. G. sufre desde hace muchos años un alcoholismo crónico que no consta le haya producido daño cerebral, mas ha ido definiendo en el mismo un carácter alcohólico, que unido al vino consumido en la tarde-noche de autos disminuía sus facultades intelectivas y volitivas sin llegar a anularlas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos en primer término de un delito de tenencia ilícita de arma reglamentada con modificación sustancial de las características de fabricación del artículo 563 del Código Penal. La existencia de dicho delito se admite por la propia defensa en su escrito de conclusiones definitivas,

reconociendo el acusado la posesión desde muchos años atrás de la pistola en cuestión, inicialmente reglamentada y permitida como detonadora a la que por experto se hizo objeto de sustanciales modificaciones, instaurándole un nuevo cañón, recamarándola y eliminando la cruceta hasta dejarla en perfecto estado para disparar con éxito cartuchos de bala del calibre 6´35mm. Siendo evidente no padecía error alguno, ni vencible ni invencible, sobre la ilicitud de tal posesión pues admite sin reserva ser cazador y por tanto estar o haber estado en posesión del oportuno permiso de armas, documento en el cual se especifican los distintos tipos de licencias que necesariamente requiere cada tipo de arma (corta, largas rayadas, escopetas, de tiro deportivo, etc...). Se integra por tanto con perfección el tipo comentado.

En segundo lugar los hechos probados integran un delito de lesiones del artículo 197.1 del Código Penal. En efecto, en lo que se refiere al elemento objetivo se causó a la víctima la fractura de la nariz, precisando de una primera asistencia facultativa, ulterior tratamiento farmacológico y ortopédico mediante la instauración de una férula, causando 24 días de incapacidad para las ocupaciones habituales y restando una secuela estética y funcional cuya corrección precisará de cirugía reparadora estética para corregir la desviación del tabique nasal, en definitiva se precisa para sanar objetivamente a mayores de la primera asistencia un ulterior tratamiento médico y quirúrgico. En cuanto al elemento subjetivo cuya concurrencia discute la defensa, aún admitiendo la tesis de que la fractura de nariz se hubiese ocasionado al forcejear el acusado con su esposa, cabría apreciar el *ánimus laedendi* aún por dolo eventual. Pero es que mientras el acusado refiere no recordar como causó la lesión, la víctima relata con toda claridad y rotundidad como se la ocasionó propinándole un potente golpe en el rostro a mano abierta, por lo que es evidente la concurrencia de un dolo directo de lesionar. Asimismo decir que dichas lesiones entendemos no quedan absorbidas o consumidas por la tentativa de homicidio que de seguido analizaremos, pues no se incardina dentro de la acción o mecánica agresiva enderezada a acabar con la vida de la víctima, sino que fracasado un primer intento en tal sentido mediante el empleo del arma de fuego, golpeó a la esposa no con ánimo homicida, sino para lograr desasirse de la misma e impedir que la hija llamase a la Policía y luego recuperar la pistola, motivo por el cual reputamos dichas lesiones presentan sustantividad propia frente al homicidio intentado y no resultan incardinables en su *iter criminis*. Por último cierto es que no se empleó un medio peligroso para la causación de dichas

lesiones, pues de lo contrario sería de aplicación el tipo cualificado que se contempla en el artículo 148 n I del Código Penal, mas lo cierto es que se empleó la mano abierta con gran violencia contra el rostro de la víctima, fracturándole la nariz y ocasionándole 24 días de incapacidad tras los cuales resta como secuela desviación de tabique nasal, todo ello aprovechando la superioridad física de que el acusado goza sobre su esposa, motivo por el cual incardinamos el hecho en el tipo básico de las lesiones contemplado en el n I del artículo 147 y no en el privilegiado del n 2, todo ello valorando tanto el desvalor de la acción cuanto el resultado.

SEGUNDO.- Asimismo los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa de los artículos 138, 16.1 y 62 del Código Penal. Por lo que respecta al elemento subjetivo, pese a que el acusado dice no recordar bien lo acaecido y cree que no quería acabar con la vida de su esposa, una multiplicidad de circunstancias concurrentes acreditadas nos permite concluir sin lugar a dudas lo contrario, alcanzando la completa certeza de que sus acciones en la ocasión de autos se hallaban presididas por el *ánimus necandi*. Así en primer lugar apunta a la víctima a la cabeza y a muy poca distancia con una pistola en perfecto estado de funcionamiento y con el cargador repleto de balas en la creencia de que estas también se hallaban en perfecto estado (así sucedía con una de ellas y con el resto de la munición marca SB que poseía y afortunadamente no introdujo en el arma), disparándole hacia el rostro cuando aquella se vuelve hacia él al darse cuenta de que la luz se ha encendido. La total aptitud del arma para causar la muerte, la escasa distancia a la que se disparó y la región del cuerpo hacia la que se apuntó hablan por sí solas del ánimo de matar (pese a que el acusado relata se le disparó el arma fortuitamente en algún punto del salón, la víctima relata con total firmeza y coherencia ab initio como la apuntaba a la cabeza a muy corta distancia, lo cual es corroborado por el detalle aportado por uno de los policías que llegaron acto seguido al domicilio y encontró el casquillo del cartucho percutido sobre el sofá en que se hallaba tumbada la víctima). Si a lo antedicho añadimos las palabras dirigidas a su hija justo después de disparar, «*quítate o te mato a ti también*», como la siguió hasta el domicilio de los vecinos en que se había refugiado para recuperar el arma y volver a utilizarla contra su esposa, intentando desasirse del matrimonio que le sujetaba para regresar a su vivienda nuevamente diciendo «*voy a matarla*» (tal y como relatan con total sinceridad y espontaneidad dichos testigos), es forzoso concluir que el acusado actuó con evidente ánimo de poner fin a la vida de su mujer.

En el aspecto objetivo argumenta la defensa nos hallamos ante una tentativa inidónea o delito imposible, reputándolo atípico y por tanto no punible en el Código Penal de 1995 hoy vigente, pues este suprimió la norma recogida en el párrafo 2 del artículo 52 del Código Penal anterior. En tal sentido cabe precisar como nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 21-6-1999, luego citada y ratificada entre otras por la de 13 de marzo de 2000 y la de 2 de junio de 2000, ha declarado como frente al sector doctrinal que tras el Código Penal aboga por la impunidad de la tentativa inidónea tanto absoluta cuanto relativa, ha de sostenerse como al redefinir la tentativa dicho texto en su artículo 16 añade la expresión «objetivamente», la cual quiere decir que el plan o actuación del sujeto «objetivamente» considerados son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Ello deja impunes los supuestos de tentativas irreales o imaginarias, los delitos putativos, los delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto y, en general, los casos de inidoneidad absoluta. Sin embargo se incardinarian en la tentativa punible los casos de inidoneidad relativa, es decir «aquellos en que los asedios utilizados, objetivamente valorados ex ante y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico» (en nuestro caso la muerte). **Segue razonando nuestro Tribunal Supremo que la sanción penal se justifican estos supuestos porque «el autor decide vulnerar el bien jurídico protegido a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva ex post toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción». Tal acaece en el caso enjuiciado y por tanto en aplicación de dicha doctrina jurisprudencial reputamos punible la tentativa que nos ocupa, pues el autor decide poner fin a la vida de la víctima, realiza para ello una acción perfectamente incardinable en la órbita del tipo y utiliza un medio generalmente idóneo para lograr tal resultado, el disparo de un arma corta de fuego de calibre 6'35, en perfecto estado de funcionamiento y cargada con 6 cartuchos de bala del calibre en cuestión, realizado a escasa distancia y apuntando a la cabeza, si bien en el caso concreto el primer cartucho detona mas no proyecta la bala pues la pólvora había perdido su poder después del largo tiempo transcurrido desde su fabricación. El medio empleado es por tanto**

abstracta y racionalmente apto para causar la muerte, valorado objetivamente ex ante y desde una perspectiva general, y así lo creía también el sujeto activo que lo empleó para lograr su propósito homicida, que no se consumó por causa ajena y por completo independiente a su voluntad, cual fue el que afortunadamente al rellenar el cargador colocó en primer lugar un cartucho con la pólvora pasada, mas introduciendo también en el mismo un cartucho en perfecto estado de la marca SB, si bien ignoramos en que lugar, de modo que si hubiere conseguido recuperar la pistola (lo que no logró gracias a la intervención de su hija), habría podido bien disparar con éxito si la segunda bala en el cargador fuese la SB, según afirman los peritos, bien en otro caso haber podido extraer, sacar del cañón mecánicamente las balas no expulsadas hasta lograr hacer fuego, de suerte que la tentativa ni siquiera cabría en último término calificarse de inidónea relativamente y en todo caso sería punible.

TERCERO.- De expresados delitos es responsable en concepto de autor material y directo el acusado Francisco Javier G. C., según lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, habiendo admitido ser quien disparó la pistola, golpeó a su mujer y poseía el arma desde hacia muchos años en su domicilio.

CUARTO.- En la comisión de los delitos de homicidio intentado y lesiones concurre la eximente incompleta de intoxicación por consumo de bebidas alcohólicas contemplada en los artículos 21 y 20 n 2 del Código Penal. En efecto, los informes médicos obrantes en autos y testifical de la esposa e hija del acusado demuestran que este es un alcohólico crónico, que ha estado sometido infructuosamente a tratamiento por ese motivo, acudiendo incluso a una Asociación de Alcohólicos en los meses anteriores al hecho enjuiciado para intentar su deshabitación, hallándose de baja laboral precisamente por tal problema. Ese alcoholismo crónico no se ha demostrado le haya ocasionado aún un daño cerebral irreversible, según afirman los médicos forenses, mas es claro le ocasiona una distorsión en el carácter cuando bebe, volviéndole una persona agresiva según detallan sus familiares. Se ha demostrado que en la tarde-noche de autos había consumido múltiples vinos en compañía de amigos en los establecimientos que había vuelto a frecuentar desde días atrás tras abandonar el proceso rehabilitador, notándole los propietarios de dichos bares, en textual y significativa expresión, «cargado» a medida que avanzaba la noche,

teniendo que hacer esfuerzos el último «para no discutir con él» notándole «muy agresivo». Esa al menos docena de vinos consumidos por un alcohólico crónico tras un periodo de desintoxicación entendemos le ocasionó una intoxicación semiplena, una seria o relevante perturbación de sus facultades intelectivas y volitivas que sin llegar a anularlas sí las mermaba con la suficiente entidad como para integrar la exención incompleta, bien que merecedora de rebajar la pena en un grado y no en dos, pues la afectación si bien importante no era de la suficiente profundidad o alcance para ello, tal y como lo demuestra el que tanto víctima cuanto vecinos y policías no apreciaron pérdidas de equilibrio, inestabilidad, anomalías o dificultades en el habla o cualquier otro de los síntomas que, aún contando con la mayor facilidad de control que respecto a los mismo posee un alcohólico crónico, indudablemente deberían manifestarse en algún grado caso de existir una grave o profunda alteración de las facultades mentales propia de la exención completa o justificativa de la rebaja de dos grados en la incompleta.

Lógicamente dicha eximente incompleta no cabe ser apreciada en el delito de tenencia ilícita de armas pues, siguiendo la doctrina jurisprudencial expresada entre otras en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1994, las atenuaciones fundadas en trastornos psicofísicos transitorios no pueden aplicarse a delitos de tracto sucesivo o permanentes, que se desarrollan en periodos de tiempo mas o menos extensos. En nuestro caso la pistola alterada y sin documentación se poseía con plena conciencia desde hacía muchos años durante los cuales lógicamente existieron múltiples periodos de no verse afectadas las facultades mentales (sin ir mas lejos los meses que se confiesan de tratamiento en ARPA sin consumo de alcohol).

QUINTO.- El criminalmente responsable del delito lo es también en lo civil, según disponen el artículo 109 y 51 del Código Penal, procediendo indemnizar a la víctima:

- a) 54,09 .^a por cada uno de los días de baja, lo que totaliza 1298,16 .^a.
- b) 2.404 .^a por la secuela restante, una desviación del tabique nasal que con un trastorno funcional de mínima entidad y perjuicio estético ligero según se pudo apreciar en el acto del juicio, entendiéndose que con dicha suma quedaría cubierto el eventual costo de la cirugía estética reparadora que los forenses califican de menor y los días de baja añadidos que ello pueda ocasionar.
- c) 9.015 .^a por el daño moral ocasionado por el intento de homicidio sufrido, que obviamente en cualquier persona origina un indudable impacto psicológico y un

sentimiento de temor que, dentro de la dificultad para cuantificarlo, ciframos prudencialmente.

SEXTO.- Conforme a lo antedicho, la pena relativa al homicidio intentado estimamos prudencial rebajarla en un grado por la tentativa, dado que se ejecutaron todos los actos que debieron provocar la muerte que únicamente no acaeció por el defectuoso funcionamiento de ese cartucho, mas persistiéndose a posteriori en el intento homicida que no pudo llevarse a efecto al encerrarse la hija con la pistola y ser sujetado por los vecinos, rebajándola en otro grado por la eximente incompleta, por lo que entendemos justo imponer por tal delito 4 años de prisión. Por el delito de lesiones del artículo 147 n 1 se rebaja en 1 grado la pena por la eximente incompleta, imponiendo 5 meses de prisión que según lo dispuesto en los artículos 71 n 2 y 84 del Código Penal se sustituye por 22 fines de semana de arresto. Por el delito de tenencia ilícita de armas, dado el largo tiempo de posesión de la misma, la entidad de la modificación operada para hacerla apta de disparar cartuchos de bala y la abundante munición que se había procurado, imponemos 1 año y 9 meses de prisión.

SÉPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 123 del Código penal las costas procesales se entienden impuestas por la Ley al criminalmente responsable del delito, debiendo incluir las de la acusación particular que ha contribuido al esclarecimiento de los hechos sin formular pretensión extravagante alguna.

OCTAVO.- Según lo dispuesto en los artículos 127 y 128 del Código Penal se decreta el decomiso del arma y munición intervenidos a los que se dará el destino legal.

FALLAMOS

Que condenamos al acusado Francisco Javier G. C. como autor criminal y civilmente responsable de un delito de homicidio intentado, uno de lesiones consumado -y otro, de tenencia ilícita de armas con la concurrencia de la circunstancia- modificativa de la responsabilidad criminal eximente incompleta de intoxicación alcohólica en los dos primeros delitos a la pena de 4 años de prisión por el primero de ellos, 22 fines de semana de arresto por el segundo de ellos y 1 año y 9 meses de prisión por el tercero, a las accesorias de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a que

pague, en concepto de indemnización de daños y perjuicios a María Soraya Rebollar García la suma de 12.717,16 .^a y a la costas procesales incluidas las de la acusación particular.

Se declara la solvencia parcial del acusado y para el cumplimiento de la pena de privación de libertad le será de abono el tiempo de prisión preventiva sufrida por esta causa. Se decreta el decomiso del arma y munición intervenidas de las que se dará el destino legal.

SENTENCIA NÚM. 4.

AP - Zamora . S. de 18 de Marzo de 2002 . Sr. Encinas Bernardo (Nº 2003022622)

Resumen: @ FALTAS CONTRA LAS PERSONAS (CP 1995) - Lesiones por imprudencia leve: no existe concurrencia de culpas que exige la infracción de alguna norma de cuidado: calificación dudosa de la secuela: estimación parcial. @ Rollo penal de apelación nº 12/02

Resolución Parcial: A Favor: Absolución
@2003-0226

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Zamora, se dictó sentencia con fecha uno de diciembre de dos mil uno, y en la que se declara probado que: « Sobre las 00,30 horas del día 25 de agosto de 2000, tuvo lugar un accidente de circulación en la carretera Za-P-1407 en el PK 35,600, consistente en: Circulando el vehículo Ford Escort, matrícula SS-x-AB conducido por su propietario D. ENRIQUE V, quien lo tenía asegurado en la Cia B SEGUROS, por dicha carretera, haciéndolo por un tramo de vía cuyo trazado está configurado por curvas peligrosas de reducida visibilidad, el conductor en una de dichas curvas pierde el control del vehículo, derrapando el mismo, saliéndose de la carretera por la derecha, cayendo a la cuneta e iniciando el turismo una serie de vuelcos por zona terriza durante 52,70 metros, para finalizar volcando sobre su techo.

Como consecuencia de estos hechos resultaron lesionados todos los ocupantes del vehículo, D. RAUL P, D. JAVIER R, D. ALBERTO P, y D. JON R. Los tres primeros han renunciado al ejercicio de las acciones civiles y penales al haber sido indemnizados por la Cia Aseguradora.

D. JON R resultó lesionado, habiendo estado impedido para el ejercicio de sus ocupaciones habituales durante 155 días, de los cuales 20 lo fueron de hospitalización, y 135 días de incapacidad total. Asimismo le restan como secuelas las siguientes:

Pérdida de sustancia osea con craneoplastia, sin latidos de la suramadre, en su menor grado.

- Foco irritativo encefálico postraumático sin crisis comiciales, de grado leve.

- Disminución de la atención, de grado leve.
- Amnesia retrograda, en su menor grado.
- Trastorno orgánico de la personalidad, en su menor grado.

Cicatrices: -Cicatriz de 5 por 1 cm, con alopecia en región parietal derecha; -Cicatriz de 2 cm, deprimida, en región parietal izquierda, -Tres cicatrices a nivel subclavio derecho, -Cicatriz hipertrófica de 3 cm, en cara anteroexterna del brazo derecho, tercio inferior; -Tres cicatrices de 2,5, 1,5, y 2 cm respectivamente, en cara anterior de antebrazo derecho; cicatriz en forma de X de 1 por 1 cm en flexura de codo izquierdo (por dentro hay otras más pequeñas. Bajo la misma existe una cicatriz de 1 por 0,7 cm, y más abajo otra hiperpigmentada, de 2 por 0,5 cm. En cara antointerna de antebrazo izquierdo existe una larga cicatriz de 11 por 1 cm, hipertrófica; -Area cicatricial ovalada de 5 por 2,5, a nivel de escápula derecha; -Cicatriz de 6 cm en hipocondrio izquierdo, cara posterior; y cicatriz de 3 cm, en cresta iliaca izquierda.

El resto de los daños materiales y gastos médicos han sido satisfechos por aseguradora del vehículo causante del accidente.»

SEGUNDO.- En la parte dispositiva de la citada sentencia se contiene el siguiente pronunciamiento: «Que debo condenar y condeno a D. ENRIQUE V como autor de una falta de una falta prevista y penada art. 621.3 del CP a la pena de 30 días de multa, con una cuota diaria de 200 ptas., así como al pago de las costas procesales, procediendo en caso de impago de la multa, la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; y a indemnizar a D. JON R en la cantidad de 11.410.020 pesetas, cantidad que devengará los intereses del art. 20 de la L.C.S., desde la fecha de sanidad hasta la fecha de pago respecto a la diferencia existente entre la cantidad consignada por la Cia de Seguros y la que se concede en la presente resolución.

Se declara la responsabilidad civil directa de la Cia de SEGUROS B».

TERCERO.- Contra dicha resolución se recurrió por el Procurador Sr. Vasallo M, en nombre y representación de Enrique V y de B (España), Seguros y Reaseguros, S.A., el que en su escrito de formalización del recurso solicito que se tenga por interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia pronunciada en estas actuaciones judiciales y, previos los

trámites procesales de aplicación, se dicte otra por la Ilma. Audiencia Provincial de conformidad con lo expuesto en el escrito de interposición del recurso; dado traslado de dicho escrito a las demás partes, por el Procurador Sr. Domínguez T, en nombre y representación de D. Ion R se solicitó la íntegra confirmación de la sentencia en base de las razones que expresó en su escrito de impugnación del recurso, y que se da por reproducidos.

CUARTO.- Recibidos los autos en la Audiencia, se formo el correspondiente rollo de apelación, y habiendo correspondido de conformidad con las normas de reparto al Ilmo. **Sr. D. ANDRÉS MANUEL ENCINAS BERNARDO, Magistrado**, por diligencia de ordenación del Sr. Secretario, pasaron las actuaciones al mismo para la resolución procedente.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se acepta el relato de los hechos contenidos en la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, en tanto no resulten en contradicción con lo que se exponga a continuación.

SEGUNDO.- El primer motivo de impugnación no puede prosperar y ello porque teniendo en cuenta el informe del forense emitido el 27 de noviembre se desprende grandes dudas a la hora de calificar la secuela, y la razón por la que no se calificó la secuela como síndrome orgánico de la personalidad, no obstante observarse en el menor una alteración de indudable base anatómica (orgánica), fue porque consideró el forense que las alteraciones que padecía el menor no provocaban una desmesurada desadaptación y a que la horquilla de puntuación del baremo le parecía excesivo, si bien finalizaba el informe diciendo que, no obstante, la calificación le produjo grandes dudas. Estas dudas se disipan en el informe que se aportó en el acto del juicio por el equipo del Servicio de Daño Cerebral del Hospital Aita Menni, que si bien es cierto que no puede tener la consideración de informe pericial, si puede valorarse el mismo, al menos como prueba documental, sin que pueda alegarse indefensión, pues personada

la aseguradora en la causa, conocía muy bien que la discrepancia mantenida con el informe del forense por parte de la representación del perjudicado en cuanto a la secuela de la alteración de la personalidad, por lo que muy bien pudo así mismo aportar al acto del juicio, ora otros documentos que acreditaran lo contrario, ora llevar algún perito, pues, **de conformidad con la LECr., al acto del juicio deberán llevarse todos los medios de prueba de que intenten valerse las partes y teniendo en cuenta que el documento se emite por el Servicio de Daño Cerebral, es decir, especializados en el tema, apareciendo en sus valoraciones y tras las exploraciones realizadas al menor, una marcada apatía entre el antes y el después del accidente, con irritabilidad, aumento de horas de sueño y pérdida de control sobre la ingesta alimenticia, de manera que el cambio de personalidad ha modificado de forma sustancial su forma de vida, viéndose notablemente alterado su proyecto vital presente y futuro, resulta acertada la postura de la Juzgadora que en sentencia calificó la secuela no como alteración de la personalidad, como venía calificada por el forense, sino como un síndrome orgánico de la personalidad, contenida en el documento aportado en el acto del juicio; por lo que procede mantener tanto la secuela como su puntuación mínima de 30 puntos.**

TERCERO.- El segundo motivo de impugnación tampoco puede prosperar, pues si bien es cierto que el pasajero lesionado, de 15 años de edad, que iba sentado en el asiento posterior admitió en el acto del juicio no llevar puesto el cinturón de seguridad, sin embargo, para que pueda hablarse de «concurrencia de culpas» y, por tanto, de «culpa de la víctima», es necesario que ésta haya infringido alguna norma de cuidado, lo que no ha sucedido en este caso, así: no consta que el turismo en el que viajaba el menor dispusiese de cinturón de seguridad en los asientos traseros, y por otra parte, teniendo en cuenta que el coche se matriculó en abril del 88, según aparece en el atestado, la instalación de cinturones no era obligatorio, pues dicha obligación únicamente se da en los vehículos matriculados después de 1992 (Disposición Transitoria Primera del Reglamento General de Circulación, R. Decreto 13/1992) y en todo caso, siendo menor el ocupante, hubiera sido obligación del conductor velar porque lo llevara colocados, no sólo el menor, sino los demás ocupantes, dado el deber que tiene de velar en todo momento por la seguridad de todos ellos, como se desprende del contenido del artículo

18-I del Reglamento General de Circulación; finalmente, no se ha practicado prueba alguna sobre la incidencia, si es que la tuvo, de no llevar colocado el cinturón, por lo que no puede, en consecuencia, solicitarse, por dicha causa, aminoración en la indemnización.

CUARTO.- En cuanto al cómputo de intereses, sin perjuicio de que esta Sala mantiene que en cuanto a las secuelas el cómputo debe realizarse, no desde la fecha del siniestro, sino desde el informe de sanidad, como se contiene en la Sentencia, pues no es hasta el informe de sanidad cuando la aseguradora puede conocer con exactitud el alcance de las secuelas; ahora bien, en el presente caso, teniendo en cuenta que la secuela se ha apreciado en la sentencia, a la vista del documento aportado y que distaba de la apreciada por el forense, con la correspondiente incidencia en cuanto a su puntuación, y toda vez que la aseguradora consignó en su día una cantidad que se acerca a la puntuación que podría deducirse del informe del forense, se considera ajustada la petición efectuada en el recurso, de que los intereses corran, no desde la fecha de sanidad, sino desde la fecha de la sentencia, pues hasta ese momento la aseguradora no pudo conocer la calificación de la secuela.

QUINTO.- De conformidad con el art. 240 de la LECr. las costas se declaran de oficio. VISTOS los preceptos invocados y demás de general aplicación.

FALLO

Que procede ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACION interpuesto en nombre de la entidad B (ESPAÑA), SEGUROS Y REASEGUROS SA y revocar parcialmente la Sentencia dictada el 1 de diciembre de dos mil uno por el Juzgado de Instrucción N.º 2 de Zamora en el Juicio de Faltas 112/01, únicamente en el apartado de los intereses, los cuales empezarán a correr desde la fecha de la sentencia de primera instancia y no desde la sanidad, confirmándose el resto de pronunciamientos de la misma, declarándose de oficio las costas causadas.

Dedúzcase testimonio de esta resolución, y remítase en unión de los autos originales al Juzgado de procedencia.

SENTENCIA NÚM. 5.

AP - Barcelona . S. de 27 de Julio de 2001 . Sr. De Oro-Pulido y López (Nº 2002007408)

Resumen: @ RESPONSABILIDAD CIVIL - Extracontractual: negligencia médica: desestimación: entre la deficiente de información y resultado dañoso no hay ninguna relación de causalidad. @ Rollo de Apelación nº 603/1999

A Favor: Aseguradora, Medico, Sociedad

En Contra: Paciente

@2002-0074

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por la postulación procesal de D. EDUARDO C. F. y D.^a MARÍA SOLEDAD M. M. y debo de absolver de sus pretensiones a D. JAIME M. M., HOSPITAL CLINICO DE BARCELONA, COMPAÑÍA DE SEGUROS WINTERTHUR, sin especial mención a las costas de esta instancia».

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte ACTORA y admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas, se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la vista pública el día 27 de septiembre de 2.000, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

TERCERO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda rectora del procedimiento, de que deriva el presente recurso de apelación por los cónyuges D. Eduardo C. F. y D.^a M.^a Soledad M. M., se ejercita acción de resarcimiento de daños y perjuicios por las secuelas que le han quedado a su hijo Edgar, como consecuencia de una mala praxis por parte del Dr. D. Jaime M. M.,

que le operó el 26-10-94, con el fin de corregir una cardiopatía, en el Hospital Clínico de Barcelona, a los que reclama, junto a la aseguradora W, la suma que en ejecución de sentencia resultare de acuerdo a derecho por los perjuicios producidos. Demanda que es desestimada por la sentencia de primer grado, y frente a la que se alzan los actores, que siguen insistiendo en la negligencia profesional del médico, y en la falta de información a los actores de los graves defectos que podían resultar de la operación.

SEGUNDO.- Según reiterada jurisprudencia, la obligación contractual o extracontractual del médico y en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que se requieren según el estado de la ciencia médica, debiendo regirse la actuación del médico por la denominada «lex artis ad hoc», en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias irreparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia útil del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, (SS. de 12-7-88, 7-2-90, 28-2-95 y 25-4-94), además en la conducta de los profesionales médicos queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida en los daños de otro origen, estando por tanto a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche de culpabilístico (SS. 12-7-88, 7-2-90. 28-2-95, 10-11-97), señalándose en la de 9-6-97, que para que el principio de la responsabilidad por culpa se aplique al personal médico, es «necesidad ineludible» que quede probada la culpa del eventual responsable del resultado dañoso, y que si bien la línea jurisprudencial adoptada en los últimos años ha ido aceptando soluciones cuasi objetivas basándose en el principio del riesgo, no quiere decir esto que se prescinda totalmente de la culpa; por tanto la responsabilidad se establece

en base a la concurrencia de necesaria relación de causalidad culposa, que puede manifestarse a través de unas negligencias omisas (S. 7- 2-88), más generalmente de una acción culposa (S. 22-2-88 y 10-11-97), y así lo ha estimado en aquellos casos en que se logra establecer un nexo causal entre el acto tachado de culpable o negligente y el resultado dañoso previsible y evitable (S. 12-2-90), sin que la relación de causalidad pueda fundarse en meras conjeturas, deducciones o posibilidades (S. 20-2-0).

TERCERO.- Para la mejor resolución del presente recurso de apelación deben sentarse como premisas prácticas deducidas de la conjunta relación de la prueba las siguientes:

a) El 29-7-93, nace el hijo de los actores Edgar, mediante parto con cesárea, a los dos días presentó un cuadro de cianosis generalizada, que aumenta el llanto y soplo auscultatorio cardíaco, por lo que es trasladado al Hospital Clínico, servicio de Neonatología, donde se le diagnostica: 1) Tetralogía de Fallot o cardiopatía congénita severa, en la que se combina; obstrucción al flujo del ventrículo derecho; comunicación interventricular; dectroposición de la aorta e hipertrofia intraventricular derecha; 2) Pabellones auditivos dismórficos; 3) Anómala implantación de los dedos 1.^a, 2.^a, 3.^a de manos y pies; y 4) úvula bífida y fisura submucosa (insuficiencia velopalatina); b) El 30-8-93 se le realiza cirugía paliativa, consistente en fistulas subclavio-pulmonar izquierda que evoluciona a edema pulmonar por ligero reflujo; c) Al mes siguiente vuelve a ingresar en el Hospital Clínico, con un peso de 3.440 gramos (retraso ponderal), y cuadro de vómitos, diagnosticándose una estenosis hipertrófica de píloro, que se corrige mediante pilorotomía, siendo dado de alta en octubre del 93. Reingresado en el mes de diciembre por retraso ponderal y dificultad deglutoria permaneciendo ingresado del 27-12-93 al 21-2-94. En fecha 19-5-94, se realiza cateterismo cardíaco, con el diagnóstico de variedad de Tetralogía de Fallot, con agnesia pulmonar; arterias pulmonares no confluyentes; arteria pulmonar derecha aneurismática; estenosis infundibitis severa. Reingresa en 23-6-94 por presentar fiebre de tres días de evolución y rechazo de alimentos, siendo dado de alta el 28-6-94. Reingresa el 1-7-94 por fiebre y deposiciones disépticas, diagnosticándole gastroenteritis, siendo dado de alta el 8-7-94. Vuelve a ingresar el 7-8-94 por síndrome febril, acceso de tos y rechazo del alimento, diagnosticándole neumonía bacteriana y dado de alta el 17-8-94; d) El 26-10-94, el Dr. M. procede a realizar cirugía cardiaca correctora, mediante colocación de homaingerta de arteria pulmonar con válvula y

senos pulmonares, con cierre de la comunicación interventricular con parche de Decran y sección y ligadura de la fistula de Blelock-Transip, intervención que duró unas 10 horas, empleándose la técnica de circulación extracorpórea, con una aplicación de unas 4 horas y 20 minutos. Al realizar la maniobra de despertar, el 1-11-94, se producen en el niño una serie de leromanos, que obliga a la práctica inmediata de un tac manual que evidencia la existencia de un edema cerebral, edema que es contrastado mediante la realización de un PIC, intervención quirúrgica con objeto de instalar un catéter en el ventrículo cerebral al objeto de medir la presión craneal. Siendo su situación actual de daño cerebral reversible, con tetraparesia espástica, escasa respuesta a estímulos auditivos y táctiles y nula a los visuales, siendo su alimentación por boca, con buena tolerancia, aunque con vómitos ocasionales; e) Por estos hechos se siguieron diligencias penales ante el Juzgado de Instrucción n.º 26 de Barcelona, en el que por el médico Forense se emitió el correspondiente informe, que termina con las siguientes conclusiones: 1) que el menor Edgar C. M. fue intervenido en el Hospital Clínico por el equipo del Dr. M., por presentar un cuadro de Tetralogía de Fallot con agnesia de membrana pulmonar, cuando contaba quince meses de edad; 2) que para dicha intervención fue preciso someter al paciente a circulación extracorpórea durante cuatro horas y diez minutos, compleja de aorta dos horas y quince minutos e hipotermia de 22.º; 3) que al iniciar la «fase de despertar», tras un laborioso postoperatorio que requirió diálisis peritoneal, se apreció daño neurológico a nivel cerebral objetivado por TAC craneal como isquemia cerebral difusa; 4) que el daño neurológico posquirúrgico en intervenciones con circulación extracorpórea está descrito ampliamente en la literatura médica, cuando median intervenciones tan complejas como la practicada en este período, y con una duración tan prolongada de dicha circulación extracorpórea (250 minutos); y d) que las secuelas neurológicas que actualmente padece Edgar C. M., son atribuibles exclusivamente al riesgo inherente a la propia intervención, y en ningún caso a la prescripción asistencial prestada, que fue complejísima y de muy alto nivel. En este procedimiento y en primera instancia se practicó prueba pericial médica, por los doctores M. Y., C. C. y P., especialistas respectivamente en Neurología, Cirugía Cardíaca y Medicina Interna, que emitieron el correspondiente informe, que terminaron con las siguientes conclusiones «Observado el material iconográfico podemos decir que el niño presentaba asociado al síndrome malformativo un moderado retraso psicomotor como se demuestra en el vídeo de un año de vida aproximadamente. De todas

formas antes de la operación el niño mostraba un buen contacto social, una buena actividad receptiva e iniciaba una actividad expresiva retrasada para la edad del paciente. El paciente presentaba desde un punto de vista cardíaco lesiones muy severas y complejas que impedían un desarrollo normal. La práctica de fístula pulmonar que se le practicó era la indicada, presentando además buen resultado. La intervención de corrección completa estuvo bien indicada y el desarrollo de la misma fue satisfactorio como lo demuestra la situación cardiológica actual del paciente. Los protocolos analizados tanto quirúrgicos, de anestesia y de circulación extracorpórea fueron correctos. La complejidad de las lesiones obligó a una prolongación de la circulación extracorpórea lo que produjo con toda probabilidad hipoxia cerebral responsable de las lesiones neurológicas que presenta el paciente. Así mismo, el edema cerebral secundario agravado en postoperatorio por el Síndrome postperfusional pudo contribuir al agravamiento de dichas Lesiones como se confirma con la clínica de focalidad neurológica que presentaba el pequeño en la fase de despertar (anisocoria). Dicha situación provocó un círculo vicioso aumentado la hipoxia y el daño cerebral. Respecto: 1) a la naturaleza de las lesiones que presenta el niño exhibe una conducta reactiva secundaria a una encefalopatía multiquística por necrosis de zonas cerebrales secundaria a la hipoxia generalizada. 2) La causa que produjo la lesión neurológica se debe probablemente a múltiples factores asociados preparatorios como son la duración de la circulación extracorpórea, la inmadurez propia de su edad cronológica, síndrome postperfusional, edema cerebral, síndrome hemolítico. 3) La lesión neurológica se produjo probablemente entre 26.10.94 y el 1.11.94. 4) No es posible determinar el momento exacto de la aparición de lesiones. 5) En ningún momento detectamos indicio de mala praxis ni error otro alguno tras el examen de toda la documentación aportada». Informe que es ratificado en esta alzada, mediante diligencia para mejor proveer, por el Dr. M. Y., que concluye su informe de la siguiente manera: «El daño cerebral sufrido por Edgar probablemente se produjo en el primer período de la circulación extracorpórea y no en el segundo. En el primer período se produjo extracorpórea con hipotermia. El segundo período de circulación extracorpórea necesario para corregir una obstrucción en la arteria pulmonar producida por el tejido aneurismático, propio de la malformación cardíaca (Tetralogía de Fallot con ausencia de válvula pulmonar y arterias pulmonares independientes), no utilizaron la hipotermia por no ser necesaria ya que la circulación extracorpórea era parcial (es decir, mecánicamente se apartaba

una parte del gasto cardíaco y la otra parte de volumen circulatorio, la proporcionaba el propio corazón. El haber provocado nuevas hipotermias en el segundo período de la circulación extracorpórea hubiera prolongado más la intervención, y por lo tanto, la circulación extracorpórea hubiera sido total con todas sus consecuencias, de las cuales en primer lugar, el cerebro de Edgar ya sufrió complicaciones propias de un metabolismo bioquímico en estrés.

CUARTO.- De los hechos anteriormente expuestos no queda acreditada la existencia de negligencia médica en la intervención quirúrgica del Dr. M., y así parece entenderlo también la parte apelante, cuando en su escrito de alegaciones, al que se refiere el Art. 342 de la LEC, manifiesta «A juicio de esta parte, la causa más probable de la hipofasia o falta de oxigenación que causó el daño cerebral irreparable que padece Edgar, se produjo durante la operación quirúrgica, y reside en la falta de utilización de la técnica denominada de hipotermia durante la segunda fase de circulación extracorpórea», es decir, no fundamenta la culpabilidad en una causa probada, sino en una hipótesis o conjetura al hablar de «probabilidad», lo que nos lleva a la desestimación del primer motivo de impugnación de la sentencia, e igualmente debe decaer el segundo, el de falta de información, pues aunque como dice la sentencia de 25-4-94, el médico debe informar al paciente, o, en su caso a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado. En el presente caso no existe duda alguna que, el Hospital Clínico de Barcelona, es centro médico que reúne las condiciones necesarias para la realización de la operación, y aunque los actores han puesto en duda la capacidad del Dr. M. para realizar la misma, de la prueba obrante en autos queda acreditado que, el mismo es Jefe del Servicio de Cirugía Cardiovascular de dicho centro, e inició la cirugía cardíaca con circulación extracorpórea en el Hospital Clínico en el año 1981, habiendo realizado desde entonces más de 5.800 intervenciones de este tipo, con lo que su capacidad está

acreditada, pero es que además los actores tenían pleno conocimiento de la gravedad e importancia de la operación, e incluso de que su hijo podía morir en la operación, y si bien es cierto que no consta que a los padres del menor se les informase del estado en que podía quedar éste, entre esta deficiencia de información y el resultado dañoso no hay ninguna relación de causalidad, por lo que procede la confirmación de la sentencia apelada, sin que proceda la imposición de costas en esta alzada dadas las circunstancias excepcionales que concurren en el caso.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. EDUARDO C. F. y D.^a M.^a SOLEDAD M. M. en representación de su hijo menor Edgar C. M., contra la Sentencia dictada en fecha 7 de abril de 1999 por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Barcelona, en los autos de Juicio declarativo de Menor Cuantía n.º 465/1996, de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente la misma, sin declaración en costas en esta alzada.

SENTENCIA NÚM. 6.

AP - Vizcaya . S. de 5 de Mayo de 2003 . Sección 5ª Sra. Huerta Sánchez

(Nº 3000013605) Nº Recurso: 217/2003 Nº Rollo: 668/2001

Resumen: @ RESPONSABILIDAD CIVIL - Responsabilidad contractual, Imprudencia médica Deficiente atención en parto, con consecuencia de parálisis cerebral del recién nacido: estimación: informes periciales: existencia de sufrimiento fetal en el parto: negligencia: pruebas insuficientes: Indemnización: por daño moral a los padres: cuantificación acorde a las grandes secuelas padecidas: Intereses moratorios: desestimación: no se hicieron constar en el escrito de interposición.

A Favor: Parientes

En Contra: Medico

ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el juzgador de primera instancia se dictó con fecha 25 de mayo de 2.001 sentencia, cuya parte dispositiva dice literalmente: «FALLO:.-Que estimando la demanda interpuesta por representada por el Procurador de los Tribunales JESÚS GORROCHATAGUI ERAUZQUIN, en representación de Jose María, contra la CLÍNICA VICENTE SAN SEBASTIÁN, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales PAULA BASTERRECHE ARCOCHA, debo condenar como condeno a que la demandada indemnice al actor en la cantidad de doce millones pesetas (12.000.000 pta.-), amén de las costas del presente juicio.-».

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones de la Clínica Vicente San Sebastián S.A. y de Don Jose María y admitidos dichos recursos en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia y se turnaron a esta Sección Quinta, donde se formó el correspondiente rollo y se siguió el recurso por sus trámites.

TERCERO.- En el acto de la vista por la parte actora-apelante se solicitó la estimación del recurso y la revocación parcial de la sentencia en lo relativo a la cuantía de la indemnización, en el sentido de que se conceda la totalidad de lo reclamado en la

demanda, por importe de veinte millones de pesetas, e imposición de costas a la parte demandada, desestimando el recurso interpuesto de contrario.

La representación de la Clínica Vicente San Sebastian solicitó la desestimación del recurso articulado de contrario y la desestimación de todos los pedimentos de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

CUARTO.-En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, salvo el del plazo para dictar sentencia por la acumulación de asuntos de preferente resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación de la Clínica Vicente San Sebastián S.A. se alza contra la resolución recurrida y solicita su revocación en el sentido de que se desestimen todos los pedimentos de la demanda, desestimando el recurso articulado de contrario, argumentando en síntesis, que se ha producido una incorrecta valoración de la prueba por el juzgador a quo por cuanto que el perito judicial Dr. Miguel Ángel ni siquiera ha podido determinar que la niña Concepción tuviera sufrimiento fetal al momento de nacer, afirmando igualmente que se encontró monitorizada durante 30 ó 40 minutos, que el resultado del cardiotocografo evidenciaba absoluta normalidad, era imprevisible el sufrimiento fetal y a pesar de que en la hoja de traslado al Hospital de Basurto de la menor rezaba dicha cuestión, el hecho cierto es que ni el mismo era predecible, previsible y desde luego evitable, puesto que en modo alguno se puede determinar la existencia del sufrimiento con anterioridad al parto y en términos absolutos de normalidad, afirmando también dicho perito que la reanimación de los hipoxicos consiste en la administración de oxígeno, sin precisar dicha técnica de ninguna complejidad y además la practica del Ph sólo se realiza en las instituciones hospitalarias públicas o privadas ante la presumible existencia de un sufrimiento fetal que aquí no se produjo, incluso la monitorización continua en modo alguno es fiable a la hora de determinar el hipotético sufrimiento fetal, cabiendo afirmar categóricamente que la conducta desarrollada por el Dr. Alfonso y por la Clínica Vicente San Sebastián fue totalmente correcta, atendiendo en todo momento a las más elementales normas de la lex artis, resultando su actuación intachable por no poderse prever por el ginecólogo que el sufrimiento fetal se producía con anterioridad

al parto, es más, todas las condiciones y circunstancias que rodearon al mismo hacían presagiar lo contrario.

Y en cuanto al contenido de los documentos aportados y admitidos en periodo probatorio en esta segunda instancia, no se niega su contenido, pero los mismos varían el objeto de la litis, pues no se reclama por las lesiones que padece la menor sino por el daño moral de los padres, por lo que lo procedente sería promover una nueva litis derivada del cambio de situación.

La representación de Don Jose María , apela también la sentencia dictada el día 25 de mayo de 2.001 y solicita su revocación parcial, y la consiguiente desestimación del recurso de apelación articulado por la parte demandada, en el sentido de que le concede la cantidad de veinte millones de pesetas, alegando en apoyo de sus pretensiones que la sentencia recurrida ha establecido de manera equivocada el quantum de la indemnización, tanto en lo referente a la cuantía como a los criterios seguidos para su fijación, pues habiendo aplicado el baremo de la Ley 30/95 de 9 de noviembre, la valoración tendría que haberse efectuado con arreglo a la actualización vigente a la fecha de la sentencia, por tratarse de una deuda de valor, y lo correcto sería haber concedido 12.564.905 ptas. y no 12.000.000 de pesetas, pero es que además, no resulta equiparable el daño moral derivado de la muerte de un hijo soltero y sin descendientes con el derivado de las graves secuelas con las que ha quedado la hija del demandante, y más cuando actualmente la niña Concepción tiene reconocida por la diputación Foral de Bizkaia, después de la sentencia de primera instancia, una minusvalía del 90%, generadora de incapacidad permanente absoluta, presentando una afectación severa con minusvalía extrema, que determine la necesidad de asistencia permanente, y además, las lesiones permanentes que sufre la menor no son única y exclusivamente de índole psicológica, sino que como se refleja en los documentos acompañados al escrito de recurso, las lesiones son también físicas.

SEGUNDO.-La demanda interpuesta en su día por la fallecida madre de la menor Concepción y sostenida ahora por el padre de la pequeña Don Jose María solicitaba una indemnización de veinte millones de pesetas, como consecuencia de la parálisis cerebral que padece la niña, debido a la anoxia perinatal consecuente del sufrimiento fetoneonatal, sosteniendo que la parturienta no tuvo la asistencia adecuada y que el sufrimiento fetal podía haberse

evitado, no se detectó a tiempo y la conducta del equipo fue tardía e ineficaz, y la espera hasta la llegada del ginecólogo fue a costa de un sufrimiento fetal que en ningún momento se controló, ni monitorizando, ni auscultando excepto con el cono, ya después de llegar el ginecólogo y en su presencia, causándose severas lesiones neurológicas.

La representación de la Clínica Vicente San Sebastian centra su oposición a la resolución recurrida básicamente en la consideración de que no se ha podido determinar que la pequeña Concepción padeciera sufrimiento fetal al momento de nacer, pero lo cierto es que, a la luz del resultado de las pruebas practicadas, la Sala no puede compartir las apreciaciones al respecto de la parte demandada- apelante, estimando por el contrario que la valoración probatoria llevada a cabo por el juzgador a quo es correcta y ajustada a derecho, aceptándose a estos efectos los hechos declarados probados que en el fundamento jurídico primero, párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto se reflejan y que como tales no ha sido expresamente impugnados por la parte demandada apelante, cuyas discrepancias no se han referido propiamente al relato cronológico de lo sucedido desde el ingreso de la parturienta en la clínica, desarrollo del parto y traslado de la recién nacida el mismo día de su nacimiento al Hospital de Basurto, donde, por cierto, ingresó con un diagnóstico clínico de «recién nacido a término de peso adecuado, síndrome hipoxico isquémico cerebral, insuficiencia renal aguda, encefalopatía convulsiva y encefalopatía multiquistica», reflejándose como motivo del ingreso «recién nacido a término procedente de la Clínica San Sebastián, remitido por sufrimiento fetoneonatal»

TERCERO.-De interés fundamental para resolver las cuestiones planteadas por la representación de la Clínica demandada es el resultado de la prueba pericial practicada en periodo probatorio por el Dr. D. Romeo , catedrático de obstetricia y ginecología de la Facultad de Medicina de la Universidad del País Vasco.

De acuerdo con dicho informe y a preguntas de la parte actora manifestó que el único método fiable para detectar el mal denominado sufrimiento fetal es el equilibrio ácido-base, mientras que ni la presencia de meconio en el líquido amniótico ni las alteraciones cardiaca fetal tienen una sensibilidad y valor predictivo suficiente, siendo la relación entre la asfixia fetal y el daño central muy difícil de establecer y distintas estadísticas que pueden consultarse indican que la asociación entre ambos fenómenos sólo se demuestra entre un 3 y un 13%, y a la vista de la documentación obrante en autos, no

ha podido constatar que la niña Concepción tuviera sufrimiento fetal agudo en el momento de nacer ya que la puntuación del Apgar de 4 y 6 al minuto y a los cinco minutos no es sinónimo de acidosis fetal pero también ha constatado, a la vista de la historia clínica de la madre Doña Mónica , relativa a la gestación de la menor Concepción , que no se evidenciaba patología alguna que pudiese explicar las lesiones que la niña padece en la actualidad, añadiendo al contestar a la pregunta g que durante el parto hay tres misiones fundamentales que cumplir, a saber, verificar la normalidad materna, evaluar la marcha del parto y comprobar el bienestar fetal y si se detectan signos de hipoxia el obstetra debe determinar cual es la actuación más correcta para solucionar el problema; si la causa de la hipoxia es una actividad uterina excesiva, detener las contracciones puede resolver el problema y si la causa fuera otra, debería determinar por que vía es más segura la extracción fetal y obrar en consecuencia.

A preguntas de la parte demandada el Dr. D. Miguel Ángel reiteró que el embarazo de la madre transcurrió de manera normal, sin ninguna complicación o anomalía en el curso de su gestación, por lo que no habiendo evidencia de alteraciones de la gravidez, era imposible prever el resultado perinatal habido en el parto de Doña Mónica , pero en la documentación aportada, en especial la hoja de transporte neonatal se especifica que el problema fundamental- causa de traslado es por sufrimiento fetoneonatal, figurando en la documentación aportada una copia de 30-40 minutos de registro cardiotocográfico en el que se observa un trazado de frecuencia fetal que muestra buena variabilidad; en ausencia de un estudio de equilibrio ácido-base, este trazado descarta la existencia de sufrimiento fetal, comprobándose en el documento número dos que se efectuó una monitorización durante 30-40 minutos.

Y en cuanto a la reanimación de un recién nacido hipoxico, este consiste en administrar oxígeno previa aspiración de secreciones y a esta maniobra básica se puede añadir, de ser necesario, la administración de sustancias que corrijan la acidosis neonatal, desprendiéndose de la documentación aportada que Don. Alfonso hizo una ventosa antes de decidir extraer el feto mediante cesárea, haciendo dos tracciones coincidentes con la contracción uterina antes de cambiar la vía del parto por la cesárea, al comprobar que la ventosa no modificaba la actitud de la cabeza fetal, reiterando que cuando el obstetra sospecha una alteración del bienestar fetal, sea por la auscultación o por cualquier otro medio, debe extraer el feto de la forma menos traumática y más rápida

posible, aconsejándose la práctica de la cesárea de urgencia ante la existencia de sufrimiento fetal para evitar en la medida de lo posible la exposición del feto al mismo y aunque en términos generales sea cierto que detectado el sufrimiento fetal no ordenar la práctica inmediata de la cesárea, supone alterar las más elementales normas de la lex artis, si el sufrimiento fetal permite un parto vaginal más rápido y atraumático se debe elegir esta vía, añadiendo finalmente que la práctica del PH fetal es la única manera de diagnosticar la acidosis fetal (que es lo que se denomina sufrimiento fetal) pero en el medio hospitalario sólo se determina cuando se sospecha que el bienestar fetal está comprometido.

CUARTO.-En fase de aclaraciones, manifestó el perito judicial médico, a preguntas de la parte actora, pues la parte demandada no formuló ninguna, que el equilibrio base fetal únicamente puede averiguarse, antes del nacimiento, con el análisis de micromuestras de sangre del feto, y tras el nacimiento, mediante el análisis de una muestra de sangre del cordón umbilical, y la única prueba de esa naturaleza que se le realizó a la recién nacida Concepción tuvo lugar cuando ingresó en el Hospital, por lo que ante la inexistencia de dichas pruebas no puede afirmar o refutar que hubiera sufrimiento fetal desde que ingresó en la clínica hasta el periodo expulsivo o fase de dilatación, señalando al contestar a las aclaraciones cuarta, quinta y sexta que las alteraciones de la frecuencia cardiaca fetal pueden indicar un sufrimiento fetal, siendo estas alteraciones una guía que haga pasar a la siguiente prueba, cual es el análisis del PH del cordón umbilical del feto, siendo más difícil con el estetoscopio advertir alteraciones de la frecuencia cardiaca fetal que con la cardiotocografía (monitorización), desprendiéndose de la documentación obrante en autos que desde que entró la parturienta al centro Hospitalario hubo un sólo registro de monitorización y cree que su duración fue de 20 ó 25 minutos, pero el registro practicado no señalaba ningún dato de sufrimiento fetal, utilizándose en la actualidad dentro del ámbito hospitalario tanto el estetoscopio de pinard como la cardiotocografía continua, pero mucho más esta segunda técnica y en particular en los partos de alto riesgo, pero si no hay riesgo, se hace un registro de entrada que viene a durar unos treinta minutos.

A nuevas preguntas indicó que no podía descartar que el problema de Concepción pudiera encontrarse entre ese 3 y 13 % a que se refirió al contestar a la pregunta d de la parte actora, cuando señaló que la relación entre la asfixia fetal y el daño central es

muy difícil de establecer, demostrándose la asociación entre ambos fenómenos, según las estadísticas, entre un 3 y 13%, y en cuanto a la puntuación del Apgar de 4 y 6 al minuto y a los cinco minutos es de una asfixia moderada y efectivamente el Apgar del primer minuto se relaciona, en mayor medida, con la supervivencia, indicando que tal lo ha pasado antes de nacer y el de los cinco minutos tiene valor para determinar como va a ser el curso posterior, pero para comprobar si existía acidosis fetal debía haberse realizado una prueba bioquímica, consistente en medir el PH de la sangre fetal del cordón umbilical, pues hubiere sido el único método para saber si el feto había tenido déficit de oxigenación, pero la obligatoriedad del cumplimiento está en función de los recursos y no cree que fuere del ámbito hospitalario sea factible realizar un equilibrio ácido-base en cualquier momento del día.

A nuevas aclaraciones señaló que la evolución del parto lo controla la matrona hasta que llega el responsable médico, habiendo encontrado una anotación del médico responsable cuando llega y toma la decisión, pero ninguna otra acerca de la marcha del parto, debiendo comprobarse el bienestar fetal normalmente mediante auscultación y si se sospecha que puede haber déficit en la oxigenación con microanálisis de la sangre fetal, no habiendo en el parto de Concepción ningún dato fehaciente respecto al bienestar.

Preguntado si un sólo registro cardiotocográfico en una parturienta que ingresa a las 7 horas y a la que se hace una cesárea a las 13 horas es insuficiente para dictaminar si durante esas seis horas hubo o no sufrimiento del feto manifestó que un sólo registro es insuficiente, afirmando el registro cardiotocográfico existente de 30 ó 40 minutos solamente la situación del feto durante el tiempo que dura y si no hubiera ocurrido lo que sucedió, hubiera dicho que no era imprescindible haber mantenido monitorizada a la parturienta de manera contraria, pero dado el resultado hubiera sido lo mejor.

Y en cuanto a la reanimación de un recién nacido hipoxico, cuando además de administrar oxígeno previa aspiración de secreciones, pueda ser necesaria la administración de sustancias que corrijan la acidosis neonatal, ésta administración se puede hacer empíricamente o basada en el análisis del equilibrio ácido-base, pero en el presente caso no se corrigió la acidosis.

Por último, preguntado el perito si la sospecha de acidosis fetal debió existir en un parto de estas características, es decir, con intento de parto por vía vaginal con utilización de ventosa y maniobra de kristeller mantenida por dos personas (que consiste en ejercer una presión sobre el abdomen materno durante la contracción uterina para propulsar el feto por el canal del parto), teniendo que acabar el parto en cesárea, existiendo un sólo registro cardiotocográfico en seis horas, contestó que tal como está formulada la pregunta la respuesta es negativa porque el tiempo transcurrido entre la aplicación de la ventosa y la cesárea es muy corto, pero las circunstancias enumeradas anteriormente eran indicios suficientes de la existencia de un posible sufrimiento fetal, por lo que lo adecuado hubiera sido realizar el análisis del PH fetal.

QUINTO.-A la vista del resultado de la prueba pericial practicada en primera instancia deben rechazarse, como ya se anticipó en el fundamento jurídico segundo, las pretensiones de la representación de la Clínica Vicente San Sebastián porque tal y como se ha puesto de manifiesto a través del dictamen pericial, efectivamente hubo sufrimiento fetal en el parto de la pequeña Concepción, habiendo sido muy claro el perito judicial al respecto al contestar a las preguntas que le fueron formuladas en fase de aclaraciones, siendo muy contundente en particular cuando señaló que a la vista de todas las circunstancias concurrentes, tales como ingreso en la clínica a las 7,20 horas, con intento primero de parto por vía vaginal, con utilización de ventosa y maniobra de kristeller mantenida por dos personas, sin resultado positivo, para producirse finalmente el parto con cesárea, cuando tan sólo se había realizado un sólo registro cardiotocográfico en seis horas, de unos veinte o veinticinco minutos de duración hacia las 10 de la mañana, sin habersele practicado microanálisis de sangre fetal, todas las anteriores circunstancias constituían indicios suficientes de la existencia de un posible sufrimiento fetal, sufrimiento fetal que posteriormente ha quedado constatado que se produjo por los resultados lesivos origen de la presente reclamación, y por el resultado del Apgar de 4 y 6 al minuto y a los cinco minutos, que según el perito es sintomático de una asfixia moderada sin que existieran en la madre antecedentes de gestación patológica, estando muy claro por lo demás, que el único registro cardiotocográfico entre las 7,20 horas de la mañana en que se produjo el ingreso y la práctica de la

cesárea fue una medida absolutamente insuficiente para descartar el posible sufrimiento fetal, pues el mismo se realizó hacia las 10 de la mañana, con una duración de unos veinte o veinticinco minutos y la cesárea no se produjo hasta las 13 horas, previo intento de parto por vía vaginal y con utilización de ventosa, y finalmente, cuando la niña nace, si bien se le administró oxígeno y se le aspiraron las secreciones, tampoco se practicó la prueba del PH en cordón umbilical, único método para constatar si el feto había tenido déficit de oxigenación, y que hubiera sido lo adecuado que se hiciera según manifestó el perito a la aclaración 2ª del extremo 18 de la parte demandada, dadas las circunstancias concurrentes, por lo que tampoco se le administraron sustancias que hubiera podido corregir la acidosis neonatal de haber sido necesario, siendo poco después trasladada al Hospital de Basurto, donde ingresó con un diagnóstico clínico de «recién nacido a término de peso adecuado, síndrome hipóxico isquémico cerebral, insuficiencia renal aguda, encefalopatía convulsiva y encefalopatía multiquística», siendo el motivo del ingreso «sufrimiento fetoneonatal».

En este sentido la Sala comparte plenamente las apreciaciones del juzgador a quo en orden a que nos encontramos ante un supuesto de desatención de la clínica demandada respecto de la paciente en su seno ingresada con la finalidad de dar a luz, siendo así que, según indicó el perito judicial durante el parto, hay tres tareas básicas que cumplir, que son «verificar la normalidad materna, evaluar la marcha del parto y comprobar el bienestar fetal», actuando la clínica demandada sin adoptar las medidas necesarias cuando el parto presentaba dificultades, que no se detectaron pues no se utilizan los medios que en el estado actual de la evolución médica se utilizan en casos semejantes, derivando su responsabilidad no de la aparición de la falta de oxigenación suficiente, sino del hecho de no haber advertido a tiempo su existencia, y por ello debe mantenerse el pronunciamiento condenatorio de la resolución recurrida, cuya fundamentación en lo relativo a este extremo, se acepta totalmente por la Sala, remitiéndonos expresamente a su contenido, lo cual conlleva la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

SEXTO.- Procede examinar a continuación el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jose María , cuya finalidad no es otra que conseguir la modificación

de la sentencia recurrida en el aspecto indemnizatorio, solicitando a estos efectos la íntegra estimación de los pedimentos de la demanda en el sentido de que se condene a la entidad sanitaria al abono de veinte millones de pesetas.

La sentencia recurrida concedió la suma de doce millones de pesetas, por equiparación analógica con la cuantificación que el baremo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre establece para las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación en el supuesto de fallecimiento de hijo soltero sin descendientes, por entender el juzgador a quo que el dolor de un padre como consecuencia de dicho fallecimiento no debe concebirse distinto al derivado del que aquí se está examinando, considerando por ello muy exagerado reparar con veinte millones de pesetas un daño cerebral con calificación provisional de minusvalía en un porcentaje del 50%, fijando finalmente la suma de doce millones de pesetas, superior al factor de corrección por incapacidad permanente total para los quehaceres habituales de una profesión u oficio, que sería la que indiciariamente aqueja a la niña, o a los 45 puntos de indemnización básica por lesiones permanentes de índole psicológica en el baremo, para personas de menos de 20 años de edad.

Pues bien, a la vista de la alegaciones al respecto de ambas partes recurrentes, ya reflejadas en el fundamento jurídico primero de esta resolución, debe señalarse, en primer lugar, que, tal y como señala la representación de la clínica demandada, aquí no se está reclamando una indemnización por razón de las lesiones y secuelas padecidas por la hija del demandante sino por razón del daño moral sufrido por los progenitores de aquélla, lo cual por otra parte no impide que pueden considerarse las nuevas circunstancias que se han puesto de manifiesto en esta segunda instancia.

En segundo lugar, la Sala discrepa de la aplicación del baremo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre que el juzgador a quo ha efectuado para la cuantificación de la indemnización, pues aunque las valoraciones contenidas en el mismo puedan servir a título orientativo para establecer que cantidad habría de satisfacerse de haberse producido el resultado lesivo como consecuencia de un accidente de circulación, la realidad es que la utilización de los criterios establecidos en dicho baremo no es de aplicación obligatoria para supuestos como el que se está analizando y por lo tanto, carecen de vinculación para el Tribunal, debiendo señalarse a estos efectos que ni siquiera la demanda se fundamentó

en dicho baremo para establecer la reclamación, si bien es cierto también, que la referida demanda adolecía también de una extraordinaria parquedad en la justificación de tal solicitud, al igual que en el resto de su fundamentación, razones todas éstas que exoneran a la Sala de analizar algunas de las cuestiones planteadas por la parte actora apelante en orden a que baremo sería de aplicación, si el baremo vigente al tiempo de la sentencia de primera instancia, el de la fecha del siniestro o el establecido en la Ley 30/95 de 8 de noviembre sin actualizar, como según la parte actora-apelante aplicó el juzgador a quo, aunque por otra parte, es de sobra conocida la postura reiteradamente sostenida por esta Sala al respecto en orden a que, de ser aplicable el baremo, sería aplicable el baremo actualizado correspondiente a la fecha del siniestro, pero en cualquier caso, la cuestión carece de trascendencia relevante, toda vez que la aplicación del baremo no resulta vinculante para el Tribunal.

SÉPTIMO.-Desde esta perspectiva debe analizarse, a fin de resolver las cuestiones planteadas por la parte actora-apelante, la trascendencia de los documentos aportados en periodo probatorio en esta segunda instancia y cuyos contenidos, como tales, no han sido cuestionados por la parte demandada.

Así, resulta que con fecha 25 de junio de 2.001, el Departamento de Acción Social de la Diputación Foral de Bizkaia le reconoció a la niña Concepción una minusvalía del 90% como consecuencia del diagnóstico de retraso mental profundo derivado de encefalopatía y tetraparesia severa, y de acuerdo con el informe del Dr. Ángel Daniel perteneciente a ASPACE (Asociación para parálíticos cerebrales), la menor presenta un cuadro de P.C.I. tipo tetraplegia espástica severa de etiología perinatal con sufrimiento fetal intenso, el cuadro motor determina una afectación global sin posibilidad motriz funcional y no puede llegar a alcanzar la sedestación libre y asociado existe: 1) ceguera funcional sin fijación ni persecución ocular, con respuesta de apertura-cierre a los estímulos visuales intensos; 2) epilepsia generalizada, con crisis de componente tónico, en tratamiento farmacológico; 3) retraso mental profundo y 4) dificultades de alimentación y estreñimiento pertinaz, concluyendo que Concepción presenta una afectación severa con minusvalía extrema que determina la necesidad de asistencia permanente.

Constatadas estas circunstancias, resulta evidente que la cantidad concedida en la sentencia como indemnización por los daños y perjuicios resulta absolutamente insuficiente, no ya sólo desde la perspectiva contemplada tras la práctica de la prueba documental en esta alzada, sino también desde la que se contemplaba en la sentencia recurrida, que en realidad es coincidente con la actual, con la única diferencia de que al dictarse la sentencia recurrida la minusvalía que afecta a la niña se había valorado provisionalmente en un 50% y ahora en un 90% pero el sustrato fáctico subyacente era el mismo.

Y decimos que la suma de doce millones de pesetas es absolutamente insuficiente, porque la situación en que se encuentra la niña, por las gravísimas y trascendentales limitaciones que sufre podía asimilarse perfectamente a una situación de incapacidad permanente absoluta, es más, la existencia de tan gravísimas secuelas, antes descritas, superaría con creces los parámetros mínimos para la obtención de tal declaración, y sin que pueda aceptarse por la Sala la equiparación que la sentencia recurrida hace entre la situación que padece la hija del recurrente y la derivada del fallecimiento de un hijo menor de veinte años, soltero sin descendientes, porque la dramática situación de minusvalía en que se encuentra la muchacha, en términos razonables y ajustados a la realidad de las cosas y de la vida cotidiana, es susceptible de generar y genera un mayor dolor para el padre que la tomada en consideración por el juzgador a quo, habida cuenta de que nos encontramos ante una situación irreversible y no susceptible de mejora alguna, con lo que el daño moral derivado del hecho generador de las lesiones y secuelas, va a seguir estando presente, permanentemente prolongándose a lo largo de la vida de la muchacha, según vaya creciendo y desarrollándose, con el consiguiente probable aumento de las dificultades para desenvolverse en la vida cotidiana, acentuándose con todo ello las limitaciones de todo tipo.

En definitiva, estima la Sala que debe concederse la totalidad de lo reclamado en la demanda, pues dicha cantidad, no puede reputarse desproporcionada, a la vista de las circunstancias concurrentes antes descritas, sin que por razones de congruencia puede entrar la Sala a valorar si estos veinte millones de pesetas son realmente suficientes para paliar el daño moral sufrido, siendo así que en otros supuestos, en los que el alcance de las lesiones y secuelas residuales han sido notoriamente inferiores, el Tribunal

Supremo en sentencias recientes, así las sentencias de 27 de mayo de 2.002 y de 14 de mayo de 2.001 de la Sala Primera, en supuestos de parálisis braquial de dos recién nacidos, causadas en el momento del parto, concedió indemnizaciones de doce y de treinta millones de pesetas, respectivamente.

Procede por todo lo expuesto estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Jose María y revocar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de elevar la indemnización a satisfacer por la parte demandada Clínica Vicente San Sebastián a la suma de veinte millones de pesetas, equivalente a 120.202,42 euros, sin que proceda modificar el pronunciamiento relativo a los intereses moratorios que la sentencia recurrida no concedió por entender que «como deuda de valor que se liquidaba en la sentencia por medio del proceso, no devengaba intereses moratorios, superándose el nominalismo con la aplicación de criterios de indemnidad vigentes en el momento», no procediendo su concesión por razones distintas, pues aunque los mismos se solicitaban en la demanda y no se concedieron en la resolución recurrida, aunque en el escrito de interposición del recurso se solicitaba la estimación del recurso y la modificación de la sentencia en lo que a la cuantía de la indemnización se refiere, estimando totalmente la demanda, lo cierto es que en el escrito de preparación del recurso el pronunciamiento contra el que se anunciaba la interposición del recurso de apelación era el relativo a la concesión a la parte actora de una indemnización de doce millones de pesetas, sin referencia alguna a los intereses moratorios, lo que explica que tampoco se hiciera referencia alguna a dicho extremo en el escrito de interposición.

OCTAVO.-En cuanto a las costas de la primera instancia, se imponen a la parte demandada las costas de la primera instancia, en aplicación de lo establecido en el artículo 710.1º de la L.E.C., al igual que hizo la sentencia recurrida y en cuanto a las de esta alzada, en aplicación de lo establecido en el artículo 498, 1º y 2º, no se hace especial pronunciamiento respecto de las costas derivadas del recurso interpuesto por la parte actora y se imponen a la parte demandada apelante las costas derivadas de su recurso desestimado.

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jose María y desestimando el recurso de apelación formulado por la representación de la Clínica Vicente San Sebastián, S.A. contra la sentencia dictada el día 25 de mayo de 2.001, por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Bilbao, en el Juicio Declarativo de menor cuantía nº 180 de 1.999, del que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de elevar a la suma de veinte millones de pesetas, equivalente a ciento veinte mil doscientos dos euros con cuarenta y dos céntimos (120.202,42 euros) la cantidad que Clínica Vicente San Sebastián S.A. habrá de satisfacer el actor D. Jose María, todo ello con imposición a la parte demandada de las costas de la primera instancia, así como de las de esta alzada derivadas de su recurso y sin hacerse especial imposición respecto de las costas derivadas del recurso de la parte actora en esta alzada.

SENTENCIA NÚM. 7.

AP - Madrid . S. de 10 de Enero de 2003 . Sr. Hijas Fernández (Nº 2003085108)

Resumen: @ MATRIMONIO - Nulidad del matrimonio contraído in artículo mortis: desestimación: esposo con estado físico muy deteriorado pero sin alteración de la conciencia, a pesar de haber sufrido la hemorragia cerebral: constancia de su voluntad antecedente de asumir el compromiso y acreditación de la capacidad de discernimiento suficiente a través de los testigos intervinientes en el acto del matrimonio, que no eran otros que los doctores en medicina que le venían atendiendo durante su enfermedad. @ Rollo de Apelación nº 612/2002

A Favor: Esposo/a

En Contra: Esposo/a

@2003-0851

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de febrero de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de los de Madrid se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Don Carlos de Zulueta Cebrián en nombre y representación de Doña María Esther frente a Doña Andrea, debo declarar no haber lugar a decretar la nulidad del matrimonio celebrado el día 12 de julio de dos mil entre Doña Andrea y Don Bruno, absolviendo a la demandada de los pedimentos formulados de adverso, sin realizar especial declaración sobre las costas causadas en este procedimiento. Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación ante este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes a su notificación conforme a los arts. 455 y 457 de la LEC. Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo».

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Doña María Esther, exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las

que basaba su impugnación. De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la representación de Doña Andrea escrito de oposición. Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 9 de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del escrito rector del procedimiento que hoy se somete a la consideración de la Sala, la parte actora interesaba, sobre la base de lo prevenido en el art. 73.1.º del Código Civil, la declaración judicial de nulidad del matrimonio contraído, in artículo mortis, entre Don Bruno, hermano de dicha litigante, y Doña Andrea; se aducía, en apoyo de dicho petitum, que en el momento de la celebración de la referida unión nupcial Don Bruno, habiendo sufrido un derrame cerebral, se encontraba en estado comatoso, inconsciente, sin habla y con parálisis de la parte derecha de su cuerpo, por lo que no pudo prestar «consentimiento matrimonial bastante y suficiente para dar virtualidad mismo matrimonio» (sic).

Tras el rechazo de su petición en la instancia, se alza la citada litigante contra tal criterio decisorio, sin que, ni en el escrito de preparación del recurso ni en el formulado al amparo del art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concrete el alcance de su petitum revocatorio, limitándose, en este último, y tras una extensa exposición, a suplicar que se tenga «por interpuesto recurso de apelación dentro del plazo conferido y proceda a su tramitación conforme a derecho», sin añadir ninguna otra petición de orden sustantivo.

No obstante dicha deficiencia formal, que pugna en principio con las exigencias de claridad y precisión recogidas por los arts. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y 399 y 437 de la Ley 1/2000, este Tribunal, en cumplimiento de lo ordenado por el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de entrar en el análisis y la resolución de la cuestión de fondo suscitada en la litis, partiendo del planteamiento establecido en

el escrito rector del procedimiento y los alegatos vertidos en el de interposición del recurso, en su necesaria conexión con el contexto probatorio incorporado a las actuaciones.

SEGUNDO.- Sobre la base de la consideración de la unión nupcial como un negocio jurídico en el que, como tal, desempeñan un papel esencial las manifestaciones de voluntad de los contrayentes, previene el art. 45 del Código Civil que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial; y en lógica derivación, el art. 73 recoge, como primera causa de nulidad de tal negocio, el celebrado sin consentimiento matrimonial.

A falta de una específica regulación de dicho consentimiento, ha de acudir a las normas generales que regulan el mismo, respecto de los contratos, en la Sección Primera del Capítulo II, Título II del Libro IV del citado texto legal; ello nos lleva, en lo que al caso concierne, al art. 1263, en cuanto, según aduce la recurrente, al momento de celebrarse la unión nupcial cuya nulidad se propugna, el señor Bruno no se encontraba en condiciones de emitir una declaración de voluntad válida al fin perseguido.

Ante el planteamiento que efectúa la parte apelante debe tenerse en cuenta, en orden a la prosperabilidad procedimental de la pretensión articulada, lo establecido en el art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual corresponde al actor «la carga de probar la certeza» de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda; añade el apartado n.º I del mismo precepto que, cuando al tiempo de dictar sentencia, el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

TERCERO.- Recogidas dichas bases legales sobre las que, de modo ineludible, ha de asentarse la decisión de la Sala, los alegatos de la actora tratan de encontrar un primer refrendo en el documento que, bajo el n.º I I de orden, se acompañó a la demanda; consiste el mismo en el informe emitido por diversos doctores que prestaban sus servicios en el Hospital de Madrid al momento de ingresar Don Bruno, en fecha 25 de julio de 2000, en dicha entidad.

Pero es lo cierto que en dicho informe no se refiere el estado de consciencia que pudiera tener aquél cuando, en fecha 12 del mismo mes, contrajo matrimonio, relatándose únicamente que dicho paciente ingresó despierto, aun con un bajo nivel de conciencia, la que recuperó, respondiendo a órdenes sencillas, en los primeros días de tal estancia hospitalaria. Uno de los doctores que elabora dicho informe (don Ernesto) afirma, al deponer como testigo, que, con anterioridad, ni él ni sus compañeros llevaron el seguimiento ni el tratamiento del enfermo, no habiendo tenido oportunidad de reconocer al mismo al tiempo de producirse el derrame cerebral (hecho este acaecido el 11 de julio, que no el día 9 como erróneamente se le pregunta), añadiendo que el deterioro cognoscitivo, a consecuencia del derrame, puede existir o no, dependiendo de los pacientes, por lo que ignora si aquél había perdido «la conciencia y la consciencia», no pudiendo hablar de su estado sino desde el 23 de julio, esto es un día antes, según expone, de su ingreso en el Hospital de Madrid.

Incorporado al procedimiento, una vez abierta la fase probatoria, copia del historial médico del señor Bruno obrante en el Hospital del Aire de Madrid, en el que el mismo permanecía ingresado al tiempo de contraer matrimonio, se expresa en el mismo que el día 11 de julio de 2000, esto es la fecha inmediatamente anterior a la de celebración de tales nupcias, presentaba, a las 13,09 horas, un estado de desorientación en el tiempo y espacio, si bien permanecía consciente. A las 18 horas se afirma que «está obnubilado», presentando, a las 21 horas, descenso del nivel de conciencia, y a la exploración «está estuporoso, responde a órdenes y al dolor, puede hablar entendiéndose lo que dice». Se le efectúa en dicha fecha un TAC cerebral, que es interpretado como «hemorragia cerebral-parietal izquierda que desplaza línea media con edema alrededor». En el siguiente día se refleja que «clínicamente parece estabilizado. Está consciente», pasando la mañana (período en el que se celebra el matrimonio) «consciente, aunque dormido a ratos».

Partiendo de tales historiales médicos, y conforme así interesaba la parte actora, se practican sendos informes periciales por un doctor especialista en hematología y otra en neurología. En el primero de ellos se afirma que el tratamiento quimioterápico seguido en días anteriores no afecta directamente sobre la capacidad de discernimiento y conocimiento, y concluye el Perito exponiendo que «únicamente con los datos recogidos en la historia clínica, no se puede determinar la capacidad-incapacidad para

consentir matrimonialmente de D. Bruno», a lo que añade que «es muy importante la idoneidad del juicio de capacidad que se formaron, a la hora de autorizar el matrimonio, los médicos hematólogos que trataron al paciente». En el acto de la ratificación de dicho informe, expresa dicho doctor que «según la historia clínica parece que mejoró su nivel de consciencia el día 12 de julio, con respecto al día anterior, manteniéndose en los días posteriores».

La segunda Perito coincide con el anterior en que los medicamentos que le fueron suministrados a Don Bruno no tienen repercusión sobre la capacidad de discernimiento y conocimiento de la persona a la que se aplican. Tras analizar y reflejar en dicho dictamen el proceso evolutivo del paciente, desde el día 14 de junio hasta el 28 de julio de 2000, según los datos contenidos en los evolutivos médicos y de enfermería incorporados a las actuaciones, y aclarar el alcance de diversos conceptos relacionados con el nivel de consciencia que aparecen reflejados en dichos historiales médicos, se expone que el día 12 de julio, a escasas horas de haberse producido el daño cerebral del sujeto, ha mejorado su situación, saliendo del grado de estupor, y estando clínicamente estabilizado. Se añade que el sujeto «en el mejor de los casos estaba obnubilado, es decir mucho mejor que en las horas previas cuando estaba estuporoso, pero desde luego no con una conciencia plena ni en el mejor momento de rendir al 100% de sus capacidades mentales, siendo imposible de precisar más sobre su situación de nivel de conciencia en ese día ante la escasez de datos del evolutivo tanto facultativo como de enfermería». Se añade que «es imposible saber, por las anotaciones de los evolutivos, tanto los facultativos como de enfermería, si en el momento de llevar a cabo el acto matrimonial D. Bruno estaba en una situación de nivel de conciencia normal, o estaba obnubilado, o confuso o estuporoso»; se termina exponiendo que «desde el punto de vista general, es fácilmente deducible que los Médicos hematólogos, como médicos que son, sí están capacitados para saber el nivel de conciencia de una persona, la cual además ha sido paciente suya en los días previos, y son además conocedores de su situación clínica real. Y por ende el Capellán, también con años de ejercicio en su sacerdocio, está inicialmente capacitado para saber si D. Bruno reunía las condiciones máximas o en su defecto mínimas para llevar a cabo el acto matrimonial en artículo mortis».

Y en cuanto dichos dictámenes, a tenor de lo expuesto, no arrojan luz definitiva sobre la problemática suscitada, acabando por remitir a la opinión de los doctores que venían

atendiendo al enfermo durante su estancia en el Hospital del Aire, y que asistieron como testigos al matrimonio celebrado por aquél, la declaración de los mismos en el presente litigio acabó por cobrar una sustancial relevancia en orden al esclarecimiento de la capacidad de dicho contrayente para asumir los vínculos obligacionales dimanantes de toda unión nupcial.

Así el doctor Jaime, que depone a instancias de la demandada, afirma que cuando Don Bruno tuvo conocimiento del peligro de muerte dimanante de su enfermedad manifestó su intención de casarse, siendo plenamente consciente de sus actos hasta el día 9 de julio, y cuando sufrió el accidente vascular sus funciones disminuyeron y la capacidad mental era variable. Añade que en el momento de la ceremonia la gravedad del paciente no le impidió prestar consentimiento, al ser plenamente consciente de lo que hacía, aclarando que cuando, como facultativo, se manifiesta que un paciente está consciente quiere decir que está despierto y se entera de lo que ocurre alrededor. Igualmente expone el testigo que, previamente a la ceremonia, se aseguró él y los demás intervinientes en el acto, de la capacidad del contrayente, siendo, en su opinión, suficiente el nivel de conciencia del mismo.

En términos parecidos se pronuncia el doctor Bernardo, al exponer que «al tiempo de intervenir como testigo en el matrimonio, el paciente estaba consciente y tenía conciencia de su situación», y cuando entró en la habitación para actuar como testigo de la boda, el paciente le reconoció y le saludó contestando de manera coherente a las preguntas que le hizo el Capellán, y aunque su estado físico estaba muy deteriorado no tenía alterada la conciencia, a pesar de haber sufrido la hemorragia cerebral.

Declara igualmente, en calidad de testigo, el sacerdote que autorizó el matrimonio, quien expresa que Don Bruno le había manifestado, en las conversaciones que mantenían, su voluntad de casarse, para legalizar una situación de relaciones ya prolongada durante cinco años. Se informó dicho testigo, según depone, del estado del paciente a través de los doctores que le atendían, quienes le comunicaron que en ese momento estaba consciente, insistiendo en que «cuando se celebró el matrimonio era plenamente consciente» firmando la correspondiente acta.

CUARTO.- Tal resultado probatorio ha sido correctamente analizado, en orden a la final decisión de la contienda litigiosa, por la Juzgadora a quo, cuyo objetivo e imparcial criterio decisorio no queda, en modo alguno, desvirtuado por los alegatos vertidos por la apelante en su escrito de interposición del recurso, en el que de modo absolutamente infundado, en cuanto quizás producto de la falta de lectura de la argumentación jurídica de la sentencia, se lanza la idea de que en la misma no se ha entrado en el fondo del asunto; y no pareciéndole bastante dicho aserto, en una ofuscación difícilmente comprensible en un profesional del Derecho, se desliza la acusación de falta de objetividad de la sentencia, cuando precisamente de la misma está sobrada la citada resolución, a la que no puede superponerse el criterio subjetivo, y absolutamente errado, de la recurrente.

En efecto, dicha litigante, a través de su dirección Letrada, intenta eludir el resultado de los diversos medios probatorios practicados en la instancia, para lanzarse a elucubrar sobre lo que pudo ser, pero que no viene refrendado por los diversos instrumentos acreditativos. En su ciego afán de defensa se entra en un terreno peligrosamente resbaladizo, no sólo por lo anteriormente expuesto, sino también mediante las veladas acusaciones que se vierten contra los testigos que deponen a instancia de la demandada, al afirmarse que «hay multitud de motivos, a veces inconfesables, que mueven a las personas a actuar en un sentido determinado», para seguidamente añadir que «es función del juzgador averiguarlo»; en tal modo parece igualmente olvidar la referida litigante el principio de aportación de parte que rige en el procedimiento civil, por virtud del cual corresponde a los contendientes la incorporación al proceso de cuantos elementos sean necesarios para una correcta valoración de la prueba por parte del Juzgador, y entre ellos, y en lo que al caso concierne, los que pudieran hacer dudar de la objetividad de las declaraciones testificales, respecto de cuyo extremo no consta en las actuaciones, como correctamente se afirma en la sentencia de instancia, dato alguno que permita poner en duda la imparcialidad y honradez de los deponentes, puestas en entredicho gratuitamente por la apelante, imputándoles incoherencia y falta a la verdad en sus manifestaciones sin base alguna para ello, a salvo de un desbocado afán de defensa que, al menos, se mueve en la frontera de lo éticamente permisible en el debate forense.

QUINTO.- De modo reiterado viene sosteniendo esta Sala que, frente a los remedios legales de la separación matrimonial (arts. 81 y 82 C.C.) y el divorcio (arts. 85 y 86), que habríamos de calificar de ordinarios ante la crisis surgida en la unión nupcial, y que arrancan en todo caso de la validez del vínculo en su momento contraído, respecto de los que es permitido, especialmente en la separación, una cierta flexibilidad de criterio en la proyección de sus previsiones legales reguladoras, la declaración de nulidad reviste, por el contrario, características de excepcionalidad, al suponer la exclusión de los condicionantes, ya de capacidad subjetiva, ya formales, o bien afectantes a la correcta formación y emisión del consentimiento matrimonial, que, en definitiva, pueden determinar, con uno u otro alcance, la negación ab initio del negocio jurídico matrimonial.

Por el carácter excepcional de tal institución jurídica, al negarse validez a posteriori a un contrato matrimonial aparente, los Tribunales han de actuar con especial prudencia respecto de los elementos fácticos y resultado probatorio ofrecido a su ponderación, de tal modo que sólo cuando conste de modo inequívoco la concurrencia de circunstancias susceptibles de ser encuadradas en alguna de las previsiones del art. 73, puede llegarse a proclamar la solución sanadora que se propugna, ya que la misma entra en colisión con el principio del favor matrimonii, que ha de ser proyectado con bastante más rigor, como se ha apuntado, que en las figuras de la separación y el divorcio, que no niegan la existencia del matrimonio, sino que parten necesariamente del mismo para sancionar, con uno u otro alcance, la crisis surgida en la relaciones posteriores de los esposos.

No puede olvidarse, de otro lado, que el Código Civil no exige, en orden a la validez del matrimonio, que los contrayentes se encuentren en un óptimo goce de sus facultades intelectuales o mentales, bastando, al efecto, que los mismos tengan la capacidad de discernimiento suficiente para conocer la trascendencia del compromiso que adquieren, y conste su libre decisión de asumirlo. Así lo evidencia, en primer término, el párrafo segundo del art. 56, que permite el matrimonio de quien estuviere afectado por

deficiencias o anomalías psíquicas, lo que no constituye impedimento para la validez del consentimiento conyugal, siempre que, previo dictamen médico, se determine su aptitud para prestarlo. De igual modo el art. 52 contempla la posibilidad de la válida celebración del matrimonio de quien se halle en peligro de muerte, previsión que, obviamente, abarca supuestos, cual el hoy examinado, de una enfermedad terminal, la que conlleva no sólo un progresivo deterioro y agotamiento de las facultades físicas de quien la sufre sino también, y en la mayor parte de los casos, una disminución de las de carácter mental o psicológico; pero ello no conlleva, de modo automático y fatal, la inexistencia, del consentimiento prestado bajo tales condiciones, habiendo de quedar limitada tal consecuencia jurídica al supuesto extremo en que el sujeto emisor de tal declaración de voluntad haya perdido la capacidad básica de entender el alcance del negocio jurídico matrimonial, y de asumir libre y conscientemente sus consecuencias legales y morales.

Como ya se ha apuntado, la prueba practicada en las actuaciones que hoy son objeto de análisis no permite, en modo alguno, sustentar, del modo concluyente e inequívoco exigido por la vigente legalidad, que, al momento de la celebración del matrimonio, el señor Bruno, a pesar de una no descartable atenuación de sus facultades mentales, no estuviera en condiciones, por su estado de salud, de entender la trascendencia del compromiso que adquirió, constando por lo demás, a tenor de dichas pruebas, su voluntad antecedente de asumir el mismo, lo que igualmente aseveran, respecto del momento de la celebración del matrimonio, los testigos intervinientes en tal acto, que no eran otros que los doctores en medicina que le venían atendiendo durante su enfermedad, y que por ello era los más adecuados para dictaminar acerca de su grado de aptitud para prestar el consentimiento.

Por lo cual no puede, en modo alguno, prevalecer la tesis sustentada por la recurrente, asentada tan sólo en meras elucubraciones, que ni siquiera alcanzan el rango suficiente para conducir a la convicción judicial de la realidad de sus alegatos fácticos, por la vía habilitada en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEXTO.- Habiendo de decaer, a tenor de todo lo antedicho, la inconsistente pretensión de la apelante, procede condenar a la misma al pago de las costas procesales devengadas en la alzada, por imperativos del art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los arts. citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por Doña María Esther contra la Sentencia dictada, en fecha 21 de febrero de 2002, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de los de Madrid, en autos de nulidad matrimonial seguidos, bajo el n.º 878/2000, entre dicha litigante y Doña Andrea, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

Se condena expresamente al apelante al pago de las costas procesales devengadas en la presente alzada.

SENTENCIA NÚM. 8.

TS - Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo . S. de 14 de Octubre de 2002.

Sr. Peces Morate (Nº 2003518609)

Resumen: @ ADMINISTRACIONES PUBLICAS - Responsabilidad patrimonial del Estado: por funcionamiento anormal de los servicios públicos: la antijuricidad de la lesión no concurrir cuando el daño no se hubiese podido evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existente en el momento: desestimación. @ Recurso nº 5294/1998

A Favor: Admón. Estatal

En Contra: Perjudicado

@2003-5186

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó, en el recurso contencioso-administrativo n.º 1237 de 1993-03, sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Que debemos estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado D. Mario C. L., en nombre y representación de D. Cipriano S. G., D.ª María Rosa S. L., D. Iván y D.ª Sheila S. S., contra la resolución del INSALUD, de fecha 26 de enero de 1993, de indemnización por daños y perjuicios por el funcionamiento de un servicio público prestado por el Hospital "La Paz" de Madrid, debiendo declarar y declaramos que la misma es disconforme con el ordenamiento jurídico y en consecuencia la anulamos, declarando haber lugar a que se indemnice en concepto de responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento anormal del INSALUD a D. Iván S. S., en la cantidad de 800.000 ptas. por gasto de mobiliario, y a una pensión mensual revalorizable con arreglo al coste de la vida de 350.000 ptas. al mes, desglosadas en 205.000 ptas., a D. Cipriano S. G. y a D.ª Rosa S. L., en la cantidad de 5.000.000 ptas a cada uno de ellos. Sin que haya lugar a indemnización alguna para D.ª Sheila S. S.. Pensión vitalicia por asistencia de terceras personas desde la fecha del accidente y 145.000 ptas. por la situación orgánica y funcional a percibir desde la fecha en que cumpla los 18 años hasta los 65 años de edad".

SEGUNDO.- Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico cuarto: "En el presente recurso se formula una reclamación por funcionamiento de un

servicio público concreto proporcionado por el Hospital de "La Paz", de la Seguridad Social y dependiente del INSALUD. El examen de los requisitos se realizará en el mismo orden en que hemos procedido a exponer los requisitos que hemos mencionado en el fundamento jurídico anterior. En primer lugar, se exige la concurrencia de una lesión o daño que tuviera las notas anteriormente referidas y que no repetiremos por ello. El daño, en el caso que nos ocupa, lo constituye la lesión diagnosticada como encefalopatía secundaria por hipoxia cerebral, que fue objetivada a Iván S., el hijo del recurrente al tercer día del postoperatorio a la intervención de una cardiopatía compleja de la que había venido siendo tratado desde su nacimiento, y que había determinado la necesidad de practicar dos intervenciones quirúrgicas en momentos anteriores. Por tanto, la situación de merma de salud producida por esta cardiopatía, sufrida por el lesionado, determinó la práctica de la tercera intervención quirúrgica, como todas las intervenciones de aquellos órganos de la Administración Pública encaminados a procurar o restablecer el estado de salud del individuo, ya se encontrara en él con anterioridad y por su propia naturaleza (padecimiento congénito), ya se deba a una situación transitoria de un padecimiento concreto (no congénito) en todos estos supuestos el administrado demanda de la Administración, en este caso, sanitaria que se le procure la posibilidad de llevar a cabo una vida normal mediante el tratamiento adecuado a tal fin. En este caso se trataba de proporcionar mediante una intervención quirúrgica el correcto funcionamiento del corazón lesionado, que le permitiera el adecuado desarrollo que desde su nacimiento se veía mermado, y en éste sentido igualmente se veían mermadas sus condiciones normales de vida. Por tanto, tratándose de una intervención quirúrgica que se practicara en el seno de un Hospital de la Seguridad Social, dependiente del INSALUD, a consecuencia de una demanda del ciudadano, se trata del marco de actuación de un órgano de la Administración, en este caso de un Hospital que suministra atención sanitaria, debiendo procurar al administrado el derecho a la protección de la salud, derecho constitucionalmente reconocido en el art. 43 de nuestra norma suprema. Por tanto se enmarca dentro de la gestión de la Administración, como servicio público. Siendo determinante el hecho de que la creación del riesgo procede de la Administración, en su actuar, para realizar esa prestación sanitaria. Una vez que hemos puesto de relieve que se ha ocasionado el daño que es una lesión concreta, un sujeto evidentemente lesionado, que es el hijo del recurrente, y en definitiva ello se produce al generarse una creación de riesgo, por la actuación de un órgano administrativo, en la prestación de un servicio público, nos encontramos ante un marco exigido para gene-

rar la responsabilidad patrimonial. El siguiente paso es el de valorar si dentro de ese marco la lesión se ha generado a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública. Para determinar ésta cuestión se hace necesario examinar la actuación de la administración sanitaria, durante la operación y después de la operación, esto es en el postoperatorio. Por lo que se refiere a la operación es necesario mencionar algún antecedente, que determina la naturaleza de ésta operación quirúrgica, que se le practica el 19 de febrero. Después de valorar el informe de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense, que constituye un informe absolutamente objetivo respecto de la prestación sanitaria que se efectuó en dicha operación, tenemos que hacer mención de una serie de notas, que, con carácter antecedente o simultáneo a la operación, determinan la naturaleza de la misma, y con toda certeza:

-Antes del parto fetopatía provoca la cardiopatía congénita cianógena, que provoca una operación a los 56 días de edad. -Detectado sufrimiento fetal agudo, se practica una cesárea de urgencia. -Después del parto: Problemas respiratorios, por aspiración de líquido meconial, que puede producir hipoxia cerebral. Después del parto, el padecimiento de la cardiopatía congénita cianógena que dificulta la oxigenación normal de los tejidos, fundamentalmente del tejido nervioso que es el más sensible a la falta de oxígeno. Una vez hemos examinado, las circunstancias que en el embarazo y en el parto condicionan físicamente a la persona que es sometida a una intervención quirúrgica, desde el punto de vista de los padecimientos exclusivamente propios y no originados por ningún agente externo, vamos a pasar a examinar aquellas notas o circunstancias físicas que influyen en la intervención quirúrgica practicada el día 19 de febrero y que son causadas o determinadas por circunstancias de tratamientos médicos o intervenciones anteriores. Tales son: -Se han practicado dos intervenciones anteriores, una se ha practicado concretamente el día 3 de abril de 1989, a los dos años, se realiza con circulación extracorpórea con esternotomía.-Se pretende la corrección completa de las anomalías congénitas cardíacas, y para ello abre el ventrículo derecho. -Se reseca la estenosis pulmonar subvalvular con lo que se coloca un parche de Dacrón, para cerrar la comunicación entre el ventrículo derecho y el izquierdo. Esta segunda intervención condiciona la tercera, en la medida en que no se practica la corrección total de cada cardiopatía, de forma tal que queda una estenosis de la rama derecha de la arteria pulmonar y una distonía parcial del parche ventricular que produce una insuficiencia cardíaca congestiva que precisa un tratamiento médico permanente y que deteriora el

corazón del enfermo, lo que determina que sea necesaria la práctica de la 3.^a intervención. Y desde el punto de vista de la propia cirugía condiciona la 2.^a practicada en la medida: -Se practica la esternotomía abriendo por el mismo sitio en que se abrió en la segunda operación que dificulta la labor del cirujano en la 3.^a operación en cuanto que hay un tejido de cicatriz que hace más difícil la identificación de los órganos, a consecuencia de la cual el tiempo operatorio duró 2 horas y 45 minutos, después de comenzada la intervención, cuando normalmente dura de 30 a 45 minutos. -Durante éste período en que se identificaba el campo operatorio además se produjeron dos episodios de hipotensión por hemorragia que se corrigen haciendo transfusión de sangre, teniendo en consideración que a tal fin en el propio quirófano había preparado un equipo de transfusión de sangre ante la eventualidad de que se produjera una hemorragia. Por todas estas circunstancias antecedentes, que determinaron que se ampliara el tiempo operatorio, fue necesario, a su vez, que la circulación extracorpórea se practicara además con hipotermia profunda para proteger a los tejidos más sensibles a la anoxia que es precisamente el tejido nervioso, lo que obliga a controlar el tiempo de parada circulatoria, limitándolo. -El período de hipotermia (18 grados), y parada cardíaca fue de 50 minutos, desarrollándose la circulación extracorpórea durante ese tiempo y finalmente se comenzó a subir la temperatura corporal hasta 30 grados. Respecto a la operación practicada el informe de la Universidad Complutense, manifiesta: -En primer lugar, que la apertura, por el mismo sitio del esternón o la esternotomía es la propia de la cirugía que se va a practicar. Las dificultades derivadas de que se ha abierto por el mismo sitio entran dentro de las circunstancias, con que previamente se cuenta como dificultades de la cardiopatía que se practica (sic). En cualquier caso, las que en ningún momento son criticadas en el mencionado informe, desde el punto de vista de la lógica es factible puesto que se trata de intervenir en el mismo lugar en que previamente ya se ha intervenido dos veces. Por tanto, no puede censurarse, en forma alguna, la práctica de ésta cirugía, más allá de la no adopción de las medidas precautorias oportunas, como parece que se adoptaron teniendo en consideración que en el propio quirófano había un equipo de transfusión, practicándose la misma como en el momento en que se consideró necesaria.- Respecto de la circulación extracorpórea con hipotermia profunda y parada cardíaca, no sólo no es objeto de crítica en el mencionado informe, sino que además se manifiesta que esta forma de operar protege al organismo de los efectos de la anoxia, particularmente en el cerebro, si bien durante un tiempo limitado. Por tanto la cuestión está en determinar si éste tiempo limitado se ha observado en la operación

quirúrgica. Respecto al tiempo recomendado para que no se produzca daños neurológicos, no aparezca los movimientos coreatéticos (síntoma de daño cerebral), se mencionan tanto en el informe referido, estudios en que se indica frecuente cuando la parada circulatoria oscila entre 30 y 45 minutos y muy frecuente cuando la parada se produce a los 60 minutos. Se manifiesta en el mencionado informe que como resumen de lo consultado "las paradas circulatorias superiores a 45 minutos no son seguras". En paradas superiores a 30 minutos pueden aparecer alteraciones neurológicas, siempre que existan alteraciones cerebrales previas. En el informe verificado por el Inspector se manifiesta respecto a éste tiempo de la parada cardiaca y hipotermia profunda, que "se trataba de la corrección de una cardiopatía compleja intervenida y el tiempo de hipotermia fue el necesario para la resolución de las lesiones tomándose las precauciones habituales de defensa de temperatura y administración de drogas vasodilatadoras, para favorecer el enfriamiento por igual y el posterior recalentamiento". Por tanto la valoración, respecto de la duración de la hipotermia y la parada cardiaca, de 50 minutos, es tal como se realiza en el informe "que el tiempo de la parada circulatoria está al límite de la tolerancia sin complicaciones". Si ponemos en relación con las manifestadas anteriormente en el mismo informe, en el sentido de que las paradas que sobrepasan los 45 minutos, no son seguras, evidentemente debemos de entender que la Administración sanitaria, teniendo en consideración las dos operaciones anteriormente practicadas y que dificultaron la intervención sobre el corazón, que era necesario practicar, y se vio determinada para realizar la cirugía completa y correctamente a prolongar el tiempo de parada circulatoria e hipotermia profunda, al tiempo en que esta duró, lo que determinó una creación de un riesgo estudiado, sin que se evidenciaran síntomas de que se estaba produciendo un daño cerebral mientras se verificaba la operación, en la que además y mientras se practicaba se adoptaron todas las medidas necesarias para proteger el tejido nervioso y particularmente el cerebro de un riesgo de anoxia. Dicho esto, respecto de la creación de riesgo durante la operación, pasamos a evaluar el postoperatorio. En cuanto al mismo tenemos que decir que valorando las hojas clínicas y las observaciones de enfermería en los tres turnos, desde el día 19 de febrero en que se produjo la operación quirúrgica, así como la medicación que se le suministró, ha quedado reflejado en las mismas los datos que igualmente fueron evaluados en el informe del médico inspector. De forma tal que no cabe deducir que durante el postoperatorio hubiera una prestación deficiente del servicio sanitario, que determinara la causación de la lesión neurológica, sino que, antes al contrario, la observación de la evolución del

niño permite que las enfermeras se percaten de que el niño no reacciona favorablemente a dos intentos de entubación, por lo que ésta no se practica, y cuando finalmente se practica la entubación, se observa la evolución del niño, y particularmente del tiraje respiratorio, proporcionando los medios oportunos para que éste mejore, así como el bloqueo en el momento en que éste se desencadenó. En consecuencia, de la valoración de la operación, con todas las circunstancias antecedentes que discurrieron en el desarrollo de la misma, y del postoperatorio llegamos a la conclusión de que no puede concluirse que el daño, que efectivamente se ha producido al niño Iván S. S., se deba a funcionamiento anormal de la Administración, entendiéndose por tal un funcionamiento negligente o defectuoso, sino que el mismo se ha derivado de la práctica de una operación quirúrgica, durante la cual y por las circunstancias físicas en que el niño llegó a la misma, y con todos los antecedentes que el mismo presentaba tanto físicos congénitos como provocados por las dos operaciones anteriores, por lo que es preciso desarrollar la operación quirúrgica de una determinada forma, en la que se produce una creación de riesgo, particularmente por la duración de la hipotermia y la parada cardíaca necesaria para practicar la circulación extracorpórea e intervenir el corazón, que desemboca en un daño cerebral. Por tanto hay una relación de causalidad directa e inmediata entre la intervención quirúrgica y las circunstancias en que se produjo y el daño cerebral que se desencadenó. La operación quirúrgica es un hecho decisivo sin el cual el daño no se habría producido, en éste sentido se aprecia la relación de causa efecto. Ahora bien, este nexo causal hay que valorarlo desde el prisma de que hay unas circunstancias antecedentes físicas del niño y de las operaciones practicadas anteriormente, que han determinado que la operación se practicara como se realizó, ahora bien las circunstancias no tienen la entidad suficiente como para romper el nexo causal, si bien debe de considerarse, que puesto que fueron decisivas a la hora de determinar la duración de la operación, en su totalidad, y la duración de la hipotermia y de la parada cardíaca practicada la circulación extracorpórea, durante el tiempo que se produjo, al menos deben de servir para atemperar la cuantía de la indemnización. En este sentido hay que valorar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido entendiendo en sentencia de 14 de junio de 1991, que "... no cabe enjuiciar la labor de los médicos intervinientes bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien desde el aspecto de objetividad, mecánica de un comportamiento que se inserta, junto a otros efectos, en la causalidad material a nivel de experiencia en la producción de resultado, porque lo único relevante para la Sala ha de ser la relevancia a efectos de

causalidad de la intervención quirúrgica, llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social, no siendo posible hacer un juicio crítico de la "lex artis" del profesional". En la misma sentencia se hace mención de que la responsabilidad patrimonial de la Admón. tiene carácter objetivo. En este mismo sentido la sentencia de 10 de junio de 1986, establece que "atendidos los 23 arts. que informan el último título de texto articulado de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que bajo la rúbrica de responsabilidad del Estado y de las autoridades y funcionarios, acogen su art. 40, regulando con carácter general dicha responsabilidad, a fin de cubrir con ella todos los riesgos que para los particulares pueda entrañar toda actividad de aquél, salvo cuando exista justa causa que obliga a soportar el daño sin indemnización...." Una vez hemos examinado que efectivamente existe un daño, que además se ha producido en relación de causa efecto con una intervención de la Admón. sanitaria y concretamente debido a un funcionamiento normal de la misma, puesto que se desarrolla en el ámbito de una operación quirúrgica, en la forma en que fue necesario practicar, teniendo en consideración circunstancias antecedentes, simultáneas, que rodearon a la misma, hay que determinar las características del daño, y además si concurre el deber jurídico de soportarlo por parte del perjudicado o si concurre en su caso fuerza mayor, únicos supuestos en los cuales habría de excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración. En primer lugar, por lo que se refiere a la efectividad del daño, y en un momento anterior, nos hemos manifestado respecto a que lo constituye la encefalopatía secundaria a hipoxia cerebral consecutiva a una operación quirúrgica de una cardiopatía compleja que determinó una disminución de la capacidad orgánica y funcional del 81% en agosto de 1992. Esta lesión o daño es real, es efectivo, evaluable económicamente y tiene en definitiva trascendencia patrimonial apreciable, pudiendo valorarse a efectos de cuantificación de las normas aplicables a cualquier orden jurisdiccional según tiene manifestado la jurisprudencia, también es individualizado en cuanto a la persona que lo sufre, que es el propio Iván S. S., desde el punto de vista personal, la disminución orgánica que al mismo le ocasiona y a los padres, en tanto en cuanto se ven obligados a desarrollar una atención más exhaustiva y durante toda la vida del niño que presumiblemente no se verá a pesar de que el niño llegue al momento de que a la edad en que en condiciones normales se produciría una autonomía personal. Llegamos al punto en la determinación de si existe el deber jurídico de soportar éste daño producido, tal como lo establece el art. 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. En el presente caso, para determinarlo tenemos que valorar las manifestaciones que hicimos en un momento anterior,

respecto de cuáles eran las circunstancias que determinaban el deber jurídico de soportar el daño sufrido, concluyendo que en el presente caso no existe tal deber jurídico por las siguientes razones: - No está previsto en la Ley que en éstas circunstancias haya que soportar el daño.- El perjudicado no se ha colocado voluntariamente en situación de riesgo. (En este punto es necesario precisar por cuanto la interpretación literal de éste requisito podría llevarnos a un razonamiento). En éste sentido se hace preciso valorar el servicio público que presta la Administración sanitaria, que en éste caso se concreta en proporcionar mediante una intervención quirúrgica el correcto funcionamiento del corazón, que le permita al individuo el adecuado desarrollo físico y orgánico que desde su nacimiento se veía mermado. De forma tal que no podemos entender que se haya llegado a esta prestación sanitaria de una manera voluntaria, sino absolutamente abocado a precisar la intervención quirúrgica para procurarse unas normales condiciones de vida e incluso su propio desarrollo orgánico. Por tanto, la creación del riesgo no se ha producido en el momento en que se decida la intervención quirúrgica, que es un paso que es preciso dar para conseguir la finalidad de la salud del niño sino que se produce en otro momento y es en el momento en que se está realizando el servicio público y la prestación sanitaria correspondiente, esto es en la intervención quirúrgica. Por tanto no podemos valorar que el propio perjudicado se haya colocado en esta situación de riesgo, que excluiría la responsabilidad patrimonial de la Administración, por darse el deber jurídico de soportarla al perjudicado que se ha colocado en la situación de riesgo. Esto entronca con la argumentación realizada por el propio INSALUD, en el sentido de que concurre fuerza mayor en el caso que nos ocupa, derivada de la evolución insospechada del propio cuerpo humano ante una prestación sanitaria. De forma tal que más podrían incardinarse las argumentaciones realizadas por el mismo en éste supuesto de exclusión, a que nos hemos referido y hemos argumentado en el caso que nos ocupa, que no concurren, que propiamente en el de fuerza mayor por las razones que a continuación diremos. Según manifestábamos en un razonamiento anterior, la fuerza mayor era el suceso fuera del círculo de la actuación del obligado, que no se hubiera podido prever o que previsto fue inevitable y que haya causado el daño material y directo. En el caso que nos ocupa, la prestación sanitaria se practica por la Administración y sus agentes, y el supuesto que determina la causación del daño es la práctica de la operación quirúrgica, en la forma en que se realiza, que no es incorrecta, en tanto es necesaria para realizar la corrección de la cardiopatía que se trataba de paliar. En tanto en cuanto los daños han sobrevenido por una reacción del cuerpo ante esa forma de práctica de la intervención quirúrgica ello no escapa del ámbito

de intervención de la Administración, antes al contrario, al operarse sobre el individuo desde el punto de vista orgánico o físico, los acaecimientos que se deban a las reacciones orgánicas ante una intervención entran dentro del ámbito de intervención de la Administración sanitaria. Por tanto hay que excluir el supuesto de fuerza mayor en el caso que nos ocupa. En cuanto a la posible concurrencia de un caso fortuito al respecto tenemos que contestar que tampoco cabría entender que es un caso fortuito puesto que en todo caso el caso fortuito es un suceso imprevisto, aunque dentro del ámbito de actuación de la Administración, puesto que en el caso que nos ocupa es una acción, en la que se ha perjudicado, que era posible, no imprevisible en todo caso. Del examen de ésta última circunstancia, no obstante, es un razonamiento añadido, puesto que, al ser indemnizables los daños producidos por caso fortuito, ello sería irrelevante a los fines de excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en caso de concurrir el mismo. En consecuencia, hemos de concluir que el daño que se ha producido en el caso que nos ocupa, y por el que se reclama en el recurso contencioso administrativo, ha ocurrido en relación con el funcionamiento normal de la Administración sanitaria, concretamente el INSALUD, y no está incurso en ninguno de los supuestos de exclusión de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que determina que sea indemnizable, por ser un supuesto específico de responsabilidad patrimonial de la Administración".

TERCERO.- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de los demandantes solicitó aclaración y subsanación de errores mediante escrito presentado con fecha 12 de marzo de 1998, a lo que la Sala accedió parcialmente mediante auto de fecha 5 de mayo de 1998, en el que declaró que la parte dispositiva de la sentencia era del tenor literal siguiente: "Que debemos estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado D. Mario C. L., en nombre y representación de D. Cipriano S. G., D.^a María Rosa S. L., D. Iván y D.^a Sheila S. S., contra la resolución del INSALUD, de fecha 26 de enero de 1993, declarando no haber lugar a indemnización por daños y perjuicios, a consecuencia del funcionamiento normal del servicio público prestado por el Hospital "La Paz" de Madrid, por lo que, debemos declarar y declaramos que dicha resolución es nula por no ser conforme a Derecho, así como haber lugar a que se indemnice en concepto de responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal del INSALUD a D. Iván S. S. en la cantidad de 800.000 pesetas por gastos de mobiliario, y a que le satisfaga una pensión vitalicia, a percibir mensualmente, por importe de 350.000 pesetas, desglosadas de tal modo que: -una

parte de tal pensión en concepto de ayuda a recibir por terceras personas por importe de 205.000 pesetas, es percible desde el 19 de febrero de 1992 con carácter vitalicio, y revalorizable anualmente con arreglo al índice de precios al consumo calculado para el año correspondiente y sometido a aquellas revisiones propias de la variación de dicho índice. -el resto de la pensión, en concepto de ayuda por el menoscabo orgánico y funcional que determina la imposibilidad de percibir remuneración por trabajo, por importe de 145.000 pesetas, es percible desde que Iván S. S. cumpla los 18 años hasta que cumpla 65 años, y que cuando se comience a satisfacer deberá haberse incrementado con arreglo a las revalorizaciones que experimentó la anterior. Además de las que proceda aplicar a partir de ese momento en la forma referida en el párrafo anterior. Procede, también, una indemnización a favor de D. Cipriano S. G. y D.^a Rosa S. L. en la cantidad de 5.000.000 pesetas a cada uno de ellos, en concepto de daños morales. Sin que proceda indemnización a favor de D.^a Sheila S. S.. No ha lugar a aplicar los intereses del art. 45 de la Ley General Presupuestaria. No ha lugar a hacer especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas en esta instancia".

CUARTO.- Contra la referida sentencia tanto la representación procesal de los demandantes como la del Instituto Nacional de la Salud prepararon sendos recursos de casación solicitando que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo para su conocimiento, a lo que la Sala de instancia accedió por providencia de 30 de junio de 1998, en la que ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

QUINTO.- Dentro del plazo al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrentes, el Procurador Don Carlos J. P., en nombre y representación del Instituto Nacional de la Salud, y el Procurador Don Jorge Laguna Alonso, en nombre y representación de Don Cipriano S. G., Doña Rosa S. L., Doña Sheila y Don Iván S. S..

SEXTO.- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Instituto Nacional de la Salud se basa en cinco motivos, el tercero y quinto al amparo del n.º 4 del art. 95.I de la Ley de esta Jurisdicción, el primero con base en el n.º 2.º del mismo precepto, el segundo y cuarto en el n.º 3.º de éste; el primero por haber infringido la Sala de instancia, al resolver la cuestión planteada por los demandantes, lo dispuesto en el art. 66

de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 142.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que carecía de competencia para revisar una decisión que debería haberse adoptado, conforme a este precepto, por el Ministro correspondiente, al no atribuirse expresamente y de forma específica al Instituto Nacional de la Salud competencia para resolver las reclamaciones por responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de sus servicios; el segundo por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, al haberse conculcado en la sentencia recurrida lo establecido en los arts. 447.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 34.1 de la Ley Jurisdiccional y de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica del Estado, con indefensión para éste, dado que debió emplazarse a la Administración del Estado, quien debería haber sido defendida por el Abogado del Estado, pues la denegación presunta de la indemnización reclamada debe entenderse emanada del Ministro correspondiente, y, por consiguiente, no puede entenderse defendida aquélla por el Letrado del Instituto Nacional de la Salud, lo que ha producido la indefensión de la Administración del Estado; el tercero por haberse vulnerado por el Tribunal "a quo" el art. 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el art. 2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, dado que la actuación médica, al practicar la intervención quirúrgica, fue correcta y ajustada a la técnica requerida, siendo imprescindible practicarla y consentida por el paciente, por lo que la lesión sufrida por éste no es antijurídica, de modo que falta dicho requisito para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues el riesgo debe ser soportado por aquél; el cuarto porque la sentencia recurrida incurre en incongruencia al otorgar una reparación distinta de la expresamente reclamada por los demandantes, infringiendo así lo dispuesto en el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues concedió una pensión mensual y vitalicia en lugar de una indemnización a tanto alzado, y el quinto por haber vulnerado la Sala de instancia el art. 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por resultar desmedida la reparación concedida en la sentencia, sin responder a una razonable ponderación al conceder la pensión mensual y vitalicia, estableciendo una revalorización ajena al mercado sin tener en cuenta la pensión ya reconocida por el INSERSO y sin estar acreditado que el perjudicado necesite la asistencia permanente y constante de otra persona, terminando con la súplica de que se declare la nulidad de la

sentencia recurrida o, subsidiariamente, se anule la misma y se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto de contrario.

SÉPTIMO.- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Cipriano S. G., Doña Rosa S. L., Doña Sheila y Don Iván S. S. se basa en dos motivos de casación, ambos al amparo del n.º 4.º del art. 95.1 de la Ley Jurisdiccional; el primero por haberse conculcado con la sentencia recurrida el art. 80 de esta ley y la doctrina jurisprudencial relativa a la reparación integral de los daños sufridos y a la consideración y adecuada valoración de los daños morales, al haber sustituido parcialmente el importe de la indemnización reclamada y contemplado exclusivamente uno de los tres conceptos por los que se pidió la pertinente indemnización respecto del menor intervenido quirúrgicamente, y así no se le concede indemnización alguna por las secuelas y daños morales, omitiendo cualquier pronunciamiento al respecto, con lo que incurre la sentencia en manifiesta incongruencia omisiva, y, por consiguiente, se conculca la doctrina jurisprudencial acerca de la íntegra reparación de los daños y perjuicios sufridos, recogida en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que se citan, siendo insuficiente, por otra parte, la indemnización concedida a los padres del menor por los perjuicios morales que padecen e injustificada la decisión de no conceder indemnización alguna por ese mismo concepto a la hermana, pues ésta habrá de soportar también las consecuencias de todo tipo derivadas de la gran invalidez de su hermano, y el segundo por haber conculcado el Tribunal "a quo" el citado art. 80 de la Ley de esta Jurisdicción por no contener pronunciamiento alguno sobre los intereses de demora solicitados y desconocido la doctrina jurisprudencial relativa al reconocimiento de intereses moratorios y procesales, habiendo interpretado incorrectamente el art. 45 de la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, pues esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, en las sentencias que se citan, que procede la completa indemnidad del perjudicado y para lograrla se debe pagar el interés legal de la cantidad que proceda como indemnización desde la fecha de su reclamación a la Administración hasta su completo pago, habiendo sido abandonado por la doctrina jurisprudencial el criterio de la iliquidez de la cantidad reclamada, pues no se trata de si la cantidad a pagar es o no líquida sino de la necesidad de actualizar la indemnización procedente, mientras que los intereses procesales de demora vienen establecidos por el art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento civil sin otra especialidad para la Hacienda Pública que la del incremento del interés legal en dos puntos según declaró el

Tribunal Constitucional, terminado con la súplica de se que anule la sentencia recurrida y se dicte otra por la que se declare: "1.º.- El derecho del menor Iván S. S. a percibir de la Administración demandada, y sin perjuicio de las rentas periódicas reconocidas en la sentencia recurrida, las sumas de 50.000.000.- Ptas. en concepto de secuelas y de 30.000.000.- Ptas. en concepto de daños morales respectivamente. 2.º.- La procedencia del incremento de las indemnizaciones concedidas en la sentencia impugnada en concepto de daños morales a favor de los padre de Iván S. S., Don Cipriano S. G. y Doña Rosa S. L., y a cargo de la Administración recurrida, hasta la suma de 10.000.000.- Ptas. a cada uno de ellos. 3.º.- El derecho de la única hermana del menor Iván S. S., Doña Sehila S. S., a percibir asimismo de la Administración demandada la suma de 10.000.000.- Ptas. en concepto de daños morales. 4.º.- La procedencia del devengo de intereses indemnizatorios sobre las cantidades fijas y alzadas reconocidas por la Sala de instancia (5.000.000.- Ptas. a favor de Don Cipriano S. G., 5.000.000.- Ptas. a favor de Doña Rosa S. L. -en ambos casos en concepto de daños morales y 800.000.- Ptas. a favor del menor Iván S. S. en concepto de gastos de mobiliario) o, sobre las que efectiva y finalmente reconozca en su caso esta Sala, como consecuencia de la estimación total o parcial del presente recurso de casación, a favor del menor Iván S. S., Don Cipriano S. G., Doña Rosa S. L. y Doña Sehila S. S. en concepto de secuelas y daños morales, intereses indemnizatorios que habrán de devengarse sobre dichos importes desde el 26 de enero de 1993 (fecha de presentación de la correspondiente reclamación al INSALUD, folios 215 y siguientes del expediente administrativo) hasta la fecha en que se proceda por la Administración recurrida al íntegro pago de las mismas, cantidades todas ellas que, a su vez, habrán de incrementarse asimismo con los intereses que se devenguen, en su caso, por aplicación de cuanto dispone el art. 45 de la Ley General Presupuestaria en la interpretación dada al mismo en el fundamento de derecho SEXTO de la sentencia del Tribunal Constitucional 69/1996, de 18 de abril, todo ello con expresa imposición de las costas causadas como consecuencia del presente recurso a la Administración recurrida si se opusiere a las legítimas pretensiones recogidas en el mismo, así como cuantos restantes pronunciamientos correspondan conforme a Derecho".

OCTAVO.- Admitidos a trámite ambos recursos de casación, se dio traslado por copia a las representaciones procesales de cada una de las partes recurrentes para que, como recurridas, pudiesen oponerse por escrito al recurso de la otra, lo que efectuó el representante procesal del Instituto Nacional de la Salud con fecha 5 de noviembre de

1999, alegando que la cuantía de la indemnización fijada por el Tribunal de instancia por razón de responsabilidad patrimonial de la Administración queda excluida de la casación por venir atribuida su determinación a la decisión de aquél, salvo que se esgrima que el juicio de dicho Tribunal sentenciador es contrario a las reglas de la sana lógica o que ha infringido normas reguladoras de la valoración de medios probatorios, resultando, además, excesiva la cuantificación de la indemnización fijada en la sentencia por distintos conceptos, en la que se han incluido también los perjuicios morales, habiéndose pronunciado negativamente en cuanto a la indemnización en favor de la hermana, por lo que no ha incurrido dicha sentencia en incongruencia omisiva, sin que tal incongruencia se produzca respecto de los intereses de demora reclamados porque expresamente se razona en la sentencia recurrida su denegación, terminando con la súplica de que se desestime el recurso de casación interpuesto por Don Cipriano S. G. y otros.

NOVENO.- El representante procesal de Don Cipriano S. G., Doña Rosa S. L., Doña Sheila y Don Iván S. S. se opuso al recurso de casación del Instituto Nacional de la Salud mediante escrito presentado con fecha 6 de noviembre de 1999, alegando que el representante procesal de éste no formuló alegación alguna en la instancia acerca de la incompetencia del Tribunal "a quo" para conocer del recurso contencioso-administrativo, lo que convierte dicho motivo de casación en extemporáneo al plantearse una cuestión nueva, que no cabe examinar en casación conforme a la doctrina jurisprudencial, y si bien la competencia del Tribunal debe ser examinada de oficio, se ha de someter previamente a la consideración de las partes antes de dictarse la sentencia, lo que no sucedió en la instancia, si bien la Sala sentenciadora justificó su competencia para conocer del recurso contencioso administrativo interpuesto, y, además, el hecho determinante de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y la reclamación presentada ante el Instituto Nacional de la Salud lo fueron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y, por consiguiente, las normas procedimentales contenidas en ella no son aplicables a los procedimientos en curso según la Disposición Transitoria segunda de dicha Ley, sin que a dicho Instituto se le haya producido indefensión alguna, de modo que no puede esgrimir como motivo de casación la indefensión que se le hubiera podido producir a otra parte no comparecida, respecto de la que no se contiene pronunciamiento alguno en la sentencia recurrida, que se limita a declarar la responsabilidad patrimonial del propio Instituto Nacional de la Salud y no de la Admi-

nistración General del Estado, siendo una cuestión nueva en casación la que ahora se plantea por la representación procesal de aquél, a la que es aplicable la doctrina acerca de su inadmisibilidad en casación, mientras que no cabe aducir, como hace el representante procesal del Instituto recurrente, que el perjudicado deba soportar las consecuencias de la intervención quirúrgica, correctamente practicada, a que se sometió voluntariamente porque, en primer lugar, la responsabilidad patrimonial de la Administración nace igual si la actuación del servicio público es correcta, al ser objetiva o por el resultado, y en este caso está acreditado que las secuelas neurológicas del sometido a dicha intervención fueron consecuencia directa de ésta y, en segundo lugar, el perjudicado no prestó su consentimiento porque el riesgo se manifestó en el transcurso de la propia intervención, de modo que el riesgo era desconocido e ignorado hasta ese preciso momento por quien debió conocerlo, pues no se informó debidamente durante la realización de la intervención quirúrgica a quien correspondía, por lo que no cabe afirmar que el perjudicado asumió el riesgo, con independencia de que el motivo de casación se basa en el la cita del art. 139 de la Ley 30/1992, que no estaba en vigor cuando ocurrieron los hechos ni cuando se formuló la reclamación ante la Administración por más que el ordenamiento jurídico anterior contemplase idéntica responsabilidad a la prevista en el precepto referido de dicha Ley, sin que el motivo de casación cuarto, alegado por la representación procesal del Insalud, aun aparentemente coincidente con el primero de los aducidos por los perjudicados, pueda prosperar, ya que si bien se ha concedido como reparación al menor una pensión vitalicia en lugar de una indemnización a tanto alzado, lo cierto es que resulta inferior a lo reclamado en favor de aquél y por consiguiente no existe incongruencia debido a la forma de percepción de la indemnización, sin que ésta pueda considerarse excesiva pues ha de ser integral la reparación de los daños y perjuicios causados y la indemnización concedida en la sentencia recurrida nunca servirá para compensar adecuadamente el daño sufrido por el menor como consecuencia de las secuelas que le han quedado a causa de la intervención quirúrgica que le fue practicada por los servicios del Instituto Nacional de la Salud, terminando con la súplica de se desestimen los motivos de casación alegados de contrario y que se dicte sentencia en los términos interesados en el escrito de interposición del recurso de casación interpuesto por los perjudicados con imposición al INSALUD de las costas procesales causadas.

DÉCIMO.- Formalizadas las oposiciones de una y otra parte a los recursos de casación de la contraria, se ordenó que las actuaciones quedasen pendientes de señalamiento parta

votación y fallo cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó el día 1 de octubre de 2002, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por razones metodológicas procederemos a examinar en primer lugar los motivos de casación primero, segundo y tercero aducidos por el representante procesal del Instituto Nacional de la Salud, pues, de prosperar cualquiera de ellos, no habría lugar al análisis de los demás invocados por la misma representación procesal ni de los dos alegados por la otra parte recurrente.

SEGUNDO.- Se esgrime por el Instituto Nacional de la Salud que la Sala de instancia carecía de competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la otra parte, dado que la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria debió dirigirse al Ministro respectivo, según establece el art. 142.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que la denegación presunta por silencio debe entenderse emanada de un Ministro, lo que determina que la competencia para conocer de tal acto presunto corresponda a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, conforme a lo establecido por el art. 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Es paradójico, cuando menos, que la Administración, a quién se dirige una petición, guarde silencio y, después que el particular hace uso de la acción prevista por el art. 38.1 de la entonces vigente Ley Jurisdiccional de 1956, esgrima que el acto denegatorio presunto debe atribuirse a otra Administración.

El mínimo respeto a los principios recogidos en el art. 103.1 de la Constitución habría requerido que la Administración, a quien se dirigió la reclamación, le hubiese hecho saber al interesado que no era competente, pero, en lugar de proceder de tal forma, tramita el expediente sin adoptar resolución alguna para, una vez que el Tribunal de instancia ha declarado expresamente su competencia (fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida), aducir como motivo de casación el defecto de competencia de aquél, que no invocó durante la tramitación del proceso.

Aunque no se trate de una cuestión nueva en casación, como pretende la representación procesal de la parte contraria, pues fue abordada por la Sala sentenciadora declarándose competente para conocer y, en cualquier caso, tratándose de una cuestión de orden público, cabría plantearla en casación sin haberse suscitado en la instancia, como esta Sala ha expresado en sus Sentencias de 22 de marzo de 1999 (recurso de casación 7988/94, fundamento jurídico primero) y 18 de marzo de 2000 (recurso de casación 922/96, fundamento jurídico primero), lo cierto es que cuando se formuló la reclamación patrimonial al Instituto Nacional de la Salud no había entrado en vigor lo dispuesto por el arts. 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que la reclamación se presentó el 26 de enero de 1993, y la indicada Ley no comenzó su vigencia hasta el día 27 de febrero de 1993 estableciendo en su Disposición Transitoria primera, apartado I, que "a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma siguiéndose por la normativa anterior", y, por consiguiente, la Sala de instancia no pudo conculcar, al declararse competente para conocer de la acción ejercitada, el art. 142.2 de la mencionada Ley 30/1992, que no regía el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado con anterioridad a su vigencia.

Podrá argüirse que el ordenamiento aplicable era el art. 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, que señalaba también que la reclamación de indemnización se dirigirá al Ministro respectivo, pero tal precepto regía para la Administración del Estado, mientras que, como declaró la antigua Sala Quinta de este Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de octubre de 1982 (R.J.6036) y recogimos en nuestra Sentencia de 22 de marzo de 1999 (recurso de casación 7988/94, fundamento jurídico tercero) "al imputarse responsabilidad a la Administración institucional la norma aplicable no es el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sino la que, con el mismo régimen sustantivo, señalan los arts. 121 y 122 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 (art. 133.2 del Reglamento)", de modo que, como este último precepto establece, las entidades institucionales quedan sujetas también a la responsabilidad que se regula en el capítulo II del Título IV de dicho Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, y en el que su art. 131.1 dispone que el lesionado habrá de presentar su reclamación dentro de un año, a contar del hecho que la motive, dirigida precisamente al Presidente de la entidad institucional bajo cuya dependencia se encuentre el servicio que causare el daño, que fue lo realizado por los perjudicados al

presentar su escrito de reclamación el día 26 de enero de 1993 ante el Director General del Instituto Nacional de la Salud.

En definitiva, **la reclamación debió ser resuelta, como establecía el art. 131.4 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, por el órgano ante el que se formuló, siendo su decisión controlable jurisdiccionalmente por la Sala de instancia (art. 74.1a de la Ley Orgánica del Poder Judicial)** y no por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, razón por la que aquella Sala tampoco ha conculcado lo dispuesto por el art. 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de manera que el primero de los motivos de casación, alegado por el representante procesal del Instituto Nacional de la Salud, es desestimable.

TERCERO.- La misma suerte debe correr el segundo de los motivos aducidos, al amparo del art. 95.1.3.º de la Ley de esta Jurisdicción, por haberse causado indefensión a la Administración del Estado, al no habersele emplazado como demandada en el juicio seguido en la instancia, dado que, en primer lugar, el pronunciamiento condenatorio de la sentencia recurrida se dirige exclusivamente frente al Instituto Nacional de la Salud y, en segundo lugar, no puede el representante procesal de éste basar el motivo de casación, previsto en el art. 95.1.3.º de dicha Ley Jurisdiccional, en la indefensión causada a otra Administración, única que podría invocarlo para pedir la anulación del juicio y de la sentencia si ésta contuviese alguna declaración o condena en su contra, que no es el caso que ahora revisamos, puesto que, como hemos dicho, la Sala de instancia ha enjuiciado exclusivamente la actuación del servicio sanitario dependiente del Instituto Nacional de la Salud y ha condenado sólo a éste a reparar el perjuicio producido a las demandantes por aquél, y, por consiguiente, el Tribunal "a quo" no ha infringido los preceptos que regulan la representación jurídica y defensa del Estado ante los juzgados y tribunales.

CUARTO.- En el tercer motivo se afirma por el representante procesal del Instituto Nacional de la Salud que la Sala de instancia ha vulnerado en la sentencia recurrida lo dispuesto en el art. 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al declarar la responsabilidad patrimonial de aquél, a pesar de no concurrir el requisito de la antijuridicidad de la lesión, dado que el perjudicado consintió la intervención quirúrgica, practicada correctamente, lo que

supone que ha de soportar el riesgo que ésta conllevaba, dado que se trataba de un acto de medicina asistencial y, por consiguiente, de medios y no de resultados.

A este razonamiento, en que se basa el presente motivo de casación, se opone la representación procesal de los perjudicados recurridos alegando que el ordenamiento jurídico aplicable no era la citada Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino el régimen contemplado por los arts. 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es objetiva y basta con acreditar el nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado dañoso producido, lo que en este caso se ha probado, como expresamente lo declara la Sala de instancia, y que los padres del menor no asumieron el riesgo de la intervención quirúrgica al no haber prestado su consentimiento por surgir aquél en el transcurso de ésta.

QUINTO.- Comenzando por esta última cuestión, que tiene un componente primordialmente fáctico, hemos de dejar claro que cuando se formuló la reclamación al Instituto Nacional de la Salud no se adujo que el servicio sanitario no hubiese informado a los padres de los riesgos que comportaba la cirugía cardiovascular a que su hijo menor iba a ser sometido para procurar la curación de su grave dolencia cardíaca, como exige el art. 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Pero es más, tampoco en la demanda ni en las conclusiones formuladas en la instancia se alude a tal falta de información de los riesgos que la intervención quirúrgica conllevaba, a pesar de que se redactaron a la vista del expediente administrativo, en el que aparece la declaración prestada el día 14 de abril de 1993, ante el Inspector Médico, por el Jefe de la Sección de Cirugía Cardiovascular del Hospital Infantil "La Paz", Dr. Don Gregorio C. Z., que practicó la intervención quirúrgica del menor Iván S. S., quien, al ser preguntado acerca de si informó a la familia sobre los riesgos y las posibles complicaciones de la intervención a que iba a ser sometido aquél, contesta literalmente: "Todo paciente que va a ser intervenido, sus padres o familiares responsables hablan con el cirujano que va a realizar la intervención. En esta charla se le comenta el tipo de operación, el riesgo de intervención y las complicaciones que puede tener el paciente. En el caso de Iván,

personalmente hablé con los padres el día antes de la intervención, haciendo referencia a todos los riesgos y complicaciones previstos".

También aparece en el expediente administrativo un informe del mismo médico, Dr. C. Z., dirigido a la Asesoría Jurídica del INSALUD, en el que relata la técnica operatoria utilizada en el caso que nos ocupa y las complicaciones surgidas, expresando que se desconocen las causas por las que se producen ese tipo de complicaciones "pero la posibilidad de que puedan producirse se les comenta a los padres en las conversaciones con ellos previas a la intervención".

A pesar de tan categóricas afirmaciones del médico cirujano acerca de la información de los riesgos de la intervención quirúrgica a los padres del menor, no se adujo en ningún momento del proceso que fuese incierta tal aseveración, lo que habría permitido la práctica de la oportuna prueba sobre el cumplimiento o no de la obligación de informar, de forma verbal o escrita, al interesado o a sus familiares, y sólo ahora, al oponerse al recurso de casación sostenido por el Instituto Nacional de la Salud, se aduce, de pasada, que no fueron informados los padres del riesgo que comportaba la intervención quirúrgica, afirmación ésta que no es aceptable ante la evidencia de lo consignado en el expediente administrativo y no cuestionado en el momento oportuno, y, por consiguiente, integrando nosotros los hechos declarados probados por la Sala de instancia, en uso de la facultad que jurisprudencialmente venía admitida en casación (Sentencias de 14, 23 y 29 de enero de 1998, 9 de febrero, 4 de marzo, 4 de mayo, 3 de junio y 21 de diciembre de 1999, 6 de abril, 3 de mayo, 18 de julio y 5 de octubre de 2000, 31 de mayo, 28 de julio y 27 de octubre de 2001, 18 de mayo, 15 y 29 de junio, 27 de julio y 28 de septiembre de 2002) y que ahora reconoce expresamente el art. 88.3 de la vigente Ley Jurisdiccional 29/1998, debemos declarar probado también que el Jefe de la Sección de Cirugía Cardiovascular del Hospital Infantil "La Paz", Dr. Don Gregorio C. Z., informó personalmente a los padres de Iván S. el día antes de la intervención de todos los riesgos y complicaciones que ésta comportaba para su hijo.

SEXTO.- En cuanto a la incorrecta invocación de un ordenamiento jurídico que no estaba vigente cuando acaecieron los hechos, es evidente, según lo expresado en el precedente fundamento jurídico segundo, que el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Instituto Nacional de la Salud, antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común, venía constituido por lo dispuesto en los arts. 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa y 133 a 138 de su Reglamento, pero no es menos cierto que esa regulación sustantiva era idéntica, según lo había interpretado la doctrina jurisprudencial, hasta el extremo que la exposición de motivos de la mencionada Ley 30/1992 declara que "en lo que a la responsabilidad patrimonial se refiere el proyecto da respuesta al pronunciamiento constitucional de indemnización de todas las lesiones que los particulares sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", de modo que dicho régimen no es sino reproducción del establecido en el art. 106.2 de la Constitución, cuyos perfiles venían perfectamente definidos por la jurisprudencia al interpretar lo dispuesto en los arts. 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por lo que la invocación por el representante procesal del Instituto Nacional de la Salud del art. 139 de la Ley 30/1992 en este motivo de casación tercero obedece a un error intrascendente y puramente formal, posiblemente inducido porque la propia sentencia recurrida se basa en dichos preceptos de la Ley 30/1992 para declarar la responsabilidad patrimonial de aquél, reconociendo, incluso, el representante procesal de los recurridos, al oponerse a este motivo de casación, que la regulación sustantiva es la misma, discutiéndose ahora precisamente si concurre el requisito de la antijuridicidad del daño, pues mientras que el Instituto Nacional de la Salud sostiene que no existe por haberse empleado una irreprochable técnica quirúrgica, desplazándose así el riesgo por el resultado a los propios perjudicados, éstos entienden que la responsabilidad patrimonial de aquél es objetiva con independencia, por tanto, de si fue o no correcta la actuación médica, cuya cuestión vamos seguidamente a examinar.

SÉPTIMO.- Hemos de recordar que la Sala de instancia en la sentencia recurrida declaró expresamente que tanto la intervención como el tratamiento postoperatorio fueron acordes con técnica quirúrgica al uso y los conocimientos médicos existentes en ese momento, por lo que el funcionamiento del servicio sanitario fue correcto y normal, al igual que se declara probado que las deficiencias neurológicas que sufre el menor Iván S. S. traen su causa de la referida intervención quirúrgica no obstante haberse practicado mediante el empleo de la técnica adecuada.

Aunque en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tiene una importancia secundaria si la actuación del servicio médico ha sido correcta o

incorrecta, lo cierto es que tal apreciación permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo, ya que, según la jurisprudencia tradicional, ahora recogida por el precepto contenido en el art. 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, redactado por Ley 4/1999, no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos.

En nuestra Sentencia de 22 de diciembre de 2001 (recurso de casación 8406/97) declaramos que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o daño producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, **el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste**, hoy recogida en el citado art. 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto.

La jurisprudencia (Sentencias de 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo, 24 de mayo y 30 de octubre de 1999) ha precisado que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión.

La antijuridicidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquél, incluyen-

do así nuestro ordenamiento jurídico como causa de justificación los denominados riesgos del progreso.

Esta ha sido la solución adoptada por la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo al enjuiciar, entre otras, las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria derivada del contagio del virus del sida (VIH) o de la hepatitis C (VHC) mediante transfusiones de sangre contaminada con dichos virus antes de descubrirse éstos y los marcadores para detectarlos.

Una cuestión no resuelta es la de la carga de la prueba del estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, que la Sentencia de esta Sala Tercera de 31 de mayo de 1999 (recurso 2132/95) afirmó que corresponde a la Administración, lo que, sin embargo, resulta irrelevante en este caso, dado que la Sala de instancia, con base en los informes periciales emitidos, ha declarado probado en la sentencia recurrida que la técnica quirúrgica fue correcta por haberse empleado todos los medios adecuados según el alcance de los conocimientos, apreciación fáctica, no discutida, que hemos de aceptar en casación.

La cláusula de los riesgos del progreso fue incorporada a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, y transpuesta a nuestro ordenamiento interno por los arts. 6.1 e de la Ley 22/1994, de 6 de julio, 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la modificación introducida por Ley 4/1999, de 13 de enero, pero anteriormente venía siendo utilizada por la jurisprudencia para definir el daño como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la *lex artis*, entendiéndose por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

En consecuencia, en contra del parecer de la Sala sentenciadora, el daño neurológico sufrido por el menor como resultado de la correcta intervención quirúrgica a que fue sometido, no puede calificarse de antijurídico, dado que no se pudo evitar según el estado de los conocimientos de la técnica quirúrgica en el momento de producción de aquél, sin perjuicio, como ahora expresamente establece el tantas veces citado art.

141.I de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999, de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

La antijuridicidad del daño no deriva, como declara el Tribunal "a quo" en la sentencia recurrida, de que el perjudicado no se colocase voluntariamente en la situación de riesgo por cuanto fue necesario que se sometiese a la intervención quirúrgica "para procurarse una normal condición de vida e incluso su propio desarrollo orgánico", sino que vendría determinada porque no tuviese el deber jurídico de soportarlo, deber que en este caso existe, según hemos razonado, porque su lesión neurológica, causada por la intervención quirúrgica cardiovascular a que fue sometido, no pudo evitarse según el estado de los conocimientos de la técnica médico-quirúrgica existente en el momento de producción de aquélla.

OCTAVO.- Finalmente, sólo no queda por examinar brevemente si hubo expreso consentimiento otorgado por los padres del menor para que éste fuese intervenido quirúrgicamente a pesar de que, como se ha declarado probado, fueron informados debidamente de los riesgos de la operación por el cirujano, de lo que no podemos dudar pues, de lo contrario, no se habría practicado tan arriesgada intervención quirúrgica, lo que nunca fue negado por los reclamantes de la indemnización aunque, al oponerse al recurso de casación del Instituto Nacional de la Salud, señalen de pasada que no asumieron el riesgo por ser ignorado.

Esta Sala ha declarado en sus Sentencias de 2 de octubre de 1997 (recurso de casación 1109/93, fundamento jurídico primero) y 3 de octubre de 2000 (recurso 3905/96, fundamento jurídico undécimo) que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la "lex artis ad hoc" y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, pero en este caso se dio una información completa sobre los riesgos que acarrea la intervención quirúrgica, y esta Sala ha declarado también en su sentencia de 3 de octubre de 1997 que en cuanto a la forma escrita del consentimiento no resulta imprescindible si consta que efectivamente se ha prestado, no siendo indispensable que se acredite mediante prueba documental sino que la información y el consentimiento pueden demostrarse por cualquier otro medio de prueba (Sentencias de 26 de octubre de 2000 -recurso de casación 4448/97, fundamento jurídico primero-, y 3 de octubre de 2000 -recurso de casación 3905/96, fundamento jurí-

dico segundo y décimo-), y en este caso la información está acreditada mediante las declaraciones del cirujano contenidas en el expediente administrativo y no desmentidas en la instancia, mientras que el consentimiento se deduce de una lógica presunción, ahora regulada en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, en el art. 1253 del Código Civil, ya que, acreditada la información sobre los riesgos de la intervención quirúrgica el día antes de ser practicada, el sometimiento efectivo del menor a ella demuestra que los padres lo consintieron aunque en el expediente administrativo no aparezca un escrito firmado por ellos, razón por la que no podemos considerar, según la citada jurisprudencia, que haya habido un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y, por consiguiente, un anormal funcionamiento del servicio sanitario como circunstancia relevante para apreciar la existencia de la antijuridicidad del daño neurológico sufrido por el menor.

NOVENO.- De lo expuesto en los precedentes fundamentos jurídicos quinto a octavo se deduce lógicamente la estimación del tercero de los motivos alegados por el representante procesal del Instituto Nacional de la Salud con la consiguiente declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto, al no concurrir el requisito de la antijuridicidad del daño causado para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración y el correspondiente deber de indemnizar las lesiones producidas, dado que los perjudicados tienen el deber jurídico de soportarlas sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas a que puedan tener derecho, razones que justifican también la desestimación del recurso contencioso-administrativo deducido en su día y de las pretensiones articuladas tanto en la instancia como al interponer aquellos su recurso de casación, cuyos motivos no procede analizar siquiera por limitarse a cuestionar la cuantía de la reparación económica, lo mismo que no procede examinar los demás motivos aducidos por la representación procesal del Instituto Nacional de la Salud, circunscritos igualmente al carácter y cuantía de la reparación fijada por la sentencia recurrida, que debe ser anulada.

DÉCIMO.- La estimación del indicado tercer motivo de casación, alegado por el Instituto Nacional de la Salud, comporta, según lo establecido concordadamente por el art. 102.2 de la Ley Jurisdiccional reformada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, y la Disposición Transitoria Novena de la Ley 29/1998, de 13 de julio, que cada parte debe satisfacer sus propias costas causadas con dicho recurso de casación, sin que existan méritos para

imponer a cualquiera de ella las causadas en la instancia conforme a lo dispuesto por el art. 131.I de la primera Ley Jurisdiccional citada, y, al ser innecesario entrar en el examen de los motivos de casación alegados por la representación procesal de los otros recurrentes por las razones antes expresadas, tampoco procede imponerles las costas causadas con dicho recurso de casación.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los arts. 93 a 101 de la Ley Jurisdiccional reformada por la Ley 10/1992, y las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

SENTENCIA NÚM. 9.

TSJ - País Vasco - Social . S. de 3 de Octubre de 2000 . Sr. Iruretagoyena Iturri
(Nº 2001013005)

Resumen: @ CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN - Prescripción de acciones: accidente de trabajo: desestimación: el plazo se computa desde que las lesiones se pueden considerar irreversibles y definitivas: previa reclamación de responsabilidad empresarial en vía civil: interrupción del plazo hasta la firmeza de la sentencia o desde que se notifique el auto de sobreseimiento: doctrina. @ PRESTACIONES Y PENSIONES - Accidente de trabajo: prescripción de acciones: desestimación: el plazo se computa desde que las lesiones se pueden considerar irreversibles y definitivas: previa reclamación de responsabilidad empresarial en vía civil: interrupción del plazo hasta la firmeza de la sentencia o hasta que se notifique el auto de sobreseimiento: doctrina. @ Recurso de Suplicación nº 1537/00

A Favor: Lesionado

En Contra: Empresa, Entidad gestora, Mutua, TGSS

@2001-0130

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1º) D. José María U.C. nació el 16-6-1971 y figura afiliado a la Seguridad Social con el n.º X, habiéndose iniciado prestación de servicios con la empresa I., S.L. el 4-1-1989, con categoría de Peón.

2º) El 5-04-1989 el demandante sufrió un accidente en el centro de trabajo Haro (La Rioja) cuando realizaban obras de albañilería en la telefónica de Haro, siendo atendido en el Hospital de SS San Millán y siendo dado de alta el 6-4-89, emitiéndose el siguiente informe:

"Paciente de 17 años de edad, con antecedentes personales de:

- Enfermedades propias de la infancia. Reacción urticariforme generalizada hace 2 años y fumador moderado. El paciente ingresó procedente del Servicio de Urgencias, tras sufrir descarga eléctrica, lo que motivó ingreso en UCI al presentar un bajo nivel de conciencia.
- La exploración física general y neurológica al ingreso: no presentaba alteraciones significativas, filiándose finalmente como respuesta psicógena la clínica que pre-

- sentó a su ingreso. No existían quemaduras en posible puerta de entrada.
- De su analítica destaca como patológico únicamente: una gasometría con un pH 7,57 - PCO₂ 20,6 (coincidente con fases de hiperventilación).
 - E.C.G. : Normal.
 - Rx. simple de tórax: Normal.
 - En el día del alta el paciente está completamente asintomático.
 - JUICIO CLÍNICO: ELECTROCUCION SIN REPERCUSION ORGÁNICA, respuesta de conversión con hiperventilación.

No precisa medicación ni otros consejos específicos por nuestra parte.

Si de forma demorada presentase clínica neurológica (poco probable) será remitido para valoración en nuestras consultas externas".

- 3º) Que el 6-4-89 por el Instituto Nacional de Salud se presentó parte al Juzgado de Guardia de Haro haciéndose constar que fue ingresado el 4-4-89 a las 23 h. con el diagnóstico de Electrocuación sin repercusión orgánica.
- 4º) Que en el informe de sanidad de fecha 7-6-89 realizado por la Médico Forense (Faltas n.º 172/98 Exhorto 426/89) se hace constar "Que en día de la fecha ha reconocido al lesionado en los presentes autos D. José María U.C. el cual se encuentra curado de sus lesiones, habiendo invertido en su curación dos días necesitando asistencia facultativa durante 2 días, habiendo estado impedido para sus ocupaciones habituales durante 2 días, siendo archivado el procedimiento penal por auto de fecha 7-X-1992.
- 5º) Que a consecuencia del accidente de trabajo el demandante estuvo en situación de Incapacidad Temporal (antes I.L.T.) hasta el 16-4-89, cubriendo la cobertura derivada de accidente la Mutua C..
- 6º) Que en fecha 13-X-1993 se presentó demanda por la parte actora en reclamación de responsabilidad civil empresarial derivada de accidente; demandando a la Compañía T.N.E., S.A. I., S.L. y Juan P.R., encargado de I., S.L. en fecha 4-4-89, dictándose sentencia por el Juzgado de 1ª Instancia de Haro (autos menor cuantía 473/93) en fecha 15-2-1996 en la que se estima parcialmente la demanda condenando solidariamente a los codemandados al abono de 15.064.000 a José M.ª U. en concepto de daños y perjuicios, estableciendo en el fundamento 5º de dicha resolución : "... Se opone también la demandada I. a tales secuelas alegando que entre los años 1991 y 1992, el actor consumió alcohol, drogas de tipo T.H.C. y cocaína lo que justificaría la alteración de su conducta, así como que la exclusión del servicio militar se debe a su nivel intelectual, sin otras causas.

Ha quedado acreditado que el actor, con fecha 28 de diciembre de 1991, ingresa de urgencias con traumatismo craneal, por un accidente de tráfico, siendo dado de alta en enero de 1992; que con fecha de 16 de julio de 1991, es ingresado por accidente de tráfico también por el servicio de urgencias, con traumatismo craneal, conmoción cerebral, heridas y contusiones varias, siendo dado de alta el día de la fecha; que con fecha de 25 de julio de 1989, también fue ingresado de forma urgente por otro accidente de tráfico presentando diversas lesiones traumáticas semejantes a las descritas anteriormente. Igualmente ha quedado acreditado que con posterioridad al accidente el actor consumió alcohol y drogas, sin que haya quedado acreditado que fuera de forma habitual.

De los distintos informes aportados a los autos por las partes, así como del informe del médico forense, y apreciados en su conjunto, se deduce que las secuelas que presenta el actor son consecuencia de la descarga eléctrica sufrida el día del accidente, que el hecho de no haber perdido el conocimiento en el momento de la descarga, de no tener lesiones externas, de no tener parada cardiaca, no excluye en ningún momento la existencia de un accidente eléctrico, cuyas consecuencias aparecen tras un intervalo libre de duración, sin que ninguno de los informes precise en que momento pueden aparecer tales secuelas, que bien pueden tardar días o años, que los trastornos que presenta el actor (brotos de violencia, falta de aseo, irritabilidad, excitabilidad, falta de atención, obnubilación), aunque no surgieran en el momento de la visita al forense y sí en otras ocasiones son perfectamente compatibles con un traumatismo eléctrico, que el consumo de drogas y alcohol son posteriores a los citados trastornos, los cuales provocan un aumento de su consumo, por todo ello y a pesar del empeño de las partes demandadas de demostrar que es el consumo de drogas y alcohol lo que hizo que después de la descarga eléctrica incluso se produjera una hiperventilación en el actor, no ha quedado acreditada que sea ésta la causa de tales lesiones y secuelas, y sí el traumatismo eléctrico sufrido por el actor, por lo que entiendo queda perfectamente acreditado la existencia de nexo causal entre la acción u omisión de los responsables solidarios y el daño causado en el demandante, por lo que deberán responder de la cantidad reclamada en autos, si bien al haberse acreditado que los días de lesión no fueron 61, sino ocho, al haberse reincorporado al trabajo el día trece, la cantidad reclamada debe ser reducida en ésta extensión, correspondiendo un total por días de lesión de 64.000 ptas., más la cantidad reclamada por las secuelas acreditadas en los autos. Cantidad reclamada por secuelas acreditadas en los autos".

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación civil, dictando sentencia la Audiencia Provincial de Logroño en fecha 7-7-1997, confirmando la sentencia dictada en 1ª Instancia. Dándose el contenido de dicha sentencia por reproducido al constar en autos.

Estando dicha resolución pendiente de resolver recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

7º) Que el demandante ha prestado servicios además de en I., S.L., durante el periodo 4-1-1989 al 18-6-1989 Régimen Agrario (Villarcastro) 1-4-90 a 31-5-90 Construcciones P.G., S.A. 18-7-90 a 17-1-91 D.H.T., S.A. 18-6-91 a 30-10-91, S.N., S.L. 13-11-91 a 10-1-92.

8º) Que en fecha 6-X-1998 se iniciaron actuaciones en materia de invalidez.

9º) Que el demandante en fecha 25 y 26-11-1992 y 3-12-1992 fue explorado en la clínica Indautxu por el Dr. A.D. realizando un informe neuropsicológico haciendo constar en el apartado Impresión diagnóstica: "A partir de los resultados obtenidos en esta exploración se concluye que José Mari U. presenta un perfil neuropsicológico que evidencia la existencia de un proceso de daño cerebral a nivel funcional. Este cuadro de deficiencias neuropsicológicas podría muy bien no ser captado por las técnicas neurológicas de exploración cerebral puesto que estas detectan lesiones estructurales de las lesiones y no funcionales. Este perfil de funcionamiento evidencia una lesión generalizada, no específica a nivel de sistema nervioso central, causada por el accidente de electrocución sufrido en 1989.

Sus dificultades neuropsicológicas están caracterizadas por una enorme identificación de las funciones cognitivas básicas, y dificultades -a la hora de realizar actividades que requieren cierto grado de coordinación visomotora, abstracción, comprensión y memorización de instrucciones- complejas. Dadas estas deficiencias, sus actividades ordinarias se ven profundamente limitadas y requeridas de asistencia en niveles de ejecución y planificación.

10º) Que en fecha 10-2-1993 se emitió informe por el Hospital Civil de Basurto Servicio de Neurocirugía (Dr. José H. Jefe servicio de Neurocirugía) en el que se establece: "Lo que sí parece evidente en la entrevista con el paciente, es la existencia de alteraciones psíquicas, como bradipsiquia, o lentitud en la comprensión y en las respuestas, identificación o retraso en las funciones cognitivas, en la coordinación y una disminución de la memoria de retención, o de los hechos recientes. También presenta cierta disartria o dificultad de expresión de la palabra.

Aunque son poco frecuentes los traumatismos eléctricos, es de antiguo conocido que pueden desencadenar secuelas neuropsicológicas y neuropsiquiátricas en estos pacientes. Así, recientemente, Hansen y Rasmussen, de Dinamarca (1991) aportan dos nuevos casos de accidentes eléctricos, en los que, sin poder explicar los mecanismos de producción, desarrollaron secuelas neurosíquicas, llegando a la conclusión de que los lesionados en accidentes eléctricos deben someterse sistemáticamente a pruebas y estudios neurológicos, neuropsicológicos y de personalidad con el fin de poner de manifiesto estas secuelas.

Este es el caso que nos ocupa, al que consideramos incapacitado de forma absoluta y permanente".

- 11º) Que el demandante padece un estado paranoide simple. Trastornos cognitivos de hechos recientes. Dordipsiquia.
- 12º) Que la Mutua C. asume el riesgo derivado de accidente de trabajo.
- 13º) Que en fecha 27-1-99 se acordó no haber lugar a declarar al trabajador afecto de Invalidez Permanente en grado de Absoluto Gran Invalidez por no reunir el periodo mínimo de cotización exigido.
- 14º) Que la base reguladora para el supuesto de I.P. Absoluta derivada de accidente de trabajo asciende a 1.046.780 Ptas., fecha de efectos 18-11-98.
- 15º) Que se ha interpuesto la correspondiente reclamación previa que fue resuelta en sentido denegatorio mediante resolución de fecha 18-5-99

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que, estimando la excepción de prescripción alegada por la MUTUA C., procede desestimar la demanda interpuesta por JOSE MARIA U.C. contra E. S.A., C. MUTUA, INSS, TGSS y I. S.L., sin entrar en el fondo del asunto, absolviendo a los demandados".

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación ya reseñado que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Estimada por la sentencia de instancia la excepción de prescripción de la acción alegada por la demandada Mutua C., sin entrar a conocer del fondo de la demanda en la que D. José María U.C. solicita ser declarado afecto de una incapacidad permanen-

te absoluta derivada de accidente de trabajo, por su representante legal se interpone recurso de suplicación dirigido a la revisión de los hechos declarados probados y al examen del derecho aplicado. El recurso es impugnado por Mutual C.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso, al amparo del art. 191 b) de la LPL, postula, con apoyo en el documento obrante al folio 101 de los autos, la adición al hecho probado décimo de un último párrafo que diga "El Sr. U. es diagnosticado en junio de 1998 de un estado paranoide simple 297.0 ICD-9".

Pues bien, resultando del citado documento (informe de la Dra. V., Médico Psiquiatra del Centro de Salud Mental de Ortuella), que en junio de 1998 se le hizo del diagnóstico cuya adición se propone, sin que conste ningún otro documento de fecha anterior que contenga dicho diagnóstico o que lo contradiga, debe accederse a la revisión interesada por ser trascendente a los efectos de la resolución de la cuestión planteada.

TERCERO.- En el segundo de los motivos del recurso, por el cauce procesal previsto en el art. 191 c) de la LPL, se denuncia la infracción de la disposición adicional de la Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1982, con mención de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1992, así como del art. 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, con invocación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 25 de enero de 1995.

El recurrente se opone a la tesis mantenida por la Juzgadora "a quo" de que, como las lesiones padecidas por el Sr. U. en la actualidad existían y eran definitivas al menos a finales del año 1992 o principios del año 1993, al no haberse iniciado las actuaciones en materia de invalidez hasta el 6 de octubre de 1998, es decir, superados los cinco años previstos como plazo de prescripción en el art. 43.1 de la LGSS, su acción estaría prescrita, con la consiguiente imposibilidad de entrar en el fondo de la cuestión planteada. Para ello se remite a los informes emitidos por el Dr. A. como consecuencia de la exploración del demandante en fechas 25 y 26 de noviembre de 1992 y 3 de diciembre de ese mismo año (hecho probado 9º), y por el Dr. H. el 10 de febrero de 1993, destacando que por este último se considera al actor incapacitado de forma absoluta y permanente (hecho probado décimo).

Señalando en primer lugar que esta última valoración efectuada en su día por el H. resulta ajena y en nada condiciona a la valoración del menoscabo funcional que puedan determinar sus lesiones para el trabajo y que aquí debe de realizarse, no debemos olvidar que los ordinales 9º y 10º del relato fáctico no hacen sino transcribir los informes médicos antes aludidos, pero que el ordinal siguiente 11º lo que hace es recoger como probado que el demandante padece un estado paranoide simple, trastornos cognitivos de hechos recientes y dordipsiquia. Pues bien, en ninguno de los informes en los que se sostiene el razonamiento de la Juzgadora se hace referencia al estado paranoide del actor que da por probado, recogándose el mismo por primera vez en el informe obrante al folio 101 con diagnóstico llevado a cabo en junio de 1998, de donde cabe deducir que el estado psíquico actual en que se basa la petición de invalidez no era definitivo a finales del año 1992 o principios de 1993 -sin perjuicio de que uno de los facultativos que entonces le reconoció pudiera considerar que ya entonces se encontraba incapacitado de forma absoluta y permanente, debiendo remontarse como mucho el estado definitivo del cuadro actual precisamente al momento en que se hizo ese diagnóstico de situación paranoide simple, es decir, a junio de 1996. Ello nos llevaría a que, si realizamos el cómputo de la forma en que se hace en la instancia, desde que las lesiones se pueden considerar definitivas e irreversibles, a la fecha de iniciar las actuaciones para el reconocimiento de la invalidez no esté prescrito el plazo de cinco años contemplado en el art. 43.1 de la LGSS.

La consecuencia que deriva del cómputo efectuado en la forma anterior, que es conforme a lo dispuesto en la disposición adicional de la OM de 23.11.82, interpretada por el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 03.04.92 invocada por el recurrente, es la nulidad de la sentencia de recurrida para que, previa desestimación de la excepción de prescripción, entre a conocer con libertad de criterio sobre el grado de invalidez permanente que solicita el actor. Pero a igual conclusión se llega si acudimos al art. 13.2 de la OM de 18.01.96, para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/95, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, según el cual, en los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal -como ocurre en este caso-, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de evaluación de incapacidades, lo que determinaría que en este caso el hecho causante sea de fecha 18.11.98, y sin que desde la misma hubiera quedado tampoco prescrita la acción del actor.

CUARTO.- Efectuada la declaración anterior, huelga hacer pronunciamiento alguno sobre la denuncia contenida en el motivo tercero del recurso, en el cual, también al amparo del art. 191 c) de la LPL, se estima infringido el art. 43.3 del TRLGSS.

Pese a ello, como en el mismo se establece que la acción judicial entablada contra un presunto culpable, civil o criminalmente, deja en suspenso la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones mientras aquélla se tramite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza, aún cuando en este caso se aceptara el carácter definitivo de las lesiones del actor a la fecha señalada por la Juzgadora "a quo", la demanda del actor en reclamación de responsabilidad civil empresarial presentada el 13.10.93 (empresa que aquí también se demanda) también hubiera dejado en suspenso el plazo de prescripción contemplado en el art. 43.1 de la LGSS, con el consiguiente efecto desestimatorio de la excepción alegada por la Mutua.

QUINTO.- No cabe pronunciamiento alguno en materia de costas (art. 233.1 LPL), al ser parte vencida en el recurso, a los efectos de la imposición de las costas, el recurrente, que no gozando del beneficio de justicia gratuita, ve desestimada su pretensión impugnatoria (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1993).

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. José María U.C. frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de los de Bizkaia, dictada el 22 de noviembre de 1999 en los autos n.º 416/99 sobre incapacidad, seguidos a instancia del hoy recurrente contra E. S.A., Mutual C., Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, e I. S.L., anulamos las actuaciones al momento del dictado de la sentencia para que, previa desestimación de la excepción de prescripción alegada por la Mutua demandada, con libertad de criterio se dicte una nueva que entre a conocer sobre el fondo de la cuestión planteada. Sin condena en costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

SENTENCIA NÚM. 10.

TSJ - País Vasco - Social . S. de 29 de Febrero de 2000 . Sr. Díaz de Rábago Villar (Nº 2000033605)

Resumen: @ PRESTACIONES Y PENSIONES - Accidente de trabajo: desestimación: fallecimiento por espasmo de arteria coronaria en el trayecto a su centro de trabajo: inaplicabilidad de la presunción de laboralidad. @ Recurso de Suplicación nº 2709/99

A Favor: Entidad gestora, Hospital, Mutua, TGSS

En Contra: Familiares

@2000-0336

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"Primero. - Luis Miguel A.D. nacido el 6 de agosto de 1948, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el n.º 01/1756564-03 venía trabajando en el Hospital de Santiago de esta ciudad desde el 1 de octubre de 1975 con la categoría profesional de Jefe Clínico y percibiendo un salario mensual prorrateado de 720.246 pts. (folio 9).

Segundo.- El 5 de febrero de 1998 Luis Miguel A.D. el día cinco de febrero de 1998 a las 8 horas de la mañana tenía previsto llevar a cabo una intervención quirúrgica a una persona de 90 años de edad que había sufrido un derrame cerebral y por su situación de riesgo dicha intervención quirúrgica se iba a practicar mediante anestesia local (folio 106 y 107), cuando en el momento en que se dirigía al Hospital Santiago Apóstol siendo las 7'45 horas sufrió un desvanecimiento con pérdida de conocimiento, en la vía pública recibió maniobras de reanimación siendo trasladado a la U.C.I. del Hospital mediante ambulancia medicalizada. En los días siguientes su corazón permanece en ritmo sinusal normal, sin arritmias, manteniendo una situación hemodinámica normal (gasto cardíaco, presión venosa central y presión capital pulmonar normales), sin presentar signos de infarto de miocardio agudo. Como resultado de la parada cardiorespiratoria prolongada aparece daño cerebral irreversible por encefalopatía anóxica, insuficiencia renal, que mejora inicialmente con tratamiento y, posteriormente, cuadro séptico, de probable origen respiratorio, falleciendo el día 16 de febrero. La causa inmediata de la muerte fue un espasmo de la arteria coronaria.

Tercero.- El Hospital de Santiago Apóstol tiene concertadas las contingencias por accidente de trabajo con la Mutua Aseguradora L.P.

Cuarto.- Luis Miguel A.D. contrajo matrimonio el 21 de junio de 1976 con Margarita D.D. y del que nacieron Mikel A.D. el 10 de 1977 y Edurne A.D. el 29 de diciembre de 1978. Mikel A.D. cursa estudios de Periodismo (folio 88 y 89) careciendo de rentas por el trabajo u otro concepto (folio 84).

Quinto.- La Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social L.P., mediante escrito fechado el 28 de marzo de 1998 rechazó el siniestro del fallecimiento de Luis Miguel A.D. como derivado de contingencia de accidente de trabajo. Formulada Reclamación por la parte actora fue desestimada por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social L.P., el 30 de julio de 1998".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando como estimo parcialmente la demanda formulada por María Margarita D.D., Mikel A.D. y Edurne A.D. contra el Hospital Santiago Apóstol de Vitoria, L.P. Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social debo declarar y declaro que la contingencia del fallecimiento de Luis Miguel A.D. fue accidente de trabajo condenando como condeno a las partes demandadas a estar y pasar por la presente declaración con los efectos inherentes a la misma, absolviendo como absuelvo a los demandados de las demás pretensiones contra los mismos formuladas".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Luis Miguel, jefe clínico del Hospital Santiago Apóstol (sito en Vitoria), en donde prestaba servicios desde 1975, con 49 años en la fecha de los hechos que se narran, tenía que operar el 5 de febrero de 1998, a las 8 de la mañana, a un paciente de 90 años, afectado de un derrame cerebral, debiendo utilizarse anestesia local por su situación de riesgo. Cuando se dirigía hacia ese centro, faltando un cuarto de hora para las ocho, sufrió un desvanecimiento en la vía pública, con pérdida de conocimiento,

debido a un espasmo de arteria coronaria, por el que acabó falleciendo el 16 de ese mes, dejando viuda y dos hijos con 20 y 21 años (éste, estudiante, sin rentas) A la sazón, sus arterias coronarias eran normales. El espasmo de arteria coronaria tiene, entre sus posibles causas, un factor emocional. La Mutua aseguradora del riesgo de accidentes de trabajo del personal del mencionado Hospital rechazó el parte de accidente de trabajo. Interpuesta demanda por la esposa e hijos de D. Luis Miguel, el 2 de septiembre de 1998, para que se declarase que la muerte de éste procede de dicha contingencia, con derecho a pensiones de viudedad y orfandad, así como indemnización a tanto alzado, en función de una base reguladora de 720.246 pts/mes, el Juzgado de lo Social n.º 2 de Alava, por sentencia de 15 de enero de 1999, la ha estimado, salvo en el particular referido a la base de las prestaciones (que fija en 385.3025 pts/mes), tras declarar probado (teniendo en cuenta lo que, con valor fáctico, se afirma en sus fundamentos jurídicos), como datos relevantes, el precedente relato, razonando que éste pone de manifiesto la relación de causalidad entre el trabajo de D. Luis Miguel y su muerte. De manera expresa afirma que no se aplica la presunción legal dispuesta en el art. 115-3 LGSS.

Pronunciamiento que L.P. recurre en suplicación, ante esta Sala, tratando de que se cambie por otro que desestime la demanda, lo que sustenta en una razón esencial, como es que no se ha acreditado la relación de causalidad entre el trabajo de D. Luis Miguel y su muerte, por lo que el Juzgado ha aplicado indebidamente lo dispuesto en el art. 115-1 y 3 LGSS (motivo tercero), máxime si tenemos en cuenta la doble omisión padecida por el Juzgado en la descripción de lo sucedido: a) el desvanecimiento ocurrió cuando se dirigía al Hospital desde su domicilio, según consta en el parte de accidente de trabajo, en el informe de la Inspección de Trabajo, en el informe emitido por el Dr. Z. en mayo de 1998 y en la misma demanda (motivo primero); b) el fallecido tenía antecedentes de cardiopatía isquémica, como lo revelan el informe de alta hospitalaria emitido con motivo de su muerte y un informe del médico de empresa, de 6 de marzo de 1998 (motivo segundo).

Se han opuesto al recurso tanto el INSS-TGSS como la parte demandante.

SEGUNDO.- Ninguno de los dos motivos destinados a denunciar errores en los hechos probados puede prosperar.

En efecto, en cuanto al primero de ellos, basta con tener en cuenta que atañen a una cuestión irrelevante, desde el momento en que ninguno de los litigantes ha sostenido que el ataque se produjera dentro de su jornada laboral, estando implícita en la versión judicial de los hechos. Conviene señalar, no obstante, que los documentos invocados no avalan la denuncia efectuada, ya que ninguno de ellos señala que D. Luis Miguel viniera de su domicilio cuando sufrió el desvanecimiento.

Respecto al segundo, si bien los dos informes médicos mencionan esos antecedentes, carecen de la contundencia probatoria necesaria en esta fase del proceso, dado que únicamente los señalan como antecedentes, desconociéndose la razón de su conocimiento. Por otra parte, el hecho alegado también resulta inocuo para alterar el pronunciamiento recaído, desde el momento en que la causa del fallecimiento de D. Luis Miguel fue un espasmo de arteria coronaria, desconociéndose qué incidencia puede tener, en orden a producirlo, el hecho de que tiempo atrás hubiera sido diagnosticado de cardiopatía isquémica, máxime cuando, como aquí consta acreditado, al tiempo de sufrir el espasmo no presentaba patología coronaria e igualmente se ha descartado que lo sufrido fuera un infarto de miocardio.

TERCERO.- A) Nuestro sistema de seguridad social protege con más facilidad y, en ocasiones, con más intensidad al trabajador asalariado de las consecuencias del accidente laboral que de las que tienen su origen en una enfermedad común, pero bien entendido que aquél se define como "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena" (art. 115-1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por R. Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, vigente desde el 1 de septiembre de ese año, que reproduce el mandato del art. 84-1 del precedente texto refundido, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, vigente hasta entonces).

Concepto amplísimo, para cuya existencia se requiere la concurrencia de tres requisitos, que son: 1.º) existencia de una lesión corporal; 2.º) que ésta la sufra un trabajador; y 3.º) que haya relación de causalidad entre la lesión y el trabajo.

Noción que no parte del significado del término "accidente" que se utiliza en el lenguaje cotidiano -que implica un trauma, un golpe o una acción violenta y repentina-; al contra-

rio, parcialmente lo contradice, en cuanto que abarca distintos supuestos de enfermedades, en los que entre lesión y trabajo existe un nexo común de causalidad -sea ésta única o compartida-, como ocurre con las enfermedades que se padezcan anteriormente y se agraven por la lesión constitutiva del accidente (art. 115-2-f LGSS de 1994; art. 84-2-f LGSS de 1974), con las que se contraen con causa exclusiva en el trabajo y no estén tipificadas como enfermedad profesional (art. 115-2-e LGSS de 1994; art. 84-2-e LGSS de 1974) o con los efectos añadidos a la misma, derivados de enfermedades que complican el proceso de curación o que se contraen en el curso de éste (art. 115-2-g LGSS de 1994; art. 84-2-g LGSS de 1974), y bien entendido, claro es, que el significado exacto del término "lesión" es el de todo menoscabo físico o fisiológico que incida en la capacidad funcional de una persona (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992) o, en términos más sencillos y propios de su significado gramatical, el de "daño corporal", que resulta compatible, por tanto, con los casos en que tiene un origen morbosos, lento, no traumático, propio del modo en que se desarrolla aquél que vulgarmente se atribuye a una enfermedad.

De otra parte, el art. 115-3 de ese texto legal (o art. 84-3 del precedente) dispone que "se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo".

Presunción para cuya operatividad se requiere la concurrencia de dos requisitos: 1.º) que el trabajador sufra la lesión en el tiempo y lugar de trabajo, en cuyo caso la presunción entra inicialmente en juego; 2.º) que no haya prueba en contrario que desvirtúe esa conclusión.

El significado que tiene dicha presunción legal es el de estimar que, en esas concretas circunstancias (que ya conlleva reunir dos de los tres requisitos que tipifican al accidente laboral, como son los relativos al objeto -lesión corporal- y al sujeto que ha de sufrirla -trabajador-), concurre la relación de causalidad entre dicha lesión y el trabajo que éste efectúa, que constituye el tercero de ellos.

La interrelación entre esta presunción y el concepto legal de accidente de trabajo (con esa amplitud anteriormente referida) ha determinado que, como recordábamos en nuestras sentencias de 23 de noviembre de 1999, 19 de octubre de 1999, 8 de junio de

1999, 2 y 16 de febrero de 1999, 15 de septiembre de 1998, 19 de marzo de 1997, 1 de octubre de 1996, 24 de septiembre de 1996, 26 de marzo de 1996, 9 de mayo, 28 de febrero y 17 de enero de 1995, 16 y 28 de junio de 1994 (recs. núms. 1573/99, 1292/99, 262/99, 3145/98, 2697/98, 1174/98, 1688/96, 2742/95, 2.026/96, 1.104/95, 2.071/94, 1.684/94, 1.405/94, 2.106/93 y 2.641/93, respectivamente), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo haya sentado una sólida doctrina que se pone de relieve, entre otras, en sus sentencias de 29 de septiembre de 1988, 7 de marzo de 1987 y 22 de septiembre de 1986), junto a las más recientes de 27 de diciembre de 1995, 15 de febrero de 1996, 18 de octubre de 1996 y 27 de febrero de 1997, 18 de junio de 1997, 11 de diciembre de 1997, 23 de enero de 1998, 4 de mayo de 1998, 18 de marzo de 1999, 12 y 23 de julio de 1999, que tienen el valor añadido de venir sentadas con la finalidad de proclamar la doctrina buena en la materia. Doctrina según la cual dicha presunción entra en juego cuando la lesión presentada en el lugar y tiempo de trabajo tiene su origen en una enfermedad, salvo que exista prueba fehaciente de que el trabajo no ha sido también elemento decisivo en la producción o desencadenamiento del daño corporal sufrido.

De ahí que dicha Sala, por regla general, venga calificando como accidente laboral los supuestos de accidentes vasculares presentados en tales circunstancias, al no poder descartarse que el trabajo desempeñado hubiera sido elemento coadyuvante en su existencia: así lo revelan no sólo las dos primeras sentencias antes citadas, sino también las de 17 de noviembre de 1986 y 24 de septiembre de 1985, o la más reciente de 4 de mayo de 1998, enjuiciando casos de accidentes cerebrovasculares; las de 12 y 23 de julio de 1999, 18 de marzo de 1999, 23 de enero de 1998, 18 de junio de 1997, 27 de febrero de 1997, 18 de octubre de 1996, 15 de febrero de 1996, 27 de diciembre de 1995, 27 de junio de 1990, 22 de noviembre de 1988, entre otras muchas, referidas a casos de infartos de miocardio u otras alteraciones cardiocirculatorias. Repárese, por lo demás, que es la misma ciencia médica la que utiliza el término accidente para referirse a esos casos, y ello en razón al carácter súbito con que se presenta la lesión corporal, pero que ya pone de manifiesto que estamos ante algo distinto a la acción progresiva que caracteriza a la enfermedad, por más que ésta pueda constituir el soporte de aquél.

Adviértase que esa presunción legal no es absoluta sino relativa, de tal forma que permite demostrar que esa conclusión no es cierta ... pero sólo si queda acreditado cumplidamente en el proceso que el trabajo nada tuvo que ver en la

lesión y no, como frecuentemente se confunde, que en el origen de la lesión hay una patología previa o que el trabajo que se desempeñaba no exigía realizar esfuerzos físicos notables o sujetaba al interesado a una gran tensión (ya que estos últimos datos son insuficientes para descartar la relación de causalidad, tal y como lo han proclamado las sentencias dictadas por dicha Sala el 27 de diciembre de 1995, 15 de febrero de 1996, 18 de octubre de 1996, 27 de febrero de 1997, 23 de enero de 1998, 12 y 23 de julio de 1999, anteriormente mencionadas). Ciertamente es que, en muchas ocasiones, dicha prueba será difícilísima; pero también, que no en mayor proporción que la que hay para demostrar que esa relación de causalidad entre lesión y trabajo se da cuando no entra en juego esa presunción legal.

En realidad, el significado exacto de esa regla es invertir la carga de la prueba, con lo que se equilibra, en gran medida, la posición de las partes afectadas en orden a soportar los inconvenientes de la falta de acreditación, como puede verse con un ejemplo concreto: un trabajador que sufra un infarto o angina en cuyo desencadenamiento no pueda descartarse que haya sido elemento determinante el trabajo, pero tampoco pueda asegurarse que si influyó decisivamente. Repárese en que, si de verdad incidió, entraría en el concepto legal de accidente laboral; no, si en realidad nada tuvo que ver. Las dificultades de prueba de una u otra versión van a determinar distintas soluciones, según cuándo acontezca: así, si ocurre cuando no trabaja, quien alegue que se debe a un accidente laboral no conseguirá demostrarlo y sufrirá los perjuicios de esa falta de prueba... con menoscabo de la verdad real tan sólo en una de las dos alternativas posibles: si el trabajo resultó decisivo. En cambio, si acontece mientras trabaja, esa misma persona se beneficiará de la presunción legal antedicha, y ahora será su opositor el perjudicado por la dificultad de poder demostrar lo contrario... en detrimento de la realidad únicamente en una de las dos variantes existentes: si el trabajo careció de toda relevancia en la aparición del infarto o angina.

La relevancia que tiene, en estos casos, la mencionada presunción legal ha llevado a formular pretensiones sustentadas en que se ha de aplicar también

a los casos en que la lesión se presenta al ir o volver del trabajo, dado que son accidente de trabajo los ocurridos en tal momento (art. 115-2-a LGSS).

Sin embargo, una consolidada doctrina del Tribunal Supremo viene diciendo que, en casos de accidentes vasculares presentados en tales momentos, no opera la susodicha presunción legal, con fundamento en que el art. 115-3 LGSS requiere, para su entrada en juego, que la lesión surja en lugar y tiempo de trabajo. Dan testimonio de ese criterio aplicativo las sentencias de 14 y 21 de diciembre de 1998, 16 de noviembre de 1998, 20 de marzo de 1997, 21 de septiembre de 1996 y 4 de julio de 1995, o las más antiguas de 27 de febrero de 1984 y 23 de marzo de 1981, así como el auto de 2 de junio de 1999.

B) Criterio legal conforme al cual no cabe duda alguna de que, en orden a determinar la contingencia por la que D. Luis Miguel fallece, no puede entrar en juego la presunción legalmente establecida a favor de que se debió a accidente de trabajo, dado que su lesión no se produjo dentro de su jornada laboral. Conclusión que la sentencia recurrida acoge explícitamente y conlleva, en suma, que no haya incurrido en su indebida aplicación.

Ahora bien, al no poder beneficiarse la parte demandante del juego de esa presunción legal, no puede fundar la siempre imprescindible relación de causalidad entre lesión y trabajo más que demostrando que éste fue elemento decisivo en la producción de aquélla.

Extremo que no se ha dado, sin que los hechos probados de la sentencia tampoco sienten base suficiente como para poder deducir tal dato por vía de presunción humana (art. 1253 CC).

En efecto, tenemos que la muerte de D. Luis Miguel se debió a un espasmo de una arteria coronaria, pero para poder atribuirla al trabajo tendría que haberse demostrado que fue éste el que ocasionó el espasmo. El Juzgado sostiene que es así con base en que una de las causas de éstos es el factor emocional, dada la operación que iba a realizar de inmediato. Pero ese razonamiento no es lógico (que pueda ser un factor emocional no quiere decir que lo haya sido, cuando también lo pueden producir otras causas) y se apoya en una mera suposición (que el fallecido se encontraba alterado

emocionalmente por la operación que iba a realizar), contraviniendo lo dispuesto en el art. 1253 CC, que exige que el hecho deducido se asiente en otros debidamente probados, lo que no se ha dado respecto a si D. Luis Miguel estaba muy alterado o preocupado por la operación que iba a realizar. Extremo, este último, que tampoco cabe presumir, tratándose de un jefe clínico de hospital, con más de 20 años de servicio. Merece la pena indicar que el Juzgado yerra en su razonamiento, igualmente, cuando afirma que la operación era de alto riesgo, ya que lo que consta probado era otra cosa: que se iba a hacer con anestesia local (y no total) por el alto riesgo que esta última suponía en el paciente, lo que no es sinónimo de que la operación con anestesia local también fuera de alto riesgo (al contrario, presupone que no lo es).

En realidad, lo único que todos esos datos ponen de manifiesto es que no cabe descartar que el ataque se debiera a una tensión derivada de esa intervención, pero no que necesariamente fuera esa la causa o, cuando menos, la más probable. Estamos, con ello, ante el caso típico al que antes nos referíamos, en donde resulta clave la entrada en juego de la presunción legal para que la lesión se pueda atribuir a accidente laboral. No cabe aplicarla en este caso y, por tanto, al faltar la relación de causalidad entre el trabajo de D. Luis Miguel y su muerte, la demanda de su esposa e hijos debió desestimarse, como acertadamente lo sostiene la Mutua. Al no resolver así el litigio, el Juzgado ha incurrido en la indebida aplicación del art. 115-I LGSS, determinando el éxito del último de los motivos de recurso.

CUARTO.- La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito de 25.000 pts., la cancelación de los avales constituidos para garantizar el pago de la indemnización fijada en la sentencia y la devolución del capital coste de las pensiones que la Mutua hubo de ingresar en la TGSS (art. 201-I LPL), sin que proceda condenarla al pago de las costas que ha causado (art. 233-I LPL).

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de L.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Alava, de 15 de enero de 1999, dictada en sus autos n.º 416/98, seguidos a instancias de D.ª Margarita D.D., D. Mikel A.D. y D.ª Ederne A.D., frente a Hospital Santiago Apóstol, la hoy recurrente, Instituto Nacional de Seguri-

dad Social y Tesorería General de Seguridad Social, sobre contingencia de muerte. En consecuencia, con revocación de su pronunciamiento y desestimación de la demanda, absolvemos a los demandados de cuanto en ella se pide.

Una vez firme esta resolución, devuélvase a L.P. el depósito de 25.000 pts. y el capital coste de las pensiones, cancelándose el aval constituido para recurrir.

SENTENCIA NÚM. 11.

TSJ - Navarra - Social . S. de 14 de Enero de 2000 . Sr. Cubero Romero (Nº 2000015707)

Resumen: @ PRESTACIONES Y PENSIONES - Invalidez: solicitud de declaración de incapacidad permanente total o subsidiariamente parcial: trabajador afecto de traumatismo craneo-encefálico de trastorno cognoscitivo y síndrome orgánico de la personalidad leve: desestimación: valoración del equipo médico por debajo del 33% para el desempeño de su profesión. @ Recurso de suplicación nº 7/00

A Favor: Entidad gestora

En Contra: Trabajador

@2000-0157

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Navarra, se presentó demanda por DON DIEGO S.G., en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se le reconozca y declare afecto de Incapacidad Permanente Total o subsidiariamente Parcial, derivada de accidente no laboral, con derecho a percibir una pensión vitalicia equivalente al 55% de la base reguladora de 300.000 ptas. mensuales, 14 veces al año con efectos a partir del pasado 28 de mayo de 1999, o de 24 mensualidades de su base reguladora, mas las mejoras y revalorizaciones legales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el Sr. Secretario. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que desestimando la demanda interpuesta por DON DIEGO S.G. frente al INSS, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de los pedimentos frente a ella deducidos".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados: "Primero.- Don DIEGO S.G., nacido el 15-2-1971 se encuentra afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el n.º 31/10005571/10. El actor vino prestando sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa R. desde el 16-10-1992 con la categoría profesional de Recepcionista de Taller siendo su base reguladora a los efectos de la pretensión deducida de 132.943 ptas. al mes en el caso de la Incapacidad Permanente Total solicitada y de 155.100 ptas. en el caso de la parcial. Segundo.- Debido a las lesiones que padece derivadas de accidente no laboral fue incoado expediente de invalidez que fue referenciado en el n.º 99/503267/74. En fecha 27-5-1999, fue emitido el informe médico de síntesis y tras realizarse, en fecha 28.5.99 por el Equipo de Valoración de Incapacidades la propuesta correspondiente, dictó resolución la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 14-6-1999 desestimando la reclamación por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivos de una incapacidad permanente y ello tomando en consideración los siguientes menoscabos: "secuelas de traumatismo craneo encefálico de trastorno cognoscitivo y síndrome orgánico de la personalidad leves. Hemiapnosia izda. en el ojo izdo. sobre miopía y astigmatismo. Anosmia". Tercero.- Disconforme con la anterior resolución el actor interpuso reclamación previa el 5-7-1999, que fue desestimada el 19-8-1999 por no presentar nuevas pruebas médicas que hagan modificar la resolución que se recurre. Cuarto.- las lesiones que aquejan al actor son: Trastorno cognoscitivo leve.- Síndrome orgánico de la personalidad leve.- Hemiapnosia izda. en ojo izquierdo.- Quinto.- Las funciones habituales desarrolladas por el actor son la atención al público, atención telefónica, reclamación de garantías, etc."

QUINTO.- Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada del demandante, se formalizó mediante escrito en el que se consignan tres motivos, el primero y segundo, al amparo del art. 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, para revisar los hechos declarados probados; y el tercero, amparado en el art. 191.c) del mismo Texto legal, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEXTO.- Evacuado traslado del recurso no fue impugnado por la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia que desestimó la pretensión tendente a la declaración del actor en situación de Invalidez Permanente en grado de Incapacidad Total o subsidiariamente Parcial, es recurrida en esta sede de Suplicación por el propio interesado mediante la alegación de tres motivos; en los dos primeros de carácter fáctico, se interesa, al amparo del art. 191 apartado b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación de los hechos declarados probados cuarto y quinto del relato de probanzas.

Basamenta el recurrente estas revisiones en el informe de la Sección de Neuropsicología de la Clínica Ubarmin (obrante a los folios 27 y 89 de los autos) y en el certificado emitido por la empresa relativo a la funciones que integran la profesión del demandante (folio 25 de los autos), respectivamente.

De estimarse la primera de las citadas modificaciones, quedaría redactado el hecho cuarto del siguiente modo: "Las lesiones que aquejan al actor son: - Hemianopsia bitemporal incompleta, que impide la visión de la totalidad del campo visual, conlleva una pérdida de detalles relevantes/secundarios, provoca mayor fatigabilidad y enlentecimiento en la obtención de información- Trastorno cognoscitivo y de la personalidad leves por daño cerebral altamente discapacitantes, que dificultan una conducta eficaz y socialmente adecuada".

Por su parte, la adición propuesta daría lugar a la redacción del relato quinto como se expone a continuación: "Las funciones desarrolladas por el actor en su profesión habitual son las siguientes, según certificado de la empresa: -Tareas informáticas de recepción y facturación.- Conducción de vehículos para su ubicación y aparcamiento.- Entrega de vehículos a clientes.- Atención y seguimiento telefónico.- Conducción de vehículos para transporte urbano de clientes.- Administración de taller. (Garantías, inspecciones, archivo, etc..)".

Preciso se hace recordar que, para que pueda apreciarse el error de hecho en la valoración de las pruebas, han de concurrir los siguientes requisitos que: a) se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entiende equivocado,

contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; b) se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo alguno de sus puntos, ya completándolos; c) se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estima se desprende la equivocación del Juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; d) que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones más o menos lógicas, naturales y razonables; y e) que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico.

Sentado lo anterior, se impone la desestimación del motivo por las siguientes razones: en los supuestos de dictámenes médicos contradictorios debe aceptarse el que ha servido de base a la resolución recurrida, es decir, el admitido como prevalente por el Juez "a quo", a no ser que se demostrase palmariamente el error en que éste hubiera podido incurrir en su elección, por tener el postergado o rechazado una mayor credibilidad, dada la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar de mayor fuerza de convicción; y, respecto a la segunda de las modificaciones peticionadas, por cuanto, el propio Magistrado de instancia ya deja constancia expresa de las funciones que desempeña el trabajador accionante mediante una enumeración "ad exemplum", no cerrada, por lo que, en atención a los criterios antes citados, razones de economía procesal conducen a la desestimación de la revisión instada.

SEGUNDO.- En el tercero de los motivos, destinado a la denuncia del derecho aplicado en la resolución combatida, el recurrente expone literalmente "Al amparo del art. 141 de la LPL al objeto de examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia consideramos desajustada a derecho la conclusión alcanzada por el Juzgador "A Quo".

Aunque el motivo carezca de los requisitos legalmente exigidos (ex art. 194.2 de la Ley de Procedimiento Laboral) al no señalar el recurrente las concretas normas del ordenamiento jurídico o la Jurisprudencia que se consideran infringidas y se consigne, sin duda debido a un error mecanográfico, que dicho motivo se interpone con base en el art.

141 de la Ley de Procedimiento Laboral, esta Sala de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se atempera el rigor formalista procesal, procede a admitir el recurso formulado, por cuanto los defectos formales del mismo no tienen la entidad suficiente para determinar unas consecuencias de la gravedad de la inadmisión del recurso, limitando de esta forma el ejercicio de un derecho fundamental como es la de la formulación de los recursos como una consecuencia más del derecho a la tutela judicial efectiva contemplada en nuestra Constitución.

Efectuadas las anteriores precisiones y entrando en el examen de las cuestiones planteadas ha de tenerse en cuenta, como reiteradamente viene estableciendo esta Sala, que la Invalidez Permanente viene definida en el art. 134 de la Ley General de la Seguridad Social. En efecto, el n.º 1 del citado art. 134 -en la redacción dada al mismo por la Ley 42/1994, de 30 diciembre-, señala que, "en la modalidad contributiva, es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral".

Tres son, por tanto, las notas características que definen el concepto legal de la Invalidez Permanente: 1) que las reducciones anatómicas o funcionales sean objetivables ("susceptibles de determinación objetiva"), es decir, que se puedan constatar médicamente de forma indudable, no basándose en la mera manifestación subjetiva del interesado; 2) que sean "previsiblemente definitivas", esto es, incurables, irreversibles; siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de Invalidez Permanente, ya que, al no ser la Medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad. Y 3) que las reducciones sean graves, desde la perspectiva de su incidencia laboral, hasta el punto de que disminuyan o anulen su capacidad laboral en una escala gradual que va desde el mínimo de un 33% de disminución en su rendimiento normal para la profesión habitual -Incapacidad Permanente Parcial-, o la que impide la realización de todas o las fundamentales tareas de la misma -Incapacidad Permanente Total- hasta la abolición de la capacidad de rendimiento normal para cualquier profesión u oficio que el mercado laboral pudiera ofrecer -Incapacidad Absoluta-".

Teniendo en cuenta las secuelas objetivables que el actor padece -trastorno cognoscitivo leve, síndrome orgánico de la personalidad leve, y hemiapnosia izquierda en ojo izquierdo-, y la presumible permanencia de las mismas, que no ha sido objeto de debate, la cuestión se reduce a la consideración de la gravedad de las mismas desde la perspectiva de su incidencia laboral.

Tampoco este motivo debe ser aceptado, y ello se fundamenta, no sólo en la inadmisión de los anteriores motivos, sino también porque el estudio incidental del conjunto de los padecimientos del actor conducen, de manera inequívoca, a la estimación realizada por el Juzgador de instancia en su resolución judicial, en la que se han valorado las secuelas que presenta, a estos efectos invalidantes, conforme a las "particularidades del caso a enjuiciar" (STS de 2 abril 1992), interesando y evaluando la capacidad laboral residual como la posibilidad real de realizar su trabajo en unas condiciones normales de habitualidad, con el rendimiento suficiente y esfuerzo normal (STS de 22 septiembre 1989), sin exigencia, por tanto, de un esfuerzo superior o especial (SSTS de 11 octubre 1979, 21 febrero 1981 y 22 septiembre 1989), prestada su actividad laboral con la necesaria profesionalidad y conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia exigibles en todo trabajo (SSTS de 14 febrero 1989 y 7 de marzo de 1990), por tanto, de modo continuo y durante toda la jornada laboral ordinaria (SSTS de 16 febrero 1989 y de 23 febrero 1990), y ello, además, como ha reiterado esta Sala y de modo significativo en este caso sin que implique un incremento del riesgo físico propio o ajeno; alcanzando la cabal conclusión jurídica de que el estado funcional del actor no le impide la realización de las fundamentales tareas que constituyen el núcleo esencial de su profesión habitual, y ni siquiera le limitan hasta el extremo de alcanzar el umbral del 33% exigido para la declaración de la invalidez permanente en grado de parcial, tal y como refiere y calibra en su justa medida el Magistrado de instancia, en criterio que esta Sala no puede sino compartir.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de DON DIEGO S.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de

lo Social n.º Dos de los de Navarra, en autos seguidos a instancia de dicho recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en reclamación de INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

SENTENCIA NÚM. 12.

AP - Granada . S. de 3 de Noviembre de 2003 . Sección 3ª Sr. De Valdivia Pizcueta (Nº 3000537208) Nº Recurso: 847/2003 Nº Rollo: 357/2003

Resumen: @ RESPONSABILIDAD CIVIL - Responsabilidad extracontractual, Accidente de circulación reclamación de indemnización: doctrina

A Favor: Aseguradora, Demandado

En Contra: Actor

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictó resolución en fecha cinco de septiembre de dos mil dos, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda promovida por el Procurador Sr. Fernández de los Ríos Fernández, en representación de D. Eugenio , contra Dª Marí Luz y la Mapfre Mutualidad de Seguros. 1. Debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda indicada en el hecho primero de la presente resolución. 2. Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, al que se opuso la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a éste Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que, por éste Tribunal se han observado las formalidades legales en ésta alzada.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. CARLOS JOSE DE VALDIVIA PIZCUETA.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El señor demandante-apelante, reclama una indemnización, comprensiva de daños personales, materiales y morales, derivados de un accidente de circulación ocurrido el día cuatro de Julio del año 1998, sobre las 22 horas, en la Carretera Nacional

340, aproximadamente a la altura del punto kilométrico 331, cuando un vehículo, el conducido por la señora demandada, no respetando una señal de stop, colisionó contra el turismo que él manejaba, daños que han de incluirse más que en el concepto de daños personales continuados en el de mal diagnosticados, sin perjuicio de que su progresión durante el transcurso del tiempo, ha determinado unos daños personales (lesiones) y las consecuentes secuelas más acusadas. Esta primera mención, que contiene la esencia de la demanda hace preciso, como "prius" lógico que llevará al "posterius", una serie de puntualizaciones, que son las siguientes: A), **En los supuesto de culpa Aquiliana, de responsabilidad civil extracontractual ("extra rem"), se ha de hablar de relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño (o resultado dañoso), mas no basta la causalidad para que el hecho dañoso sea imputable al agente, y es que además es necesaria (precisa) en éste una conducta dolosa o negligente o, simplemente lícita en su inicio y desarrollo pero reprobable socialmente** (Sentencia del T.S. de 8-11-1990). Ahora bien al tratar de la causa, se puede acudir a la llamada teoría "de la equivalencia de las condiciones", es decir, todas las condiciones son entre sí equivalentes y cualquiera de ellas puede ser estimada como causa, o bien avanzando más ir hacia la teoría de la "causalidad adecuada" (se cita la Sentencia del T.S. de 1 de Abril de 1997), y de acuerdo con ella, o según ella, dentro de un conjunto de antecedentes, han de considerarse como causa en sentido jurídico, sólo a aquellos de los que quepa esperar, con base en un criterio de racionalidad regular, la producción de un resultado dañoso; esto hace decir, que filosóficamente la causa puede ser entendida, como producción de algo de acuerdo con una cierta norma, o el acontecer de algo según una cierta Ley que rige para los acontecimientos de la misma especie; pero la relación de causalidad, el nexos causal, ha de ser probado, y con certeza indiscutible, por lo que entre el evento dañoso y el daño a indemnizar, no pueden existir conjeturas, deducciones o probabilidades (Sentencias del T.S. de 16 de Junio de 1971, de 28 de Junio de 1979, de 20 de Marzo del año 2001 y de 26 de Julio y 6 de Noviembre del mismo año); lo que significa, que el demandante ha de demostrar aquél, el nexos causal, en su base fáctica, pues en tal materia no entran en juego los expedientes jurisprudenciales paliativo de la responsabilidad por culpa, que lo son para acentuar el rigor con que ha de ser aplicado el artículo 1104 del Código Civil, definidor de la culpa o negligencia (Sentencias del T.S. de 10 de Julio de 1943 y de 8 de octubre de 1988); B), **Que, el voluntarismo de parte, que llega a concebir la voluntad como un absoluto, no ha de imponerse sobre el criterio impar-**

cial, racional y fundado del Tribunal de la Instancia (Sentencias del T.S. de 21-12-1984, de 8-11-1986, de 10-5-1989 y de 30 de Octubre del años 2002); C), **Que, los informes o dictámenes elaborados a instancia exclusiva de la parte (téngase en cuenta que nos hallamos ante un litigio iniciado antes de la vigencia de la N.L.E.C.; no se olvide la Disposición Transitoria Segunda de aquella Norma), han de ser acogidos con cautela, pues no ha de apartarse, o dejar a un lado, que la prueba, y, en concreto, la pericial es la que se produce dentro del proceso, gozando así de efectiva contradicción; y la única forma de que alcance eficacia el dictamen pericial extrajudicial, es mediante la adveración y ratificación a través de una prueba testifical, se invoca la Sentencia del T.S. de 18 de Diciembre de 1993, lo que no la convierte en esencia, se citan las Sentencias del T.S. de 10-7-1992 y de 16-10-1995, en una prueba de esa naturaleza; testifical;** por otra parte se ha de tener en cuenta, que la apreciación de la prueba de testigos, artículo 659 de la L.E.C. 1881, artículo 376 de la N.L.E.C., no contiene reglas de valoración tasada, y la sana crítica constituye la norma, no preestablecida, que lleva a aquella (Sentencias del T.S. de 8-12-1981 y de 19-12-1989); D), **Que, la prueba pericial se aprecia libremente por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la Sana Crítica, reglas que tampoco se encuentran legalmente preestablecidas** (Sentencias del T.S. de 19-10-1982, 28-11-1992 y de 11-10-1994 y de 29-9-1997; artículo 348 de la N.L.E.C., artículo 632 de la L.E.C. 1881); señalándose además, que **los peritos no suministran al Juez su decisión, sino que simplemente le ilustran acerca de las circunstancias del caso y le dan su parecer, por lo que aquél puede llegar a conclusiones distintas a las que han mostrado los mismos; y E), Que en torno a la valoración del daño Corporal, se ha de decir: que existe una nueva tendencia, dirigida a dotar a los Jueces de elementos objetivos de valoración con relación al daño Corporal,** por eso al mencionar la Sentencia del T.S. de 26 de Marzo de 1977, que fue seguida por otras de igual signo, de 24 de Mayo y de 19 de Junio de 1997, no se tiene en cuenta, que la Sentencia del T.C. número 181, de 29 de Junio del año 2000, que al tratar acerca de la "Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor", y sobre su Anexo (téngase en cuenta la Disposición Adicional Octava, de la Ley 30/1995, de 8 de Noviembre, "De Ordenación y Supervisión De Los Seguros Privados"), resolvió las cuestiones atinentes a la Constitucionalidad, con relación al artículo 1.2 de la Ley que se acaba de citar (La Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de

Vehículos a Motor), con respecto a las reglas 1ª, 5ª y 7ª del Anexo, apartado primero, así como, con relación al párrafo c) del apartado segundo y Tabla V del Anexo; declarando en su fallo: Que eran inconstitucionales y nulos, en los términos contenidos en el último fundamento jurídico de la sentencia; "1ª el inciso final y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla del apartado C) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado Letra B), factores de corrección de la Tabla V, ambos del Anexo que contiene el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción dada a la misma por la Disposición Octava de la Ley 30/1995, de 8 de Noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. 2º, Desestimar, en todo lo demás, las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas"; además, en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia el Tribunal Constitucional vino a establecer el carácter vinculante (no orientativo) del Sistema Legal de Baremos afirmando, que "El sistema Tasado o de Baremo introducido por la Ley 30/1995 vincula, como es lo propio de una disposición con rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede del proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la Circulación de Vehículos a motor. Tal vinculación se produce no sólo en los casos de responsabilidad civil por simple riesgo (responsabilidad "cuasi objetiva"), sino también cuando los daños sean ocasionados por actuación culposa o negligente del Conductor del Vehículo"; lo que no impide, añadimos, que el Tribunal, dentro de la dosimetría que el Baremo entraña, pueda recorrer su escala en atención a las circunstancias del caso concreto. Con ésta base doctrinal, se ha de abordar el supuesto de litis, no sin antes señalar, que no se puede (no se ha de tratar) asimilar la prueba pericial a la de presunciones, ya que la prueba pericial es una directa, no subsidiaria, pues determina el hecho probado mediante la valoración que se obtiene a través de las reglas de la Sana Crítica, mientras que la de presunciones (artículos 385 y siguientes de la N.L.E.C., antiguos artículos 1249 y 1253 del Código Civil), son un medio de prueba indirecto en la búsqueda de la evidencia; dicho ello, no cabe duda, que existen en el supuesto de litis numerosos dictámenes, estudios médicos, que caen en contradicción, extrayendo valoraciones, muchos de ellos, sobre informes ya emitidos; pero se ha de partir de un dato cierto e indiscutible: Cuando el Señor Demandante fue ingresado en el Servicio de Urgencia del

Hospital Básico del Motril, en la noche del día 4 de Junio de 1998, no aparecía en él un traumatismo craneoencefálico, y, menos aún, de condición severa (tan sólo se mostraba un traumatismo torácico), arrojando la exploración Glasgow un nivel de conciencia normal (15), el señor lesionado estaba orientado y colaborador. Por otra parte el Servicio de Urgencias del Hospital de Traumatología de Granada, en fecha 10 de Junio del año 1998, no apunta hacia la pérdida de conciencia en el paciente, que tan sólo presentaba dolor en la columna lumbar y cervical, náuseas y dolor en el pecho, no se mencionan otros síntomas. En este punto conviene recordar, que el señor D. Eugenio, llevaba puesto en el momento de ocurrir el accidente el cinturón de seguridad, por lo que la lesión cefálica, de la que se extraen por la demandante importantes conclusiones indemnizatorias, lesión por aceleración/deceleración, difícilmente se puede producir, dando lugar al daño cerebral que se predica. El Doctor Juan Francisco, que estudia al paciente, tras practicar radiografías, así como una resonancia magnética de la columna vertebral cervical, revela la existencia de una hernia discal en el señor lesionado, hernia posterolateral izquierda C6 y C7; en Sevilla, en la Clínica FREMAP, a donde aquel es trasladado en fecha 29-7-1998, es estudiado por especialistas en Neurología, Neurocirugía y Traumatología, realizándose una resonancia magnética craneal el 30-7-1998, que arroja normalidad, con ligera atrofia de tipo cortical y predominio frontal, y un TAC craneal, el día 31-7-1998, que es normal, siendo su alta médica en dicho Hospital el 5-8-1998. El Doctor Isidro informa, en fecha 4 de Noviembre del año 1998, antes se le había realizado al Señor Demandante (el día 29-10-1998) una Resonancia de cráneo y una angioresonancia (Resonancia normal, con signos de atrofia cortical y angioresonancia con discreta estenosis a nivel de la arteria vertebral derecha), que el paciente presenta una isquemia transitoria a nivel de territorio vértebro-basilar como causa de su patología; pero no le es posible asegurar si el síndrome de latigazo la desencadenó; estamos, pues, ante las conjeturas, las deducciones o probabilidades, de que se ha hablado antes, que impiden apreciar una relación causal (causa-efecto) entre el evento culposo y el daño a indemnizar. Con ello pasamos al dictamen elaborado por el Señor Don Carlos Jesús; no se puede apartar, y lo resalta el Juzgador "a quo", que se trata de un dictamen elaborado a instancia de parte, extrajudicial, y en el que se funda la demanda; en éste dictamen se habla de que el paciente el señor demandante sufrió un estado de semiinconsciencia, que no se revela, pues incluso el actor después del accidente, inmediatamente, firmó o subscribió con la señora hoy demandada la declaración o parte amistoso del mismo; se ha dicho, que en el Parte de Ingreso de

Urgencias, no se refiere ningún estado de semiinconsciencia, pues el señor Don Eugenio se encontraba, por el contrario, orientado y colaborador. Además en aquél parte -se dijo- sólo aparece un "Traumatismo Torácico", si ello es así, y, además, se le une la resonancia magnética de fecha 29-10-1998, ya citada, en que no se muestra una etiología traumática, la llevada a cabo el día 4 de febrero del año 2000, en el Centro de Diagnóstico de Granada, y se agrega el Electroencefalograma, realizado el día 10 de Febrero del año 2000, en el Hospital Clínico de Granada, todo ello arroja un resultado normal, y mal se ha de pretender, que el actor padezca una lesión Axonal difusa como consecuencia del accidente vial, dando extrema relevancia al dictamen del señor Carlos Jesús, sin tener en cuenta algo que se apuntó en líneas superiores, los peritos ilustran al Tribunal no le vinculan, por lo que en ningún caso -y aquí se hace- se puede negar a aquél (al Juez o Tribunal), las facultades de valoración del informe que recibe (Sentencias del T.S. de 31-3-1967 y 10-2-1994); de modo que el Juzgador puede prescindir totalmente del dictamen pericial, puede si dictaminan varios, aceptar el resultado de algunos y desechar el de los restantes peritos, y puede, incluso, sustituir al perito (nos referimos al Juez o Tribunal), cuando se considere suficientemente informado por sí, según su preparación, para conocer y apreciar el objeto de la cuestión litigiosa; con éste hilo discursivo, volvemos a insistir en esto, lo que no es dable, es que se pretende convertir la prueba pericial en una de presunciones, las razones ya se expusieron. Estas estimaciones llevan al informe emitido por el Doctor D. Gabriel, dictamen de parte, también, en este caso de la demandada, que arroja luz, eso sí sobre la Diplopia, aun cuando no afirma de manera clara su origen; en cuanto al dictamen del catedrático Sr. Don Jose Antonio, aparte del "iter" que se describe por el Juzgador "a quo", en torno a su nombramiento, llegada a él de la documentación técnica pertinente, y examen previo del paciente, antes de aceptar su pericia, señalar: que su informe breve, en el que se indica, de nuevo, una pérdida de conciencia transitoria (en el paciente), que como antes de dijo no está comprobada en la forma que pretende la actora, utiliza la locución puede y así dice: "las secuelas que presenta el enfermo pueden estar relacionadas con el traumatismo sufrido", con lo que se vuelve al acaso, al quizá, por lo que se penetra en la conjetura, en la deducción, en la probabilidad, que desvirtúan la certeza del nexo causal, el que ha de existir entre el evento dañoso y el daño de el mismo derivado, el que se pide indemnizar. Este razonar se contradice con la referencia a la inducción, que al hacerla el perito, se integra en la idea de probabilidad, "induce a que lo lógico es pensar", no de certeza

plena. Así, pues, su Dictamen, frente al emitido por el Doctor D. Armando , perito designado con contradicción, es incompleto. El de éste perito es muy minucioso y detallado, pasando por un análisis de las pruebas a que se ha sometido el señor demandante, con crítica y razón argumental, rechazando la relación "causa-efecto", con respecto a las lesiones objeto de este litigio y el accidente vial. Por último el Dictamen emitido por la Señora Médico-Forense adscrita al Órgano Jurisdiccional "a quo" coincide en sustancia con el informe emitido por el Doctor Don Armando , y tras un examen de toda la documentación clínica existente (muy numerosa y llena de lagunas y contradicciones), llega a unas conclusiones, que tomadas (aceptadas) por el Juzgador "a quo", éste Tribunal "ad quem" aprueba, aceptando asimismo la referencia al tiempo de curación de las lesiones, el referido en la sentencia de la Primera Instancia, pues lo que no se ha de pretender es introducir en aquél días (tiempo) que no guarda relación con las derivadas (nos referimos a las lesiones) del accidente vial. Luego las lesiones padecidas, como consecuencia del accidente de tráfico por el Señor Don Eugenio , son las que se describen; y no otras de etiología no precisada, por tanto las secuelas padecidas por el actor a consecuencia del accidente de tráfico son: A), Síndrome postconmocional; B), Hernia Cervical; y C), Paresía (discreta) del motor ocular común derecho; lesiones y secuelas que, por supuesto, han sido indemnizadas debidamente por la Entidad aseguradora demandada. Ahora poner de manifiesto, que si el Orden Jurisdiccional Civil no queda vinculado por el Social, siendo plenamente independiente para enjuiciar conductas y resultados cuando se accione con amparo en los preceptos contenidos en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, reguladores de la Culpa Extracontractual, mal puede serlo por meras Decisiones Administrativas, procedentes de aquél campo. Agregar ahora, que si el Baremo, o mejor dicho, el Sistema de Tablas ajustadas para determinar (valorar) el daño Corporal es meramente orientativo -como se sostiene- no sería la parte la llamada a fijar con toda certeza el "quantum" de aquél, sino el Tribunal, se citan las Sentencias del T.S. de 22 de Mayo de 1995 y de 25 de Enero de 1997; el Tribunal de la Instancia, queremos decir, sería el que lo haría apreciando el daño a indemnizar no solo en su existencia, sino también en su alcance cuantitativo. Cuestión, la que se acaba de referir, de hecho, reservada exclusivamente al Juzgador de la Instancia.

SEGUNDO.- Ante la complejidad fáctica que se muestra, por dicha razón, no se ha de formular una expresa condena en cuanto a las costas causadas en ésta Alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone, el siguiente

FALLO

Que, debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez de Primera Instancia número Uno de los de Motril (Granada) en fecha cinco de septiembre del año dos mil dos, sin formular una expresa condena en cuento a las costas causadas en esta Alzada.

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

SENTENCIA NÚM. 13.

AP - Alava. S. de 5 de Septiembre de 2003. Sección 2ª Sr. Poncela García (Nº 3000017505) Nº Recurso: 150/2003 Nº Rollo: 77/2003

Resumen: @ FALTAS CONTRA LAS PERSONAS (CP 1995) - Imprudencia leve con resultado de lesiones Concurrencia de culpas: estimación: uno de los conductores pasó en rojo el semáforo y el otro lo hizo antes de que cambiara a verde: conductas de similar negligencia: Indemnización: valoración de secuelas: aplicación del baremo: Gastos futuros que suponen las limitaciones funcionales padecidas: desestimación: no son gastos médicos de curación, que desgraciadamente ha agotado sus posibilidades, sino de asistencia y mantenimiento propias de las disfunciones orgánicas de la víctima, que encuentran satisfacción económica en los factores de corrección por perjuicios económicos para grandes inválidos.

En Contra: Condena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la mencionada fecha se dictó por el Juzgado de Instrucción nº I de Vitoria sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "QUE DEBO DE CONDENAR y CONDENO a Javier e Víctor Manuel como autores criminalmente responsables de una falta de imprudencia leve con resultado de lesiones tipificada en el artículo 621.3 y 4 del Código Penal a cada una de ellos, la pena de 15 días multa a razón de 30 euros cuota diaria (450 euros) y privación a conducir vehículos a motor por un plazo de tres meses, pago de las costas procesales y que indemnicen a:

- Gustavo: deberá ser indemnizado la cantidad de 793.712,44 euros, desglosados en los siguientes conceptos: 25.142,64 euros por los días de incapacidad temporal, 270.624,20 euros por la incapacidad permanente, 73.325,24 euros por los daños morales complementarios, 219.975,75 euros por la gran invalidez, 54.993,94 euros por perjuicios morales a familiares, 30.500 euros por adecuación de vivienda, 105.950,67 euros por los gastos y 13.200 euros por los gastos futuros presupuestados a plazo cierto, con expresa reserva de acciones de los gastos futuros de imposible cuantificación actualmente.

De dicha suma debe descontarse las cantidades que ya han sido entregadas al lesionado.

- Daniel deberá ser indemnizada en 1.964,54 euros por los días que tardó en curar.
- Víctor Manuel deberá ser indemnizado en 669,75 euros por los días que tardó en curar.

Asimismo declarar la responsabilidad civil directa y solidaria de las Compañías de Seguros ALLIANZ RAS y FIAT, que deberán indemnizar cada una de ellas, a Gustavo y a Daniel en un 50%, y la Compañía de Seguros ALLIANZ RAS, conforme al fundamento de derecho cuarto párrafo segundo, a Victor Manuel ". En fecha 14.5.03 se dictó Auto aclaratorio que dice: "DEBO ACLARAR Y ACLARO la sentencia antes citada en el sentido de añadir en el segundo párrafo de la indemnización de Gustavo "que de dicha suma deben descontarse las cantidades de 120.202,42 euros y 250.226, 54 euros que ya han sido entregadas al lesionado".

SEGUNDO.- Dentro del plazo legal se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por las representaciones de D. Jorge, Fiatc, Mútua de Seguros Generales y Allianz, Cía. de Seguros y D. Javier , alegando los motivos que se examinarán en los fundamentos jurídicos de esta resolución, recursos que fueron admitidos a trámite mediante proveído de 9.06.03, dándose traslado a las partes por diez días para alegaciones, presentando ambas partes impugnación a los recursos presentados de adverso, elevándose los autos a esta Audiencia, previo cumplimiento de los trámites legales.

TERCERO.- Recibida la causa en la Secretaría de esta Audiencia, en fecha 21.07.03 se formó el Rollo, registrándose y turnándose la ponencia, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, para que dicte la resolución que corresponda.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En los presentes autos han sido enjuiciadas las responsabilidades civiles y penales derivadas del accidente de circulación acaecido el 20 de octubre de 2000 en el cruce de la calle Adriano VI y la Avenida de Gasteiz de esta capital, donde colisionaron los automóviles conducidos por los dos acusados, provocando las graves lesiones de los ocupantes que constan de manera incontrovertida en las actuaciones. Frente a la sentencia de instancia se alza D. Jorge, representante legal de su hijo Gustavo , principal perjudicado, y también Fiatc, Mutua de Seguros Generales, que cubría la responsabilidad civil de Victor Manuel , así como la compañía aseguradora Allianz junto a Javier; la materia de debate planteada en esta alzada versa sobre la responsabilidad penal del

Sr. Víctor Manuel, la pena impuesta al Sr. Javier , la gradación porcentual que cuantifica la concurrencia de culpas y las diversas partidas y conceptos de la indemnización reclamada para el Sr. Jorge. En el orden expuesto serán tratadas las cuestiones.

SEGUNDO.- La compañía de seguros Fiatc impugna la relación de hechos probados de la sentencia, que declara acreditado que su asegurado, Víctor Manuel , se introdujo en el cruce cuando su semáforo, el de la calle Adriano VI por la que circulaba, permanecía en fase roja; niega, por tanto, la imprudencia y la responsabilidad penal del Sr. Víctor Manuel. Sin embargo, la recurrente no representa ni defiende a su asegurado, y éste se ha aquietado al pronunciamiento condenatorio que le afecta en exclusiva, de modo que aquélla carece de legitimación para plantear una cuestión que la inactividad del interesado ha convertido en cosa juzgada firme e inatacable.

La aseguradora sí puede impugnar el cálculo de la concurrencia de culpas y el reparto de responsabilidades civiles, por tratarse de pronunciamientos que a ella le atañen como responsable civil directa. No obstante, nada procede variar al respecto. Los semáforos reguladores de intersecciones en vías urbanas están coordinados para dejar unos segundos de seguridad entre el tránsito rodado por una calle y el que procede del que la cruza, y ambos conductores anularon ese tiempo y la consecuente seguridad con actos equiparables, el Sr. Javier pasando en rojo después de la fase ámbar y el Sr. Víctor Manuel haciéndolo antes de que se pusiera verde, guiado probablemente del semáforo peatonal; ambos demostraron un comportamiento de similar negligencia, vicios de la conducción que no por habituales son menos graves y peligrosos, como aquí se ha demostrado. Las circunstancias expuestas en el recurso, en apoyo de una diferenciación de conductas y diversidad de culpas, son accesorias a los actos principales, determinantes del siniestro.

En cuanto a las penas impuestas a Javier , pretende éste la revocación de la retirada del permiso de conducir con base en un matiz que al tribunal parece irrelevante, cual es que cruzó en el preciso momento que el semáforo pasaba de ámbar a rojo, y que no lo rebasó en rojo; la relación de hechos probados permanece incólume, cuando debía detenerse no lo hizo, y la fase ámbar del semáforo no invita a acelerar, sino a frenar.

Sus actos entrañan una imprudencia punible y las penas dictadas son acordes a su relevancia y gravedad.

TERCERO.- Las cuestiones relativas a las indemnizaciones serán examinadas por el orden de exposición de los tres escritos de recurso, en los apartados que éstos identifican, y el primero de ellos, suscitado por la defensa letrada del Sr. Jorge, es el resarcimiento económico por la incapacidad temporal.

El Médico forense emitió informe pericial al tiempo del alta en la Unidad de Daño Cerebral del Hospital Aita Menni de Mondragón, "tras un año de tratamiento y ante escaso beneficio del tratamiento en régimen de internamiento", y calculó un período de curación de 487 días, de los cuales 108 estuvo hospitalizado y 379 imposibilitado para sus ocupaciones habituales. En tales términos fijó la juzgadora de instancia la indemnización, pero el recurrente pretende añadir los 255 días que el lesionado permaneció en el Centro Estatal de Atención al Daño Cerebral (CEADAC) después del alta de aquel hospital.

No cabe estimar la pretensión. El Médico forense consideró que "dado el tiempo transcurrido desde el accidente y ante la lenta mejoría que se puede esperar de las lesiones en los próximos meses o años se pueden considerar éstas como establecidas (sic)", opinión que resultó corroborada por el informe de CEADAC, según el cual, en el tiempo que Gustavo estuvo allí, "su evolución cognitiva ha sido lenta y no favorable" y "se puede decir que su funcionamiento actual es similar al de hace unos meses con mejor capacidad atencional", de modo que los logros alcanzados con los programas de tratamiento no se consolidaron, y al finalizar, su funcionamiento retrocedía. Esas leves mejorías no obstan para apreciar estabilizadas las lesiones en el momento fijado por el Forense.

CUARTO.- La reclamación pecuniaria del Sr. Gustavo parte de valorar las secuelas en 180 puntos de baremo, 100 para resarcir las lesiones permanentes de carácter funcional y 80 para las de naturaleza estética, que se suman aritméticamente a los otros. La juzgadora de instancia establece la indemnización conforme a la puntuación de 100, que considera límite máximo de acuerdo a las reglas del baremo legal, criterio que hemos de confirmar.

La regla 2ª del baremo explica de manera conjunta el sistema de puntuación de las tablas III y VI; en la tabla VI se relacionan las lesiones funcionales, y también los perjuicios estéticos, con sus respectivas horquillas de puntuación, y si hay varias concurrentes se calculan los puntos, bien mediante la denominada fórmula Balthazar, bien por suma aritmética, pero "en cualquier caso, la última puntuación no podrá ser superior a 100 puntos", previsión reforzada en la tabla III, que no contempla una indemnización básica por lesiones permanentes superior a 100 puntos. La interpretación sistemática de las normas del baremo legal nos lleva a ratificar la decisión de instancia.

QUINTO.- Reclama el representante legal del lesionado una indemnización en concepto de perjuicios patrimoniales, desglosados en lucro cesante (conforme a un informe actuarial de cálculo de salarios y comisiones dejadas de percibir) y daño emergente (por los costes de ayuda de una persona para atender al lesionado), que la sentencia impugnada desestima y sustituye por la aplicación del factor de corrección en un porcentaje del 10%.

Conviene empezar aclarando que el lucro cesante sí está cubierto por los índices correctores del baremo, pues de otro modo carecería de sentido su cálculo sobre la base de los ingresos netos de la víctima por trabajo personal. La resolución de instancia expone y aplica la doctrina constitucional sobre la materia y los criterios decisorios usados al respecto por esta Audiencia, y el tribunal debe confirmar el pronunciamiento. **El informe actuarial aportado y los argumentos del recurrente no bastan para demostrar un perjuicio económico real superior al resarcido por el baremo legal en sus diversos apartados, un detrimento efectivo insatisfecho por la sentencia de instancia. Los fundamentos y el contenido del baremo y los razonamientos jurídicos de la Juez "a quo", que hacemos propios por remisión, apoyan esta decisión, los factores de corrección cubren el perjuicio patrimonial que la víctima ha conseguido acreditar.**

SEXTO.- En cuanto al factor de corrección por gran invalidez, la sentencia no reconoce la cuantía máxima solicitada "al estar previsto para las minusvalías del 100%" y aquí tampoco procede estimar el recurso. Al Sr. Gustavo se le valoran las secuelas en la máxima puntuación legal sin necesidad de desglose, porque resulta evidente que el cálculo de

todas ellas supera de largo dicho límite superior, lo cual supone una grave minusvalía; sin embargo, el baremo establece que las bases de cálculo del índice corrector son la edad de la víctima y el grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida, y asimila a esta prestación los costes de asistencia en los estados de coma vigil o vegetativos crónicos, casos de total incapacidad para llevar a cabo dichas actividades. No se halla el Sr. Gustavo en tal situación, lo que justifica cifrar la indemnización correctora en importe inferior al máximo previsto, y a partir de ahí, el tribunal no aprecia cicatería o injusticia en la ponderación que al respecto efectúa la sentencia del Juzgado.

SÉPTIMO.- Respecto a la indemnización por perjuicios morales a familiares, no cabe negar la legitimación que para tal reclamación cuestiona la compañía de seguros Fiatc en su recurso, pues la intervención de D. Jorge, representación como tutor de su hijo Gustavo, puede considerarse extensiva a esta materia. Como bien argumenta el interesado en su oposición al mencionado recurso, los perjuicios morales de familiares constituyen un factor corrector de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (tabla IV), no aparece como concepto autónomo, y la legitimación para reclamarlos corresponde a quien la regla 1ª del baremo identifica como perjudicado en estos casos, la víctima, aunque el resarcimiento tenga como destino compensar a los familiares. Además, la impugnación de la legitimación debió plantearse en la instancia y no consta que se hiciera.

Por otro lado, tampoco procede acoger el recurso del Sr. Gustavo sobre la cantidad reconocida, pues la Juez de instancia cifra el importe en la mitad del margen establecido por el baremo, y si bien no fundamenta su decisión, tampoco las circunstancias alegadas por el recurrente revelan un perjuicio superior a las graves alteraciones familiares que cualquier situación similar entraña, no justifican una indemnización en su cuantía máxima.

OCTAVO.- Fácil resulta suponer que el lesionado requerirá de traslados y viajes, pero el baremo no le beneficia con ninguna presunción relativa a los costes de adaptación de vehículo (al contrario de lo que sucede con otros apartados de la tabla IV), de modo que el recurrente debía aportar prueba concreta y suficiente sobre este extremo (máxime cuando la cuantía de la indemnización depende de las características del vehículo),

que aquí no se ha practicado, por lo que la desestimación de la juzgadora de instancia es correcta.

NOVENO.- En relación a los diversos gastos derivados del siniestro, la sentencia impugnada estudia todos ellos con detalle, su prueba en autos, relación de causalidad, necesidad y probabilidad, y haciendo uso de las facultades de moderación dicta un pronunciamiento razonable y motivado, cuyo error o injusticia no demuestra el recurrente con argumentos eficaces.

DÉCIMO.- La parte acusadora reclamó la cantidad de 37.540 euros por los gastos futuros presupuestados a plazo cierto y formuló reserva de acciones civiles para los gastos futuros de imposible cuantificación en la actualidad, pretensiones que fueron estimadas en la instancia, si bien la cantidad determinada fue reducida a 13.200 euros. Las dos compañías aseguradoras recurren ambas decisiones.

El artículo 1-2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación a Motor establece que "los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley"; y la regla 1ª-6 del mencionado anexo dicta que "además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria". Dicha asistencia médica es la necesaria y tendente a la curación del lesionado, gastos de tratamiento indemnizables hasta que cesan las posibilidades de sanar, hasta la estabilización de las lesiones; desde ese momento, las dolencias restantes constituyen secuelas, lesiones permanentes, que son resarcidas conforme a los valores de las tablas del baremo, con los factores de corrección pertinentes. **Los gastos futuros que supongan las limitaciones funcionales derivadas de las secuelas hallan satisfacción a través de las tablas de indemnizaciones básicas y de índices correctores, y a esta naturaleza corresponden los gastos futuros, presupuestados o por cuantificar, que reclama el perjudicado; se trata de los costes de rehabilitación de mantenimiento músculo- esquelético, fisioterapia, logopedia y terapia ocupacional, no son gastos médicos de curación, que desgraciadamente ha agotado**

sus posibilidades, sino de asistencia y mantenimiento propias de las disfunciones orgánicas de la víctima, que encuentran satisfacción económica en los factores de corrección por perjuicios económicos para grandes inválidos. Aceptar la reclamación supondría, no solo duplicar partidas indemnizatorias, sino también crear de manera encubierta una renta vitalicia que no ha sido solicitada, y que, además, caso de concederse, no debería ser complementaria, sino sustitutoria de la indemnización ya concedida (regla 1ª-8 del baremo). Por ello procede rechazar el resarcimiento de gastos futuros, y desde luego la reserva de acciones civiles por los no cuantificables: después del presente juicio sólo podrán ejercitarse acciones por hechos nuevos (regla 1ª-9), y tal derecho no necesita de hacer declaración expresa de reserva.

DECIMOPRIMERO.- Finalmente, respecto a los intereses legales del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, es incontestable que tienden a penalizar las conductas de las aseguradoras, renuentes o tardías al cumplimiento de las obligaciones derivadas del siniestro, y la manera de evitar su imposición pasa por realizar actos demostrativos de la voluntad de pago. Así lo hicieron las dos entidades aseguradoras, consignando veinte millones de pesetas dentro del plazo de tres meses, numerario que el Instructor calificó de suficiente (disposición adicional de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor), pero la consignación inicial de un importe mínimo no exime a las deudoras de efectuar nuevos actos de cumplimiento, porque el transcurso del tiempo puede convertir en manifiestamente insuficiente lo que al principio bastaba, y la pasividad de las aseguradoras puede revelar morosidad en el pago de una deuda superior y evidente. Después de aquella primera consignación transcurrió casi año y medio hasta la segunda, a cargo de la compañía Allianz, transcurridos cuatro meses desde el informe del Médico forense, que las responsables no han cuestionado; en cuanto a la compañía Fiatc, nada.

Difícilmente puede justificarse esa tardanza en la indeterminación e iliquidez de la deuda (por otro lado existente en la inmensa mayoría de los casos), después del informe del Médico forense; y tampoco en la concurrencia de culpas, que no afectaba a la víctima, ni podía influir en el montante de la indemnización que le correspondiese. Lo cierto es que, después de las consignaciones iniciales, no hubo actos temporáneos reveladores de la voluntad de cumplimiento, de pago del importe mínimo, derivado del transcurso del

tiempo y del conocimiento de la evolución del lesionado. El apartado 8º del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro constituye una excepción a la regla general, la causa justificada o inimputable, que como tal no puede interpretarse y aplicarse de manera extensiva. Consecuentemente, procede imponer dichos intereses legales, apreciando mora de las aseguradoras.

DECIMOSEGUNDO.- De acuerdo con los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debo estimar y estimo parcialmente los recursos de apelación interpuestos por el procurador Sr. De Las Heras, en nombre y representación de D. Jorge , representante legal de D. Gustavo, de la procuradora Sra. Mendoza, en nombre y representación de Fiatc, Mutua de Seguros Generales, y de la procuradora Sra. Frade, en nombre y representación de la Cía. Seguros Allianz y de D. Javier , contra la Sentencia nº 199, de fecha 16 de abril de 2003, dictada en los autos de juicio de faltas que bajo el número 908/2000 se siguen ante el Juzgado de Instrucción nº I de Vitoria-Gasteiz, y en consecuencia, revoco la resolución impugnada en el sentido de dejar sin efecto la reserva de acciones y la indemnización por gastos futuros presupuestados a favor de D. Gustavo , de modo que la condena pecuniaria en beneficio de este perjudicado asciende a 780.512'44 euros, cantidad que devengará los intereses legales previstos en el artículo 20 L.C.S. desde la fecha del siniestro. Quedan confirmados los restantes pronunciamiento de la sentencia de instancia. Se declaran de oficio las costas de la segunda instancia.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso ordinario de ninguna clase.

SENTENCIA NÚM. 14.

AP - Burgos . S. de 5 de Septiembre de 2003 . Sección 1ª Sr. Marín Ibáñez (Nº 3000092122) Nº Recurso: 280/2003 Nº Rollo: 165/2003

Resumen: @ FALTAS CONTRA LAS PERSONAS (CP 1995) - Lesiones Sobre falta de lesiones por imprudencia: accidente de circulación: examen fáctico: valoración de la prueba pericial: del médico forense: de la no vinculación del órgano Jurisdiccional al informe del médico forense. @ RESPONSABILIDAD CIVIL - Restitución, reparación de daños e indemnización, Concurso de culpas Se señala que la compensación de responsabilidades equivale a la denominada de modo tan frecuente como impreciso "compensación de culpas" expresión esta última poco exacta puesto que la culpa, como elemento subjetivo, no es susceptible de ser sometida a aplicación compensatoria alguna. @ PENAS - Aplicación Se dispone que los Jueces y Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título, y fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

Resolución Parcial: En Contra: Condena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la primera instancia, expuestos en la sentencia recurrida.

El Juzgado de Instrucción del que dimana este rollo de Sala dictó sentencia, en cuyos antecedentes se declaran probados los siguientes hechos:

"I.- el miércoles, día 8 de diciembre de 1.999, D. Fernando conducía el turismo Opel Corsa, matrícula DU-....-DY , por la carretera C-629 (Burgos-Santoña), sentido a Burgos, a 60 kilómetros por hora, siendo intensa la niebla y estando el firme mojado, cuando en un tramo recto ligeramente descendente, a la salida de una curva peligrosa a la derecha de reducida visibilidad, precedida de señales de peligro por hielo y firme deslizante, limitación de velocidad a 40 km/hora y prohibición de adelantamiento, se desplazó al carril contrario, perdiendo el control del turismo y cayendo éste por el desnivel del lado contrario al que circulaba, desplazándose el coche hasta chocar lateralmente contra un árbol. En el interior del vehículo viajaban además del conductor:

Donato en el asiento del copiloto, y en la parte de atrás Mónica, nacida el 23/08/74, en el lado derecho; Pablo, nacido el 27/08/1.982 en el izquierdo y Virginia en el asiento posterior central.

- 2.- Como consecuencia de lo anterior, Pablo sufrió un traumatismo craneo-encefálico grave, fue ingresado en el Hospital de Cruces de Bilbao, en el Aita Menni, Clínica Guimón y Hospital de Galdácano, habiendo invertido 437 días hasta alcanzar la estabilización de sus afecciones, estando todos ellos impedidos para desarrollar sus ocupaciones habituales y ser dado de alta en el Servicio de Daño Corporal del Hospital Aita Menni el 16 de febrero de 2.001, de los cuales 74 estuvo hospitalizado, y habiéndole quedado las siguientes secuelas: síndrome orgánico de la personalidad; en el ojo izquierdo enoftalmos secundario a fractura de macizo óseo, estropión,, material de osteosíntesis en cara, ceguera total con agudeza de ojo derecho; a nivel otorrinolaringológico presenta anosmia, estenosis laríngea cicatrizal que determina disnea de esfuerzo, parálisis de cuerda vocal con disfonía; callo hipertrófico en la clavícula; numerosas cicatrices en hemicara izquierda, descenso de globo ocular izquierdo, cicatriz circular con hundimiento en el cuello secundaria a traqueotomía, asimetría laríngea secundaria a cordectomía y aritenoidectomía.
- 3.- Mónica sufrió una fractura isquio-pubiana izquierda, habiendo tardado 466 días en estabilizarse las afecciones padecidas por causa del accidente, durante los cuales 368 estuvo impedida para desarrollar sus ocupaciones habituales, habiéndole quedado una cicatriz quirúrgica de 17'5 cms. en rodilla izquierda, material de osteosíntesis en la rodilla izquierda, gonalgia izquierda, atrofia muscular en cuádriceps izquierdo (4/5) y acortamiento de 0'5 cms. en EEII".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia, de fecha 23 de Octubre de 2.002 dice literalmente: "Que debo condenar y condeno a D. Fernando como autor de una falta de lesiones imprudentes del artículo 621.3, a la pena de treinta días de Multa con una cuota diaria de 9,- euros, con imposición de las costas, y con advertencia de que si no se satisficiera voluntariamente o por vía de apremio la multa impuesta quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

Que asimismo debo condenar y condeno al mismo y como responsable civil directo a la aseguradora La Patria Hispana a que indemnicen:

- A Pablo en 55.966.290,- ptas. (336.364'18,- euros) por los conceptos desglosados en el fundamento jurídico sexto, debiendo deducirse de dicha cantidad la ya abonada de 21.026.413,- ptas. (126.371'29,-euros).
- A Mónica en 6.817.148,- ptas. (40.971'88,- euros) o 6.830.648,- ptas. (41.053'02,- euros) para el caso de que se acredite en ejecución de sentencia que los certificados de ingreso hospitalario presentados corresponden al 2.000, y no al 2.002. Además de dichas cantidades, deberá de abonársele el 10 % más, calculado sobre la cantidad correspondiente a incapacidad temporal y 6.000,- euros, como se detallan en el fundamento jurídico séptimo. De dichas cantidades habrá de deducirse la ya entregada por importe de 5.537.780,- ptas. (33.282'73,- euros)
- También habrá de ser indemnizada Mónica si se acredita en ejecución de sentencia haber satisfecho los gastos por los conceptos indicados a los folios 479 a 481.

Las anteriores cantidades devengarán a cargo de la aseguradora un interés del 20 % desde la fecha de esta resolución y hasta su completo pago, al haber transcurrido dos años desde la fecha del accidente. A cargo del condenado devengarán los intereses del artículo 576 Ley 1/2.000 desde la fecha de esta resolución".

TERCERO.- Que dicha sentencia fue aclarada en virtud de auto de fecha 29 de Enero de 2.003 indicando en su parte dispositiva que "en la parte dispositiva, donde pone "a Mónica en 6.817.148,- ptas. (40.971'88,- euros) o 6.830.648,- ptas. (41.053'02,- euros)" debe decir "a Mónica en 7.031.348,- ptas. (42.259'25,- euros) o 7.044.848,- ptas. (42.340'39,- euros) por las razones jurídicas que en dicho auto se indican.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron en tiempo y forma recursos de apelación por un lado por Pablo , Rodrigo , Valentina y Antonieta , por otro lado por parte de Mónica , y finalmente por la compañía de seguros Patria Hispana Sociedad Anónima de Seguros, siendo admitidos a trámite en ambos efectos y, previo traslado de los mismos a las restantes partes personadas, fueron remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia y quedando los autos sobre la mesa del ponente para examen.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Que se aceptan como probados los hechos recogidos como tales en la sentencia recurrida y que en la presente sentencia deberán de ser reproducidos en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que emitida sentencia condenatoria con los pronunciamientos recogidos en el antecedente de hechos de la presente sentencia, se interpusieron contra la misma recursos de apelación por un lado por Pablo , Rodrigo , Valentina y Antonieta , por otro lado por parte de Mónica , y finalmente por la compañía de seguros Patria Hispana Sociedad Anónima de Seguros. Ante la complejidad y amplitud de todos los recursos planteados los mismos deberán de ser objeto de estudio separado en la presente sentencia, tal y como se establece en los siguientes fundamentos jurídicos.

SEGUNDO.- Que el primer recurso objeto de estudio deberá de ser el planteado por la Compañía Patria Hispana S.A. Dicho recurso se centra en la impugnación de la pericial médica privada practicada en el acto del juicio y, en concreto, el informe redactado por D^a Begoña , al contradecir su contenido los de los informes emitidos por la Sra. Médico Forense en el procedimiento y así indica que "por ello impugna los conceptos y cantidades que, seguidamente se concretarán (de los tenidos en cuenta y recogidos en la sentencia apelada) así como aquellos conceptos que, también impugnados, constituyen la indemnización concedida a D^a Mónica y, respecto de ambos, la no estimación de la participación culposa de ambos lesionados por no llevar colocado los cinturones de seguridad y, además, por haberse incluido en la parte dispositiva de la sentencia la obligación de satisfacer los intereses moratorios del Art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro". Los fundamentos del presente recurso de apelación deberán desglosarse en los siguientes apartados:

I.- Impugnación de las lesiones y secuelas que en sentencia se reconocen a favor de Pablo. "Esta parte impugnó expresamente el informe pericial emitido por la Doctora Begoña que intervino en el juicio. Y ello porque se contradice con los informes emitidos por el Médico Forense e incluye secuelas que no están objetivadas ni han sido recogidas por el

Médico Forense.... Lo que ha pretendido la parte ha sido sustituir el objetivo criterio y las objetivas secuelas fijadas por aquél por el informe de parte aportado en el acto del juicio".

En las actuaciones se recoge informe médico forense de sanidad de fecha 30 de Enero de 2.002 (obrante a los folios 251 a 253 de las actuaciones) emitido por la Médico Forense Dña. Gloria quien indica que para la curaciones de las lesiones objetivadas precisó de una primera asistencia facultativa seguida de tratamiento médico y quirúrgico, habiendo invertido en su curación 54 días de estancia hospitalaria y 383 días sin estancia hospitalaria e impeditivos para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas: ".- Numerosas cicatrices en hemifacies izquierda y deformidad con descenso del globo ocular izquierdo y retracción palpebral; .- Refiere déficit visual en ojo izquierdo; .- A nivel laríngeo no se puede determinar en el día de la fecha las secuelas residuales, dada la reciente intervención practicada (17-1-02); .- Alteración de la personalidad, caracterizado por impulsividad y escasa tolerancia a la frustración; .- Cicatriz hiperpigmentada secundaria a traqueotomía practicada". Dicho informe de sanidad es ampliado en fecha de 18 de Junio de 2.002 (folio 298 de las actuaciones) indicando que "tras la 3ª de vaporización con láser CO2 de cuerdas izquierdas y neocuerdas derechas, practicada el 17-1-02, tras el tratamiento residua disnea a esfuerzos severos. No estima el especialista necesario posteriores tratamientos. Nº de días de estancia hospitalaria: 1 día en el Hospital de Galdácano".

En fecha de 30 de Julio de 2.002 (folios 303 y 304 de las actuaciones) por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Infante Otamendi, en nombre y representación de Pablo, se presentó escrito solicitando una ampliación del informe pericial médico forense a fin de que indique, tras un nuevo reconocimiento del lesionado, cuales son las lesiones que presenta a nivel laríngeo y sus secuelas, y se describan las lesiones que padece a nivel visual y psico-psiquiátrico encuadradas de conformidad de conformidad con el Baremo de lesiones que se recoge en la Ley 30/95. Dicha petición que, tácitamente, supone una impugnación de los informes médico forenses emitidos en las actuaciones no fue objeto de admisión, dictándose providencia de fecha 12 de Septiembre de 2.002 (folio 313 de las actuaciones) en la que se indicaba que "por presentado el anterior escrito por el Procurador Sr. Infante Otamendi, en nombre y representación de D. Pablo, únase a los autos de su razón y visto su contenido, estése a lo acordado en providencia de fecha 12 de Junio de 2.002. Dicha providencia (folio 301 de las actuaciones) decía que "recibido el

anterior exhorto conteniendo la ratificación del Médico Forense, respecto al informe de sanidad de Dña. Mónica, de fecha 23 de Enero de 2.002, únase a los autos de su razón y queden los autos pendientes de señalamiento a Juicio, cuando haya fecha hábil para ello", señalándose por providencia de fecha 12 de Septiembre de 2.002 la celebración del correspondiente Juicio Oral para el día 29 de Octubre de 2.002.

A dicho acto no fue citada la Médico Forense informante de la sanidad meritada, no compareciendo por ello, no solicitando la parte ahora recurrente en apelación y en el mismo acto la suspensión del Juicio a los efectos de su citación personal en tiempo y forma legal, para la ratificación de sus informes de sanidad y el sometimiento a contradicción de sus conclusiones médico-legales, por lo que su informe documentado fue previamente impugnado en cuanto que su ampliación se solicitó y no fue practicada, impidiendo con ello cualquier contradicción o interrogatorio por las partes contendientes en el presente procedimiento.

Si compareció al acto de la Vista Oral la perito de parte Begoña, quien en el acto de la Vista Oral se ratificó en su informe pericial emitido y obrante en los autos (folios 373 y siguientes de las actuaciones), estableciéndose en dicho informe que, con respecto a las secuelas se aprecia la concurrencia de las siguientes:

"1.- Neuropsiquiatría: .- Déficit neuropsicológico leve; alteración de la memoria reciente, visual y verbal; .- Trastorno orgánico de la personalidad (F 07.0/CIE 10): impulsividad, desinhibición, labialidad emocional, escasa tolerancia a la frustración; 2.- Traumatológica: deformidad aparente en zona central de la clavícula derecha por consolidación anómala de fractura; 3.- Oftalmología (ojo izquierdo): atrofia de nervio óptico con agudeza visual inferior a 1/20; pupila no reactiva a estímulo directo, reflejo consensuado conservado; retracción palpebral (entropión); distopía con descenso de globo ocular; material de osteosíntesis en margen externo de la órbita (en lista de espera para su extracción); 4.- O.R.L.: parálisis total y permanente de la abducción laríngea de origen central paliada con cordectomía y aritenoidectomía derechas; como consecuencia estenosis laríngea con limitación al paso de aire en la glotis que produce estridor, disnea de esfuerzo y disfonía; necesidad de traqueotomía ante cualquier intervención que exija intubación anestésica; anosmia completa postraumática; 5.- Alteraciones estéticas: numerosas cicatrices en hemicara izquierda; distopía con

descenso de globo ocular izquierdo; discreto estrabismo y ectroplon izquierdos; cicatriz circular secundaria a traqueotomía; asimetría laríngea secundaria a cordectomía y aritenoidectomía derechas; Otras Secuelas: podrían aparecer otras secuelas ya que le paciente solo es parcialmente consciente de su situación y tiene tendencia a minimizar su problema. Indicaremos, a modo de ejemplo, que habiendo sufrido fracturas maxilares no aporta informes odontológicos, ni de cirugía maxilo-facial sobre su situación en cuanto a oclusión dental. Aunque el propio paciente no refiere alteraciones a este nivel, en este caso no es un interlocutor válido ya que tampoco admite tener problemas respiratorios de esfuerzo".

El informe emitido por Doña. Begoña concluye indicando que "como consecuencia de las citadas lesiones sufrió una incapacidad temporal de 437 días, todos improductivos, de los cuales 74 son de hospitalización, quedando como secuelas las siguientes y puntuadas según el baremo de la Ley 30/95: "1.- Neuropsiquiátricas: síndrome orgánico de personalidad (conducta infantil, labialidad emocional, incongruencia afectiva, irritabilidad), valorada en 35,- puntos. 2.- Ojo izquierdo: enoftalmos secundarios a fractura de macizo óseo, valorados en 2,- puntos; ectropion, valorado en 2,- puntos; material osteosíntesis en cara, valorado en 2,- puntos; ceguera total con agudeza en ojo derecho, valorado en 25,- puntos. 3.-O.R.L.: anosmia, valorada en 12,- puntos; estenosis laríngea cicatricial que determina disnea de esfuerzo, valorada en 20,- puntos; parálisis de una cuerda vocal, valorada en 10,- puntos. 4.- Tórax (clavícula): callo hipertrófico, valorado en 2,- puntos y 5.- Alteraciones estéticas, valoradas en 10,- puntos". Ello hace un total de 85,- puntos". Añadiendo que la alteración neuropsiquiátrica que padece le incapacita para la realización de cualquier tipo de trabajo y que el paciente precisa supervisión en su vida cotidiana y el manejo de mínimas cantidades de dinero (informe emitido en fecha de 16 de Octubre de 2.002).

El informe citado indica que Pablo "presenta un trastorno orgánico de personalidad, con un marcado infantilismo, impulsividad, desinhibición y baja tolerancia a la frustración; aunque autónomo físicamente, es dependiente de su familia para la supervisión de las tareas básicas cotidianas; requiere también supervisión para el manejo de cantidades mínimas de dinero; no es previsible que vaya a adquirir un grado mayor de autonomía personal, laboral o social" (folio 378 de las actuaciones) y que "la alteración neuropsiquiátrica que padece le incapacita para la realización de cualquier tipo de tra-

bajo; el paciente precisa de supervisión en su vida cotidiana y el manejo de mínimas cantidades de dinero" (folio 385 de las actuaciones).

En el acto de la Vista Oral del presente Juicio de Faltas, comparece la perito informante, Doña. Begoña , y, tras ratificar su informe, indica que tiene lesionado el tema de la voluntad, siendo equiparable en este punto con un niño de 10 a 12 años, lo que impide que se fije objetivos a medio o largo plazo, no pudiendo vivir solo ahora ni en el futuro, necesita una supervisión por parte de una tercera persona para realizar las tareas básicas, constituyendo, a su juicio, invalidez absoluta ya que si bien no necesita ayuda para vestirse, desplazarse o comer, sí necesita de otra persona para supervisar sus actos. Dicho informe pericial pudo ser sometido a contradicción por las partes, sometiendo a la perito a cuantas preguntas consideraron oportunas, contradicción inexistente con respecto al informe pericial médico forense en el que la parte apelante fundamenta su recurso.

En el mismo acto de Juicio Oral, fue precisamente la parte que ostentaba la acusación particular, Pablo , quien solicitó la suspensión del Juicio de Faltas, para el cumplimiento del informe médico forense de sanidad solicitado por escrito de fecha 30 de Julio de 2.002 (folios 303 y 304 de las actuaciones), siendo dicha petición denegada por el Juez sentenciador y sin que ni la parte solicitante de la suspensión, ni la parte contraria formularan la correspondiente oposición y protesta a efectos de ulterior apelación, ni formularan en su caso las preguntas que a dicho Médico Forense pretendían realizar, aquietándose por el contrario a la decisión, constando en acta que "no se impugna la resolución anterior".

Es cierto, como indica la parte recurrente que el artículo 344 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal describe las funciones del Médico Forense "encargado de auxiliar a la Administración de Justicia en todos los casos y actuaciones en que sea necesaria o conveniente la intervención y servicios de su profesión", pero ello no supone que el órgano jurisdiccional deba de encontrarse vinculado al informe por él emitido, con el correspondiente peligro de que por esta vía el perito judicial pudiera adquirir funciones juzgadoras o parcelas importantes de decisión en dicha función a su cargo ajenas, cuando otro más específico por los conocimientos de su emisor se presente contradictoriamente, debiendo de ser sometidos uno y otro a la correspondiente contra-

dicción en el acto del Juicio Oral mediante las preguntas que las partes pudieran formularles a efectos de determinar la exacta veracidad del contenido del dictamen por los peritos contradictorios emitidos.

En el presente caso, el Juzgador de instancia realiza una ponderada valoración de las dos pruebas periciales médicas contrapuestas, señalando en su fundamento de derecho sexto que "... siendo erróneo el cálculo, dado de estos días por la Sra. Médico Forense. La imprecisión del informe médico-forense emitido por Doña. Gloria , de 30 de Enero de 2.002, que era el único con el que se pudo contar para dictar el auto de suficiencia, evacuándolo como si de sanidad fuese, cuando al mismo tiempo se dejaban sin especificar secuelas derivadas de la intervención quirúrgica que se le había practicado, los errores de cálculo en los días de hospitalización, la omisión o el reflejo como de referencia de lesiones objetivadas (Ej. la pérdida de visión del ojo izquierdo por atrofia del nervio, o la anosmia, son circunstancias que, unidas a que esa misma falta de concreción del informe médico-forense se hizo ya constar en sentencia de 19 de Julio de 2.002, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Baracaldo (por la que se declaró que Javier se encuentra incapacitado parcialmente para gestionar su patrimonio en cuanto a los actos de disposición sin privación de capacidad de obrar, sino solo mediante la restricción de la misma, requiriendo para determinados actos de disposición del complemento del curador), motivan que se atienda preferentemente al informe pericial aportado en el acto del Juicio, respondiendo la doctora Begoña a las preguntas que se formularon bajo los principios de audiencia y contradicción por los letrados, justificando sus conclusiones con las lógicas explicaciones que del mismo dio y todas ellas amparadas por informes médicos que durante el tratamiento le han sido efectuados a Pablo ".

Ante el Juzgador de instancia y en el acto del Juicio Oral se presenta prueba pericial contradictoria. Por un lado se incorpora documentalmente un mutilado informe del Médico Forense emitido en fecha de 30 de Enero de 2.002, que precisa de una ampliación, también parcial y mutilada, en fecha de 18 de Junio de 2.002, no proveyéndose por el Juez instructor y finalmente sentenciador la petición esclarecedora solicitada por la representación procesal de Pablo realizada en fecha de 30 de Julio de 2.002, denegación que en ningún caso debe de afectar negativamente a su solicitante. Al acto del Juicio Oral no es traída la Médico Forense que dicho informe emite, impidiendo de

esta forma su ratificación y el sometimiento del mismo a contradicción, mediante la formulación por las partes de las oportunas preguntas, aclaraciones o impugnaciones que respecto al mismo pudieran ejercitar. La parte ahora recurrente, Patria Hispana S.A. de Seguros, a quien el informe forense pudiera beneficiar, no solicitó la suspensión del Juicio a los efectos de comparecencia de la perito señalada, petición que fue formulada por el contrario de la representación letrada del lesionado.

Por otro lado se presenta un concienzudo informe médico elaborado por la perito Begoña que es incorporado documentalmente a las actuaciones y, pudiendo ser contradicho por prueba en contrario no lo es, siendo ratificado por su emisora en el acto del Juicio Oral en el que es sometido a contradicción por las partes contendientes en el Plenario, y finalmente valorado objetiva y racionalmente por el Juzgador de instancia, al amparo de lo previsto en el artículo 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tiene al respecto establecido esta Sala que la convicción del Juzgador o Tribunal de instancia 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. Así, una vez producida la actividad probatoria de cargo ante el Tribunal Juzgador en términos de corrección procesal, su valoración corresponde al mismo, conforme al artículo 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; dar más credibilidad a un testigo que a otro o decidir sobre la radical oposición entre denunciante y denunciado, es tarea del Juzgador de instancia que puede ver y oír a quiénes ante él declaran, 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.

La credibilidad de cuantas partes, testigos y peritos se manifiestan en el Juicio Oral, incluso con un contenido distinto a lo que depusieron durante la instrucción, es función jurisdiccional que solo compete al órgano juzgador. En el caso que ahora se somete a la consideración de esta Sala, el juez a quo ha motivado sobradamente el por qué de su convicción de que los hechos se produjeron tal como se narran en el

factum de la sentencia recurrida y cuales fueron las lesiones y secuelas que el lesionado, Pablo, presentó (en base a la prueba pericial de parte presentada, ratificada por su emisora en el acto del Juicio Oral y sometida a contradicción, sin que pueda contradecirla la prueba pericial médico forense, incompleta, impugnada por la parte y no refrendada por la ratificación del perito emisor en la Visto Oral). 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 que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio, debe partirse, como principio y por regla general, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal, y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución), 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 su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. De ahí que el uso que haya hecho el juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio (reconocida en los artículos 741 y 973 citados) y plenamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Diciembre de 1.985, 23 de Junio de 1.986, 13 de Mayo de 1.987, y 2 de Julio de 1.990, entre otras), únicamente debe ser rectificado, bien cuando en realidad sea ficticio por no existir el correspondiente soporte probatorio, vulnerándose entonces incluso la presunción de inocencia, o bien cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador a quo de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Ninguna de las circunstancias señaladas concurre en el presente caso. Así existe prueba pericial médica, documentada primeramente en las actuaciones (con lo que las partes a las que perjudicaban pudieron aportar prueba contradictoria sin ejercitar dicho derecho) y luego ratificada por su emisora en el acto del Juicio Oral, siendo sometida la misma a contradicción, actuación que no pudo verificarse con respecto a los sucesivos informes de la Médico Forense en las presentes actuaciones, siendo éstos fragmentarios, incompletos, impugnados en fase instructora por la parte lesionada que requirió sin éxito su ampliación, no compareciendo al acto del Juicio Oral la Médico Forense emisora, impidiendo de esta forma su sometimiento a contradicción.

Por lo indicado procede la desestimación en su globalidad de todos y cada uno de los submotivos argüidos en el presente recurso de apelación referidos a la impugnación de la apreciación de las secuelas consistente en anosmia, callo hipertrófico en clavícula (no recogidas en el informe médico forense de sanidad) y de síndrome orgánico de personalidad cuando dicha secuela debería de calificarse e indemnizarse como una simple alteración de la personalidad (tal y como se indica en dicho informe de sanidad), así como la impugnación de los días fijados como de hospitalización, quedando dicho periodo lesional y secuelas acreditadas a través de la correspondiente prueba pericial practicada en el acto del Juicio Oral por la prueba pericial de Doña. Begoña, única prueba pericial sometida a contradicción.

La parte recurrente en apelación señala la impugnación del factor de corrección otorgado por incapacidad permanente absoluta que el baremo de la Ley de 8 de Noviembre de 1.995 define, en su Tabla IV, como la producida por secuelas que inhabiliten al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad. Así indica que "de la prueba practicada en autos, se desprende que la situación en la que se encuentra D. Pablo no es de absoluta imposibilidad para el ejercicio de cualquier actividad laboral, sino que, a lo sumo, esa incapacidad está limitada para alguna profesión u oficio. Para ello se fundamenta en la prueba pericial médico-forense, cuya valoración a efectos probatorios antes hemos indicado, en el informe de la Clínica Aita Menni y en la documental integrada por el informe de la agencia de detectives privados "Winterman, Solvimar S.A.".

Con respecto al informe de la Clínica Aita Menni, emitido en fecha de 21 de Marzo de 2.000 e incorporado al presente procedimiento como prueba documental, señala la

parte recurrente que "ya antes del accidente era una persona de carácter rebelde, inmaduro, impulsivo e inconsciente" (folio 393 de las actuaciones), pero dicha afirmación no tiene ninguna corroboración con informes médicos psiquiátricos previos al accidente que denotaran trastorno alguno de la personalidad y menos trastorno orgánico de la personalidad, siendo fundamentada la misma exclusivamente, como indica dicho informe, en la descripción que de Pablo realiza su familia. En dicho informe y como conclusiones se establece que "los problemas clínicos valorados por esta Servicio pueden resumirse en dos grandes apartados: .- Trastorno orgánico de la personalidad caracterizado por desinhibición, inquietud y heteroagresividad y.- Déficit cognoscitivo que afecta sobremanera a la memoria reciente y a la atención. Se acompaña nula conciencia de trastorno" (folio 401 de las actuaciones). Diagnóstico totalmente coincidente con el emitido por la Dra. Begoña (folio 385 de las actuaciones).

Por la misma Clínica "Aita Menni" se emite informe de alta de tratamiento ambulatorio en fecha de 16 de Febrero de 2.001 en el que se indica que "Pablo es capaz de realizar sus quehaceres básicos diarios y ha disminuido el grado de supervisión necesario para la realización de tareas complejas (manejo de dinero, compras básicas, manejo en cocina, etc.) (folio 409 de las actuaciones"; en cuanto a la valoración psicológica al alta y en su orientación se establece que parece "correctamente orientado en cuanto a persona, espacio y tiempo", en cuanto a su atención se indica que "muestra adecuada capacidad para realizar un correcto barrido visual, con identificación y localización rápida de estímulos, tal y como lo refleja su rendimiento en las pruebas de atención fisiográfica.... La capacidad de atención dividida, para realizar dos o más tareas de forma simultánea, o responder a varias exigencias de una tarea al mismo tiempo se encuentra preservada", en cuanto a su funcionamiento ejecutivo se dice que "Pablo logra resolver esta tarea conceptual compleja, dando muestras de que la capacidad para adecuar su conducta a la solución de problemas se encuentra preservada".

El informe indicado, junto al documentado relativo a la investigación por detectives privados "Winterman, Solvimar S.A.", solo acreditan la inexistencia de una "gran invalidez" en el lesionado, concepto definido en la Tabla IV del Baremo introducido por la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado de 8 de Noviembre de 1.995, al establecer que "estarán incluidos en esta concepto las personas afectadas con secuelas

permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejas, paraplejas, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.)", pero no acreditan la inexistencia de incapacidad permanente absoluta, antes definida.

Con respecto a la declaración de incapacidad reconocida en la sentencia dictada en primera instancia, ésta se apoya en el propio informe de Alta del Hospital Aita Menni en cuyo resumen y recomendaciones (folios 412 y 413 de las actuaciones) señala que Pablo es "autónomo para actividades básicas de la vida diaria (higiene, autocuidado, desplazamientos, etc.); precisa supervisión para realizar tareas de cierto grado de complejidad o que impliquen retener información (organización de la vida cotidiana, de la economía, etc.). Por otra parte, es previsible que el déficit neuropsicológico descrito limite el rendimiento laboral del paciente quien precisará una adaptación socio-laboral a sus capacidades actuales. Desde este punto de vista puede ser útil tratar de rentabilizar su gran afición a los ordenadores. Finalmente, a pesar de haberse producido una mejoría en el ajuste social de Javier, persisten déficits a nivel relacional, caracterizados por desinhibición y escasa tolerancia a la frustración".

El informe emitido por Doña. Begoña (folios 373 y siguientes de las actuaciones), ratificado por su emisora en el acto del Juicio Oral y, por ende, sometido a contradicción, es mucho más amplio en este punto concreto, señalando en la valoración del daño que "3.- En cuanto a su capacidad laboral: Partimos de un sujeto muy joven, con una trayectoria profesional sin definir por lo que la evaluación se haría de forma genérica. Las secuelas limitan determinadas profesiones, sobre todo el problema laríngeo que le impediría realizar trabajos que supongan esfuerzo físico por su mermada capacidad respiratoria. Sin embargo, el problema más importante es el psiquiátrico, el trastorno orgánico de la personalidad, que le incapacita para la realización de cualquier tipo de trabajo remunerado en el mundo laboral. En cualquier puesto laboral se exige una cierta responsabilidad sobre el trabajo a desempeñar, el cumplimiento de un horario y la realización de tareas más o menos complejas. El paciente quizá fuera capaz de desarrollar una actividad laboral normalizada en un puesto de trabajo adaptado o en un centro especial de empleo como se sugiere en los informes. A pesar de la importante mejoría expe-

rimentada, tras seguimiento y tratamiento en el Servicio de Daño Cerebral del Hospital Aita Menni, la alteración de personalidad combinada con el déficit neuropsicológico de atención y memoria reciente, convierten al paciente en un sujeto socio-laboralmente dependiente. Es altamente improbable que pueda encontrar un trabajo normal, tal y como se indica en el informe de alta".

Ninguna prueba en contrario presenta la parte apelante que desacredite la calificación de incapacidad permanente absoluta de Pablo recogida en la sentencia dictada en primera instancia, limitándose sus alegatos en un deseo baladí de sustituir la objetiva y ponderada valoración que la Juzgadora de instancia realiza de la prueba practicada ante ella, al amparo de lo previsto en los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo por otro lado la posibilidad de observar al lesionado, en virtud del principio de inmediatez del que esta Sala carece en apelación, y apreciar la repercusión de sus lesiones y secuelas, por la propia e interesada de parte sin fundamentación probatoria alguna. Por ello el motivo de apelación examinado deberá de ser desestimado.

II.- Impugnación de las lesiones y secuelas que en sentencia se reconocen a favor de Mónica:

La parte recurrente en apelación sostiene en su recurso que "se estima por la Juzgadora de instancia que la acusadora ha visto limitada parcialmente sus ocupaciones o actividades habituales, sin impedirle que realice las tareas fundamentales de la misma. Lo cual, lo que señalamos por ser así, no encuentra su apoyo en ninguno de los dos informes de sanidad que, relativos a tal lesionada, tiene emitidos el Médico Forense. La acreditación de determinadas secuelas exige una prueba plena. Sin embargo no existe en los autos ninguna prueba de la limitación a la que se hace referencia en la sentencia. Pues todo ello es fruto de una simple manifestación de la interesada en el acto del Juicio Oral. Es decir, frente a unos informes (dos informes) del Médico Forense en los que, para nada, se alude a tal limitación, frente a la inactividad probatoria de la acusadora (que ha estado personada en la causa durante años y ninguna prueba de ello ha ido aportando) frente a la carencia de acreditación en el acto del juicio (podía haber aportado documentación relativa a su trabajo habitual, del que nada sabemos; relativa a sus tareas, de las que ignoramos todo; relativa a las dificultades que dice tener, de las que tampoco tenemos constancia fehaciente de nada) solo tenemos una manifestación verbal en el juicio".

La sentencia dictada en primera instancia y ahora recurrida establece que "respecto a las correspondientes (indemnizaciones) por lesiones permanentes, apreciándose que Mónica ha visto limitada parcialmente sus ocupaciones o actividades habituales, sin impedirle que realice las tareas fundamentales de la misma, no pudiendo estar prolongados periodos de tiempo en la misma postura si ello le exige estar bastante tiempo de pie (sí sentada) sin sufrir con ello dolor, teniendo dificultades para subir o bajar escaleras y para realizar actividades de ocio propias de su edad, teniendo que tomar medicamentos y administrarse pomadas para atenuar el dolor, la cantidad por lesiones permanentes ha de incrementarse, conforme a la Tabla IV, en la cantidad de 6.000,- euros".

En las mencionadas actuaciones se emite informe médico forense de sanidad emitido en Baracaldo por D. Darío en fecha de 23 de Enero de 2.002 (obrante al folio 250) en el que se determinan como secuelas: "cicatriz quirúrgica de 17'5 cms. en rodilla izquierda; material de osteosíntesis en rodilla izquierda; gonalgia izquierda; atrofia muscular cuádriceps izquierdo (4/5); acortamiento 0'5 cms. en EEII". Dicho informe es complementado por otro de fecha 8 de Mayo de 2.002 (obrante al folio 282 de las actuaciones) en el que se indica que "- El perito abajo firmante se ratifica en el informe de sanidad emitido en fecha 23-01-02. Dicho informe se emite en base a los diferentes reconocimientos efectuados en esta Consulta Médico Forense a la lesionada Mónica, siendo asimismo examinada la documentación médica aportada por la lesionada;.- Indicar que la limitación dolorosa de los últimos grados de la flexión de la rodilla izquierda queda recogida como gonalgia izquierda;.- referente a la artrosis que se menciona como de la extremidad inferior izquierda, indicar que ésta se trata de un proceso degenerativo que afecta a las articulaciones concretas, no habiéndose objetivado en el momento actual signos ni síntomas de su presencia, si bien, y dado el antecedente traumático de la rodilla izquierda, existe la posibilidad de su aparición, con el transcurso del tiempo, en dicha rodilla izquierda;.- La secuela descrita como cervicalgia, no se contempla en ninguna de las exploraciones efectuadas, ni es mencionada en los diferentes informes aportado".

También consta en dichas actuaciones informe emitido por el Dr. Mauricio (folio 223 de las actuaciones) en el que emite alta médica de la lesionada con fecha de 2 de Mayo de 2.001 en el que se hace constar que "la paciente sigue rehabilitación que, en el momento actual, ha permitido que su flexión en la rodilla sea de 100°; la movilidad se

ha estabilizado en dichos grados, aunque ha recuperado flexibilidad, lo que significa que persistirá la movilidad ganada a pesar de haber finalizado la rehabilitación", quedando como secuelas definitivas a la fecha del alta "limitación en la movilidad de rodilla". En fecha de 4 de Octubre de 2.001, y a requerimiento del Médico Forense, se emite informe por el Dr. Carlos María (folio 242 de las actuaciones) en el que se indica que la lesionada, tras su alta, presenta como secuelas "limitación de movilidad de la rodilla; extensión normal; flexión 100°; atrofia cuadriceps; derrame articular". En el acto del Juicio Oral se presentó un amplio informe pericial emitido por el Gabinete Médico de Valoraciones integrado por los Drs. D. Juan Ramón, D. Serafin y D. Carlos María, emitido en fecha de 11 de Mayo de 2.001 en el que se establecen como secuelas "1) Flexión de la rodilla entre 90° y 135° (100°); 2) Hidartrros crónica de rodilla; 3) Condrotipatía Rotuliana; 4) Atrofia Cuadriceps; 5) Material de Osteosíntesis y 6) Cervicalgia sin irritación braquial", debiendo de añadir cicatriz diastásica de 16 cms. en cara anterior de rodilla izquierda, considerada de un perjuicio estético medio, (folio 470 de las actuaciones). Dicho informe es ratificado en el acto del Juicio Oral por uno de sus emisores, Dr. Juan Ramón, indicando que "ha recogido la flexión de la rodilla y no lo hace el forense".

Por las fechas de los informes aportados a instancia de la parte lesionada, y el requerimiento previo a instancias del Médico Forense del informe de fecha 4 de Octubre de 2.001, es obvio que para la emisión del informe de sanidad forense su tuvieron en cuenta dichos informes lo que tendrá trascendencia a la hora de examinar el recurso de apelación interpuesto por Mónica contra la sentencia dictada en primera instancia.

En lo que ahora interesa, es cierto como indica la parte recurrente que ni el informe médico forense, ni los informes aportados por la parte, recogen específicamente que las secuelas objetivadas constituyan una incapacidad permanente parcial, pero no lo es menos que la gonalgia izquierda; atrofia muscular cuadriceps izquierdo (4/5); acortamiento 0'5cms. en EEII" (señalado por el Médico Forense en su informe de sanidad) o la limitación en la flexión de la rodilla (siendo objetivada en el informe de parte de 45°, como consta en folios 469 y 470 de las actuaciones, pues lo normal es de 145°, permitiendo a la lesionada una flexión entre 90° y 135°), la condrotipatía rotuliana y la atrofia del cuadriceps que señalan los peritos de parte impiden a la lesionada parcialmente el desarrollo ordinario de sus actividades habituales, tal y como indica la Juzgadora de

instancia en la sentencia por ella emitida, teniendo, además, ésta la posibilidad de observar directamente la influencia de dichas secuelas en Mónica, en virtud del principio de inmediación del que esta Sala carece en apelación, al declarar la lesionada a su presencia en el acto del Juicio Oral, tomando criterio bastante para su resolución y motivándola suficientemente en su sentencia, sin que sea función de esta Sala revisar la sentencia emitida cuando el fundamento del recurso de apelación se base en una errónea apreciación por la Juzgadora de la prueba practicada en primera instancia, salvo cuando el pronunciamiento emitido en realidad sea ficticio por no existir el correspondiente soporte probatorio, vulnerándose entonces incluso la presunción de inocencia, o bien cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador a quo de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada, circunstancias que no concurren en el presente caso, no apreciando esta Sala error alguno con respecto a la valoración de las pruebas realizada, por lo que el motivo deberá de ser desestimado, no teniendo influencia alguna en lo indicado el que la lesionada trabaje o no, pues lo contrario impediría declarar la incapacidad permanente parcial a quien no estuviese en edad laboral (niños) o estándolo no hubiese desarrollado trabajo remunerado alguno (estudiantes, amas de casa, etc.), recordemos que la incapacidad señalada no es incapacidad para el desarrollo físico de trabajo, sino para el desarrollo material de las actividades habituales de la vida individual y social de la lesionada.

Por lo indicado el motivo de apelación debe de ser desestimado.

III.- No apreciación de compensación de culpas a la hora de fijar las cuantías indemnizatorias por responsabilidad civil.

La parte cuyo recurso de apelación ahora se examina indica en el mismo que "se impugna el apartado de los hechos probados de la sentencia en cuanto no acoge, ni refleja entre ellos el extremo, que en acta consta, de que ninguno de los dos acusadores llevaba puesto, en el momento del accidente, el cinturón de seguridad... D^a. Mónica y D. Pablo venían obligados a utilizar los cinturones de seguridad, cuya finalidad, evidentemente es, tender a evitar el desplazamiento de los ocupantes en el interior del

habitáculo del vehículo cuando éste sufre una brusca detención a causa de una colisión o frenazo... Demostrada la no utilización del cinturón de seguridad por parte de los dos lesionados en el accidente, contribuyendo con ello a la producción de una parte, al menos, de sus propias lesiones. Por lo que habrá de acogerse la petición formulada por esta parte de que se reduzca, en proporción a la participación culposa que la Sala estime, la indemnización que a cada uno de los acusadores corresponda".

La sentencia dictada en primera instancia y ahora objeto de recurso de apelación sostiene en su fundamento jurídico sexto que "no ha lugar a la aplicación de ningún factor de corrección que suponga la reducción de las indemnizaciones por contribución de la víctima a la causación del accidente o en la agravación de sus consecuencias. Llévase o no puesto el cinturón de seguridad... dicha circunstancia no influyó en la entidad de las lesiones... El golpe... al chocar el vehículo lateralmente contra un árbol, no se habría evitado con el cinturón de seguridad, ni las secuelas hubieran sido por ello menores, no procediendo en consecuencia la aplicación de ninguna compensación, tal y como se solicitaba por la defensa de "La Patria Hispana".

Como dato esencial deberemos de indicar que el accidente se produce en fecha de 8 de Diciembre de 1.999 (atestado obrante al folio 2 de las actuaciones), no indicándose en ningún caso en dicho atestado que el turismo accidentado contase en el momento de la colisión con cinturones de seguridad en sus asientos traseros para uso de sus ocupantes, ni que, en su caso, su no utilización fuese causa de las lesiones por los ocupantes sufridas. El vehículo accidentado tiene matrícula DU-....-DY . El atestado, en su diligencia de informe (obstante al folio 7 de las actuaciones) no indica que la causa de las lesiones sufridas por los ocupantes del turismo fueran producidas por el no uso de cinturones de seguridad algunos, como así lo debieran señalar de ser ello origen de las lesiones producidas, limitándose a decir que "el accidente pudo haber tenido como causa principal o eficiente, una posible velocidad inadecuada para la limitación de la vía, trazado de la misma y estado de la calzada, en un tramo de carretera recto, ligeramente descendente, con el firme mojado y a la salida de una curva peligrosa a la derecha, señalizada con señal de peligro por firme deslizante por hielo y limitación de velocidad a cuarenta kilómetros hora por parte del conductor del turismo implicado. El conductor implicado en el presente accidente que da lugar a estas diligencias no conduce con la diligencia y precaución necesaria para evitar todo daño propio o ajeno".

Es decir, no existe prueba de cargo bastante para acreditar que el turismo accidentado portase en sus asientos traseros cinturones de seguridad para todos sus ocupantes, ni que, de existir, su uso hubiera atemperado las consecuencias lesivas del accidente hasta el punto de una compensación de culpas civiles a efectos de la fijación de la responsabilidad civil correspondiente.

El tema del uso o no de los cinturones de seguridad, como medio de compensación de culpas del usuario del vehículo de motor que finalmente resulta lesionado, ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia menor de nuestras Audiencias Provinciales. Así la Audiencia Provincial de Cáceres, en sentencia de fecha de 17 de Mayo de 2.001 señala que: "el primer motivo del recurso se centra en el hecho de que el Juzgado a quo no ha aplicado en el presente caso la figura de la "conurrencia de culpas" en cuanto al resultado producido, alegándose al efecto que el ocupante del vehículo que conducía el acusado no llevaba colocado el cinturón de seguridad y que aceptó el peligro que suponía viajar en el turismo conducido por aquél. Sobre la "conurrencia de culpas", o concurrencia de conductas imprudentes en la causación del resultado, el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 25 de Octubre de 1.988, ha declarado que durante bastante tiempo, a la figura que entonces se denominaba "compensación de culpas", en la esfera penal se le negaba toda la eficacia a efectos exonerativos de la responsabilidad criminal, debiendo responder el infractor de las consecuencias lesivas de su comportamiento con total independencia de cual hubiera sido la conducta del ofendido o de la víctima, y calificando, a efectos de subsunción en uno u otro precepto punitivo, la acción u omisión del referido agente "per se" y prescindiendo absolutamente de la influencia que, en la causación del referido resultado, pudiera haber tenido el quehacer o el omitir de los antecitados ofendidos o víctimas; a lo más se reconocía que, en el terreno exclusivamente civil, de la indemnización consecuente con la infracción, pudiera ser factor importante para determinar el quantum de aquélla la incidencia que, en la causación de un resultado punible y lesivo, hubiera tenido el comportamiento intercedente del sujeto pasivo; esto no obstante, en tiempos más recientes, esa terminología se abandona gracias a su impropiedad, sustituyéndola por la de "conurrencia de culpas", fenómeno que se da siempre que, con la indudable culpa del agente, haya coexistido o confluído la del ofendido o la de la víctima, contribuyendo, concausalmente y en mayor o menor medida, a la producción de un mismo resultado lesivo, habiendo declarado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al respecto, en sentencias de 23 de

Octubre y 15 de Noviembre de 1.974, 14 y 23 de Abril de 1.975, 26 de Junio y 28 de Septiembre de 1.979, 28 de Enero y 5 de Diciembre de 1.980, 26 de Enero y 2 de Febrero de 1.981, 24 de Marzo de 1.983, 28 de Mayo de 1.984, 18 de Diciembre de 1.985, etc., entre otras, que la interrecurrencia de imprudencia o negligencia por parte del sujeto pasivo en la causación de un evento culposo, contribuyendo, concausalmente, con el comportamiento del agente en la dicha causación del mismo puede influir, en la calificación jurídica de los hechos del modo siguiente: a) degradando la índole de la culpa en que, "per se" incurrió el agente y haciéndola descender, al compás de la trascendencia de la culpa del ofendido o de la víctima, uno o más peldaños en la escala culposa; b) moderando el quantum de la indemnización que procedería señalar o fijar de no haber convergido, con la culpa del agente, la del sujeto pasivo, siendo, esa moderación, más o menos intensa, con arreglo a la incidencia e influencia que, en la causación o producción del daño sobrevenido, haya tenido el comportamiento imprudente o negligente del agente comparado con el indudable quehacer u omitir descuidado o imprecavido del sujeto o sujetos pasivos; y c) muy excepcionalmente, la culpa de dicho sujeto pasivo puede ser de tal magnitud y de influencia tan decisiva en la producción de un mismo resultado que no solo minimice o trivialice la del encausado, sino que la borre y eclipse, en cuyo caso la responsabilidad tanto criminal como civil recaerán, exclusivamente, en la esfera jurídico-patrimonial del que, ab initio, se calificó de víctima o de ofendido.

En consecuencia, no cabe duda de que la figura de la "conurrencia de culpas" opera en el ámbito de la causalidad, no en el del resultado, de modo que solo es susceptible de ser estimada, con los efectos inherentes a la misma, cuando la víctima, con su actuación, interfiere en la relación causal, es decir, coadyuva, en mayor o menor medida, en la producción del resultado, lo que no acontece en el supuesto que se examina, puesto que la víctima, aun cuando no llevara colocado el cinturón de seguridad o hubiera conocido que el conductor del vehículo lo hacía bajo la influencia de bebidas alcohólicas, en absoluto intervino en la causa del accidente que le es enteramente imputable al acusado".

En este sentido, interesa destacar que el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 19 de Octubre de 2.000, ha declarado que "la teoría de la imputación objetiva es la que se sigue en la Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para explicar la relación que debe mediar entre la acción y el resultado y vino a reemplazar una rela-

ción de causalidad sobre las bases exclusivamente naturales, introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la Teoría de la Relevancia. En este marco, la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente, para la atribución del resultado. Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1.- Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; y 2. Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción. Caso de faltar alguno de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el Derecho Penal. La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a éstos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar, igualmente, otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado. El segundo requisito al que antes se hacía referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad". Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva. En la Jurisprudencia, esta problemática ha sido considerada en parte a través de la figura de la "compensación de culpas" en los delitos imprudentes. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5 de Noviembre de 1.990 establece que

para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes (...) habrá de tenerse en cuenta que si uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita; como resulta evidente que en los casos de autopuesta en peligro y, por consiguiente, de autorresponsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible.

La Audiencia Provincial de Albacete, en sentencia de fecha 3 de Abril de 2.000 establece que "en cuanto a la alegada compensación este Juzgador reproduce la propia fundamentación de la sentencia: ninguna prueba se practica de que el no llevar puesto el cinturón, viajando en el asiento trasero, haya sido la concausa del fallecimiento; pero es que además esa obligatoriedad administrativa no alcanza suficiente relevancia cuanto que no es una obligación administrativa para todos los usuarios del vehículo, puesto que no todo el parque móvil goza de cinturones de seguridad en el asiento trasero de sus vehículos. Lo expuesto obliga a desestimar la alegación formulada".

En la misma línea, y a título de ejemplo. la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 17 de Mayo de 2.001 que señala que: "el primer motivo del recurso se centra en el hecho de que el Juzgado a quo no ha aplicado en el presente caso la figura de la "concurrancia de culpas" en cuanto al resultado producido, alegándose al efecto que el ocupante del vehículo que conducía el acusado no llevaba colocado el cinturón de seguridad y que aceptó el peligro que suponía viajar en el turismo conducido por aquél". Sigue indicando la referida sentencia que "sobre la "concurrancia de culpas", o concurrancia de conductas imprudentes en la causación del resultado, el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 25 de Octubre de 1.988, ha declarado que durante bastante tiempo, a la figura que entonces se denominaba "compensación de culpas", en la esfera penal se le negaba toda la eficacia a efectos exonerativos de la responsabilidad criminal, debiendo responder el infractor de las consecuencias lesivas de su comportamiento con total independencia de cual hubiera sido la conducta del ofendido o de la víctima, y calificando, a efectos de subsunción en uno u otro precepto punitivo, la acción u omisión del referido agente "per se" y prescindiendo absolutamente de la influencia que, en la causación del referido resultado, pudiera haber

tenido el quehacer o el omitir de los antecitados ofendido o víctima; a lo más se reconocía que, en el terreno exclusivamente civil, de la indemnización consecuente con la infracción, pudiera ser factor importante para determinar el quantum de aquélla la incidencia que, en la causación de un resultado punible y lesivo, hubiera tenido el comportamiento intercedente del sujeto pasivo; esto no obstante, en tiempos más recientes, esa terminología se abandona gracias a su impropiedad, sustituyéndola por la de "conurrencia de culpas", fenómeno que se da siempre que, con la indudable culpa del agente, haya coexistido o confluído la del ofendido o la de la víctima, contribuyendo, concausalmente y en mayor o menor medida, a la producción de un mismo resultado lesivo, habiendo declarado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al respecto, en sentencias de 23 de Octubre y 15 de Noviembre de 1.974, 14 y 23 de Abril de 1.975, 26 de Junio y 28 de Septiembre de 1.979, 28 de Enero y 5 de Diciembre de 1.980, 26 de Enero y 2 de Febrero 1981, 24 de Marzo de 1.983, 28 de Mayo de 1.984 y 18 de Diciembre de 1.985, entre otras, que la interrecurrencia de imprudencia o negligencia por parte del sujeto pasivo en la causación de un evento culposo, contribuyendo, concausalmente, con el comportamiento del agente en la dicha causación del mismo puede influir, en la calificación jurídica de los hechos del modo siguiente: a) degradando la índole de la culpa en que, "per se", incurrió el agente, y haciéndola descender, al compás de la trascendencia de la culpa del ofendido o de la víctima, uno o más peldaños en la escala culposa; b) moderando el quantum de la indemnización que procedería señalar o fijar de no haber convergido, con la culpa del agente, la del sujeto pasivo, siendo, esa moderación, más o menos intensa, con arreglo a la incidencia e influencia que, en la causación o producción del daño sobrevenido, haya tenido el comportamiento imprudente o negligente del agente comparado con el indudable quehacer u omitir descuidado o imprecavido del sujeto o sujetos pasivos; y c) muy excepcionalmente, la culpa de dicho sujeto pasivo puede ser de tal magnitud y de influencia tan decisiva en la producción de un mismo resultado que no solo minimice o trivialice la del encausado, sino que la borre y eclipse, en cuyo caso la responsabilidad tanto criminal como civil recaerán, exclusivamente, en la esfera jurídico-patrimonial del que, ab initio, se calificó de víctima o de ofendido.

En consecuencia, no cabe duda de que la figura de la "conurrencia de culpas" opera en el ámbito de la causalidad, no en el del resultado, de modo que solo es susceptible de ser estimada, con los efectos inherentes a la misma, cuando la víctima, con su actuación, interfiere en la relación causal, es decir, coadyuva, en mayor o menor medida, en la producción del resultado, lo que no acontece en el supuesto que se examina, puesto que la víctima, aun cuando no llevara colocado el cinturón de seguridad o hubiera conocido que el conductor del vehículo lo hacía bajo la influencia de bebidas alcohólicas, en absoluto intervino en la causa del accidente que le es enteramente imputable al acusado".

Sentada la base jurisprudencial anteriormente citada, esta Sala deberá de desestimar los alegatos argüidos por la parte recurrente como fundamento de sus pretensiones, indicando que ninguna matización deberá de efectuarse a las alegaciones de preceptos legales por ésta señalados en su recurso de apelación con respecto a los artículos 116 y 117 del Reglamento General de Circulación de fecha 17 de Enero de 1.992, en los que se establece la obligatoriedad de uso del cinturón de seguridad tanto por parte del conductor como de los usuarios del turismo, ya ocupen tanto asientos delanteros como traseros del vehículo. Pero señalando a continuación que: a) ninguna prueba acredita que el turismo accidentado, teniendo en cuenta la antigüedad de su matriculación, llevase cinturones de seguridad para los tres ocupantes de los asientos traseros del mismo, así no consta dicha existencia en el atestado levantado del accidente, siendo negada la misma expresamente por los impugnantes del recurso de apelación formulado de contrario; b) aun considerando la existencia, no probada, de los meritados cinturones de seguridad y su no utilización por parte de los acusadores, lesionados, ello no constituye causa del accidente y de la producción de las lesiones por los mismos padecidas (así no se concluye como causa de las mismas su no utilización en la diligencia de informe levantada por la dotación de la Guardia Civil de Tráfico obrante en el atestado inicial) y c) las lesiones presentadas por Pablo y por Mónica se hubieran producido de igual manera aún cuando ambos hubieran usado de los correspondientes cinturones de seguridad, cuya existencia no queda acreditada, pues las lesiones de Mónica, que ocupaba el asiento trasero derecho del vehículo se produjeron al quedar aprisionada su pierna izquierda entre los asientos del vehículo y las de Pablo, quien viajaba en el asiento trasero en su posición lateral izquierda, al golpear lateralmente el turismo sobre dicho lado.

Frente a ello ninguna prueba de descargo se presenta que acredite que las lesiones objetivadas no se hubieran producido de haber hecho uso de los presuntamente existentes cinturones de seguridad, existencia no objetivamente acreditada, siendo así que si bien el acusado no viene obligado a acreditar mediante "una probatio diabólica de hechos negativos" su inocencia, que en todo caso se presume al amparo de lo previsto en el artículo 24.2 del Texto Constitucional, no es menos cierto que deberá de soportar las consecuencias negativas derivadas de su inactividad probatoria o de la falsedad de sus coartadas, cuando, como en el presente caso ocurre, suficiente prueba de cargo en su contra existe. Máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso la parte recurrente en apelación no es el conductor condenado en la sentencia dictada en primera instancia, sino la Compañía Aseguradora "Patria Hispana S.A." quien, siendo competente para la impugnación de los pronunciamientos civiles de la sentencia recurrida, no lo es para la impugnación de los hechos probados que son tenidos en cuenta para la fundamentación del tipo penal y su correlativa sentencia condenatoria, a los que tácitamente se aquieta Fernando al no interponer recurso de apelación alguno contra la emisión de sentencia condenatoria contra él emitida.

Por lo indicado deberá de desestimarse el motivo de apelación ahora examinado.

IV.-Impugnación de la condena al pago de los intereses establecidos en el artículo 20 de la Ley de Contratos de Seguro:

La parte recurrente sostiene en su apelación que "mi representada, "Patria Hispana S.A." consignó las indemnizaciones que, hasta ese momento, podía entender que correspondía satisfacer, antes de que transcurrieran tres meses a contar del accidente. Pues el accidente sucedió el 8 de Diciembre de 1.999 y procedió a consignar a favor de D^a Mónica 195.000,- ptas., y a favor de D. Pablo 1,207.500,- ptas. Presentando escrito con fecha 7 de marzo de 2.000 por el que se interesaba que, puesto que la consignación había sido hecha en pago, se ofrecieran estas sumas a los lesionados y que, previamente, el Juzgado se pronunciara sobre su suficiencia. Luego el asegurador cumplió con su obligación de consignación antes de que transcurrieran tres meses, Quedando en el ámbito de decisión del Juzgado, la determinación sobre la suficiencia, o no, de la suma consignada. No recayó resolución al respecto. No obstante lo cual mi representada procedió a consignar a favor del Sr. Pablo otros 9.299.312,- ptas., con fecha 11 de junio de 2.001, quedando a la espera del pronunciamiento judicial. Más

adelante, mi representada volvió a consignar a favor del Sr. Pablo otros 9.299.312,- ptas., con fecha 11 de Junio de 2.001, quedando a la espera del pronunciamiento judicial. Más adelante, mi representada volvió a consignar, también en pago, otros 3.560.000,- ptas. a favor de D^a. Mónica y otros 10.519.602,- ptas. a favor de D. Pablo . Lo que hacía un total de 3.755.000,- ptas. a favor de D^a. Mónica y de 21.098.414,- ptas. a favor de D. Pablo , interesando de nuevo la declaración de suficiencia por el Juzgado. Con fecha 8 de Febrero de 2.002, el Juzgado dictó auto por el que: .- se declaraba suficiente las sumas consignadas a favor de D. Pablo y .- se declaraba insuficiente la consignación a favor de D^a. Mónica , y debía ampliarse la misma en otros 10.714'72,- euros. Nada más notificarse esta resolución a mi mandante, procedió ella con fecha 18 de febrero de 2.002 a ampliar la consignación a favor de D^a Mónica , completando la consignación indicada. En conclusión: Patria Hispana S.A. consignó en plazo; Patria Hispana S.A. amplió la consignación en dos ocasiones; Patria Hispana S.A. completó la indemnización que, como ampliación, señaló el Juzgado; y Patria Hispana S.A. supo que había consignado suma suficiente a favor de D. Pablo y que, tras la ampliación, también había consignado suma suficiente a favor de D^a. Mónica . Pese a ello la sentencia señala que ha incurrido en mora. Lo que por aplicación de la Ley invocada, y por aplicación también del Art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, entendemos que no es así".

La sentencia dictada en primera instancia recoge parcialmente los alegatos impugnatorios señalados, indicando que "en conclusión, no se estima que la aseguradora haya incurrido en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que los intereses del artículo 20 se devengarán sobre el exceso de la cantidades que se declaran en esta resolución con respecto a las ya consignadas y abonadas, desde la fecha de esta sentencia y hasta su completo pago. Dicho interés será de un 20 %, dado el transcurso de dos años desde el accidente".

La Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado de 8 de Noviembre de 1.995 modifica la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor introduciendo en ella una Disposición Adicional referida a la Mora del Asegurador en la que se establece que "Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación en el seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños y perjuicios causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación, la indemnización de daños y perjuicios debidos por el asegurador se regirá por lo dispuesto en el

artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, con las siguientes particularidades: 1º.- No se impondrán intereses por mora cuando las indemnizaciones fuesen satisfechas o consignadas judicialmente dentro de los tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro. 2º.- 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".

La mencionada Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado introduce una nueva regulación del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro indicando que "si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean mas beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas: 3º.- Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la declaración del siniestro. 4º.- La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100". A estos efectos será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro. Será término final el día en que efectivamente se satisfaga la indemnización.

En el presente caso queda documentalmente acreditado que la Compañía Aseguradora Patria Hispana S.A. consignó diversas cantidades dentro de los tres meses siguientes a la fecha del siniestro y con posterioridad al mismo, llegando a alcanzar las de un total de 3.755.000,- ptas. a favor de D^a. Mónica y de 21.098.414,- ptas. a favor de D. Pablo, interesando la declaración de suficiencia por el Juzgado de las mismas

y que con fecha 8 de Febrero de 2.002, el Juzgado dictó auto por el que se declaraba suficiente las sumas consignadas a favor de D. Pablo e insuficiente la consignación a favor de D^a. Mónica, debiendo ampliarse esta última en otros 10.714'72,- euros, ampliación que fue completada en fecha de fecha 18 de febrero de 2.002. Dicha suficiencia es establecida en virtud del informe médico forense de sanidad de fechas 30 de Enero de 2.002 para Pablo (obrante a los folios 251 y 252 de las actuaciones) y de 23 de Enero de 2.002 para Mónica (obrante al folio 250 de las actuaciones). Así las cosas se dicta providencia por el Juzgado sentenciador en fecha de 12 de Septiembre de 2.002 (prueba documental obrante al folio 313 de las actuaciones) señalando la celebración del correspondiente Juicio Oral para el día 29 de Octubre de 2.002. Entre la fecha del auto de suficiencia de consignaciones y la providencia indicada, ninguna otra diligencia médico forense instructora se practica salvo la ampliación del informe médico forense de sanidad emitido con respecto a Pablo (obrante al folio 298 de las actuaciones) y en el que se limita a indicar con fecha de 18 de Junio de 2.002 que "tras la 3ª sesión de vaporización con láser CO2 de cuerdas izquierdas y neocuerdas derechas, practicadas el 17-1-02, tras el tratamiento residua disnea a esfuerzos severos. No estima el especialista necesario posteriores tratamientos. N° de días de estancia hospitalaria: 1 día en el Hospital de Galdácano". Es decir, escasa novedad presenta dicha ampliación con respecto al informe médico forense de sanidad y en el que el Juzgado Instructor fundamentó la suficiencia o insuficiencia de las cantidades efectivamente consignadas por la parte ahora apelante, no siendo por ello necesario una ampliación de las mismas.

Habiendo consignado en forma y habiendo sido declarada suficiente la consignación, tras la emisión de los informes médicos forenses de sanidad, cuyo resultado no fue esencialmente modificado con posterioridad, siendo señalado el correspondiente Juicio Oral con relativa inmediatez a los mismos, considera esta Sala que las cantidades indemnizatorias concedidas en sentencia no deberán devengar los intereses establecidos en el artículo 20 de la Ley de Contratos de Seguro al no existir mora en dicha consignación, tal y como solicita la parte recurrente fundamentando dicha petición en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 8 de Mayo de 2.001) y de esta Sala (sentencia de 21 de Febrero de 2.002), cuyos contenidos reproducimos en la presente sentencia, no obstante a ello el hecho de que la sentencia dictada reconozca, en virtud de las pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral, una cantidad muy superior (en este

caso más del doble) de la cantidad consignada e inicialmente considerada por el Juzgador como suficiente para enervar intereses moratorios.

Por lo indicado deberemos de estimar el motivo de apelación argüido y ahora examinado.

TERCERO.- El segundo recurso sometido a examen es el interpuesto por Mónica fundamentado en la errónea fijación de las secuelas por la recurrente padecidas y la errónea indemnización concedida como responsabilidad civil. Así la parte recurrente sostiene en su apelación que "en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia recurrida se indica que, para la determinación de las secuelas padecidas por la denunciante, se parte del informe confeccionado por el médico forense, por ser de fecha más reciente que el aportado por la Sra. Mónica. Asimismo se señala que "a la vista de las aclaraciones que, vía ratificación, emite el médico forense, en que apreciando la limitación de la flexión en los últimos grados con carácter dolorosa la incluye en la gonalgia, se fijan en 28 puntos las secuelas, incluyendo 6 puntos por perjuicio estético moderado". Pues bien, esta parte muestra su disconformidad con la valoración realizada por el Juzgador, dicho sea con el debido respeto y en términos de estricta defensa. Así, por una parte, no entendemos las razones por las que se rechaza un informe médico, sólo por ser de fecha anterior al emitido por el médico forense".

La apelante requiere en su recurso la apreciación de dos secuelas diferenciadas e independientes entre sí, debiendo de valorarse separadamente, consistentes la primera en gonalgia o dolor en rodilla y la segunda en imposibilidad de flexión en los últimos grados de su pierna. Asimismo la parte recurrente impugna la puntuación otorgada en sentencia por el perjuicio estético al no ajustarse la misma a la gravedad de la secuela padecida por la denunciante. Por ello dos son los motivos que deberán de ser examinados separadamente:

I.- Impugnación de las cantidades concedidas por secuelas.

La sentencia dictada en primera instancia establece en el fundamento de hechos probados que "3.- Mónica sufrió una fractura de rama isquio-pubiana izquierda, habiendo tardado 466 días en estabilizarse las afecciones padecidas por causa del accidente durante los cuales estuvo impedida para desarrollar sus ocupaciones habituales, habiéndole quedado una cicatriz quirúrgica de 17'5 cms. en su rodilla izquierda, mate-

rial de osteosíntesis en la rodilla izquierda, gonalgia izquierda, atrofia muscular en cuádriceps izquierdo (4/5) y acortamiento de 0'5 cms. en EEII". En el fundamento jurídico séptimo determina que "También se aporta por la defensa de Mónica un informe médico en el acto del juicio, ratificándose en su contenido uno de los médicos que lo elaboró, D. Juan Ramón, señalando que desde el 2.001 no había vuelto a ver a la paciente, y que recogía en su informe la limitación de la flexión de la rodilla que aquél no incluía. Sin embargo el Sr. Médico Forense examinó a la lesionada hasta el 23 de enero de 2.002, y respecto a las alegaciones de la defensa de que pudiera quedarle además de las secuelas consignadas una limitación dolorosa, artrosis y cervicalgia, se ratificó nuevamente en su informe el día 8 de mayo de 2.002, dando las aclaraciones oportunas, por lo que se parte de dicho informe y no del aportado por la parte, al ser aquél mas reciente y previo seguimiento de la evolución de la lesión durante un largo periodo de tiempo".

En las presentes actuaciones se incorpora prueba pericial médico forense (documentada y obrante al folio 250 de las actuaciones) en la que se recogen como secuelas "gonalgia izquierda, atrofia muscular cuádriceps izquierdo (4/5) y acortamiento de 0'5 cms. en EEII., dicha prueba es complementada con informe pericial (documentado al folio 282 de las actuaciones), determinándose, a los efectos que a este recurso de apelación interesa, en este último informe que "indicar que la limitación dolorosa de los últimos grados de la flexión de la rodilla izquierda queda recogida como gonalgia izquierda. Referente a la artrosis que se menciona como de la extremidad inferior izquierda, indicar que esta se trata de un proceso degenerativo que afecta a las articulaciones concretas, no habiéndose objetivado en el momento actual signos ni síntomas de su presencia".

Ambos informes médicos contradictorios, el pericial médico forense citado y el aportado por la parte ahora recurrente, en el que la parte apelante basa sus pretensiones, son examinados por la Juzgadora de instancia, en virtud del principio de inmediación del que esta Sala carece en apelación, y libremente valorados por la misma, siendo sometidos a contradicción en el acto del Juicio Oral, optando por la asunción de uno de ambos contradictorios aportados y justificando en su sentencia los motivos que le han llevado a su elección, sin que, como ya hemos indicado anteriormente, corresponda a esta Sala modificar dicha apreciación al no concurrir los elementos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar la existencia de error en la apreciación de la prueba.

Por lo indicado procede la desestimación del motivo de apelación alegado y ahora examinado.

II.- Impugnación de las cantidades indemnizatorias concedidas por perjuicio estético: La parte recurrente indica en su apelación que "por otro lado, respecto a la puntuación otorgada por el Juzgador a la secuela de perjuicio estético, nuevamente mostramos nuestra disconformidad, por considerar que la puntuación asignada no se ajusta a la gravedad de la secuela padecida. En este sentido, no podemos olvidar que la Sra. Mónica es una mujer muy joven (27 años) que, como consecuencia de las lesiones sufridas en el accidente, tiene en su pierna una cicatriz de 18 cms. que resulta muy antiestética y que le acompleja y condiciona en gran medida. Así desde el accidente, la denunciante no ha vuelto a utilizar faldas, ni pantalones cortos, ya que la cicatriz de su pierna es tan visible que le da vergüenza que los demás se fijen en ella. A mayor abundamiento, hemos de indicar que la Srta. Mónica está soltera, por lo que las consecuencias personales, que la existencia del perjuicio estético le van a deparar, resultan aún mayores. Es por ello, por lo que, a nuestro entender, la referida secuela debería valorarse, cuando menos, como perjuicio estético medio y asignársele una valoración mínima de 8 puntos".

La sentencia objeto de impugnación determina en el fundamento jurídico séptimo que "...incluyendo seis puntos por perjuicio estético moderado..."

Esta Sala tiene ya ampliamente declarado que la indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito penal que realice el Tribunal Penal de instancia, fijando el alcance material del "quantum" de las responsabilidades civiles por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, en daño emergente y lucro cesante, no puede ser sometida a la censura de una segunda instancia, por actuar como una cuestión totalmente autónoma y de la discrecional facultad del órgano sentenciador, como ha venido a señalar la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que únicamente permite el control en el supuesto que se ponga en discusión las bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, o lo que es igual, el supuesto de precisar si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero nunca el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza. Es decir, que

la cantidad indemnizatoria únicamente será objeto de fiscalización en segunda o ulteriores instancias cuando: a) exista error en la valoración de las pruebas que hubieran determinado la fijación del "quantum indemnizatorio", indemnizando conceptos no susceptibles de indemnización o por cuantía superior a la acreditada por la correspondiente prueba de parte y b) que se indemnice por cuantía superior a la solicitada por las partes, en virtud del principio acusatorio que rige nuestro derecho procesal penal y del principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de las acciones civiles, bien independientes, bien acumuladas a las penales correspondientes. Dichas cuantías indemnizatorias serán fijadas sin sujeción a las normas e indemnizaciones que en sentido estricto fijan las normas laborales, civiles o de otra índole no penal, siendo perfectamente compatibles con las concedidas y disfrutadas en dicho ámbito

En materia de accidentes de circulación, y con la entrada en vigor de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 8 de Noviembre de 1.995, el principio de libertad de fijación de cantidades indemnizatorias queda limitado por el Baremo que dicha ley introduce, no pudiendo otorgar el órgano jurisdiccional sentenciador cantidad superior o inferior a la fijada en el mismo. Pero ello no implica coartar la libertad de dicho órgano de fijar la cantidad indemnizatoria dentro de los límites del mismo, como no podía ser de otra manera ya que el emisor de sentencia en primera instancia ha tenido la oportunidad de ver a la lesionada en virtud del principio de inmediación del que esta Sala carece en apelación. Por ello, serán plenamente aplicables los principios antes señalados, es decir, la cantidad indemnizatoria otorgada no podrá revisarse en esta segunda instancia salvo que se indemnicen secuelas no acreditadas, que se indemnice por cuantía superior o inferior a la legalmente prevista (principio de legalidad), que se indemnice por cantidad superior a la reclamada por la lesionada (principio de rogación y de vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte vigente en nuestro derecho procesal civil).

Ninguna de las circunstancias indicadas concurren en el presente supuesto, por ello procede la desestimación del motivo de apelación ahora examinado, preservando en todo momento el principio de inmediación y de libre valoración de la prueba que a la Juzgadora de instancia corresponde, por lo que procede desestimar el motivo de apelación argüido y ahora examinado.

CUARTO.- El tercer recurso de apelación planteado es el interpuesto por Pablo, Rodrigo, Valentina y Antonieta . Dicho recurso se centra en dos argumentos distintos: a) impugnación de la responsabilidad penal y, por ende, de la pena de Multa impuesta, con respecto a la cuota día fijada y b) impugnación de las cuantías fijadas como responsabilidad civil, solicitando en su apelación la revocación de la sentencia dictada en primera instancia y requiriendo la condena del acusado, Fernando , a la pena de tres meses de Multa, a razón de una cuota diaria de 9,- euros, y Privación del Permiso de Conducción por tiempo de un año, así mismo el incremento de la cuantía de la indemnización prevista en la Tabla IV de la Ley 30/95 para supuestos de Gran Invalidez y la concesión a D. Rodrigo, D^a. Valentina y D^a. Antonieta de las indemnizaciones por perjuicios a familiares establecidas en la Tabla IV de la Ley 30/95; y todo ello con los intereses moratorios previstos en la Ley 30/95.

El recurso deberá de ser diseccionado en los siguientes apartados:

I.- Impugnación de la pena de Multa impuesta a Fernando.

La parte recurrente en apelación sostiene en su recurso que "debemos alzarnos frente a la pena impuesta puesto que el Sr. Fernando ha sido condenado al pago de una Multa de treinta días, con una cuota diaria de nueve euros por cada uno de ellos pero, como así consta en autos, pese a lo que se ha manifestado acerca de que carece de empleo desde el pasado mes de Diciembre de 2.001 y no percibe prestación alguna, es propietario de un vehículo y de una vivienda, sin que su patrimonio esté grabado por deuda alguna, de lo que se deduce que su capacidad económica puede hacer frente a una pena superior, y si eso lo ponemos en relación directa con la gravedad del daño que causó por su imprudencia, estimamos más ajustado que se le imponga una pena sensiblemente superior a la recaída en la sentencia de instancia".

Por la parte recurrente se solicitó, en el acto del Juicio Oral, la condena de Fernando , como autor de una falta de lesiones imprudentes del artículo 621 del Código Penal, a la pena de tres meses de Multa, con una cuota diaria de 9,- euros, y la retirada del permiso de conducir durante un año. La sentencia dictada en primera instancia condenaba al acusado a la pena de treinta días de Multa, con una cuota diaria de 9,- euros, dándose motivada justificación en el fundamento jurídico cuarto de la misma de las causas de dicha fijación. Así establece la Juzgadora de instancia que "dicha solicitud de pena excede el límite legal, Multa de 1 a 2 meses, caso de apreciarse imprudencia grave, y de 15

a 30 días, de ser leve, sin que se haya alegado, ni mucho menos probado, la concurrencia de ninguna circunstancia agravante, por lo que la pena a imponer debe fijarse dentro de los parámetros legales, imponiéndose en este procedimiento una duración de la pena de 30 días, en atención al bien jurídico lesionado y circunstancias del accidente".

El artículo 50.5 del Código Penal viene a establecer que "los Jueces y Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo". El mismo precepto señala en su párrafo 3º que la extensión de la pena de Multa será de cinco días a dos años y en su párrafo 4º que la cuota diaria tendrá un mínimo de 200,- ptas. y un máximo de 50.000,- ptas. Dicho precepto deberá de ser puesto en relación con los artículo 621 y 638 del Código Penal.

Las acusaciones particulares personadas en las actuaciones imputan a Fernando la comisión de una falta, prevista y penada en el artículo 621 del Código Penal, distinguiendo dicho precepto entre imprudencia grave con resultado de lesiones del artículo 147.2 y estableciendo para este supuesto la pena de Multa de uno a dos meses, e imprudencia leve con igual resultado lesivo y estableciendo la pena de Multa de quince a treinta días. En ambos casos se establece la imposición potestativa del órgano sentenciador de la pena de privación del derecho a conducir por tiempo de tres meses a un año. Dicha pena privativa de conducción no es adoptada en la presente sentencia apelada, no requiriendo su imposición las partes recurrentes en apelación y, por ende, no siendo objeto su inadopción de estudio alguno (en virtud del principio acusatorio que rige nuestro derecho procesal penal).

Este mismo principio acusatorio, unido al de legalidad vigente en el mismo derecho procesal penal, impiden a esta Sala la estimación del recurso de apelación ahora examinado, en cuanto la calificación de los hechos sometidos a enjuiciamiento como constitutivos de una falta prevista y penada en el artículo 621.3 del Código Penal no aparece impugnada por la parte recurrente, correspondiendo por ello la imposición como pena

máxima la de treinta días de Multa. La pena impuesta se encuentra comprendida dentro de los límites legales establecidos para la falta de imprudencia (cumplimiento del principio de legalidad), no así la solicitada por la parte apelante, y la cuota día impuesta de 9,- euros cumple el principio acusatorio siendo la cuantía adecuada a la solicitada por el apelante en el acto del Juicio Oral, sin que ahora pueda revisarse en segunda instancia la ampliación de dicha cuota, introduciendo argumentos novedosos no alegados en primera instancia, no indicando, por otro lado, la parte apelante que dicha cuota ahora reclama.

Por ello procede desestimar el motivo de apelación ahora argüido.

II.- Impugnación de la indemnización concedida en sentencia como factor de corrección por la situación de incapacidad que supone a Pablo las secuelas que padece a consecuencia del accidente de tráfico.

La parte recurrente en apelación sostiene en su recurso que "la Juzgadora de instancia estima que le corresponde la propia de una incapacidad absoluta porque, según su juicio, la limitación que presenta Pablo no va más allá de la imposibilidad de realizar cualquier ocupación o actividad, pero que dicha limitación no tiene encuadre en la lista que se observa en la Ley para otorgarle la indemnización propia de los grandes inválidos... teniendo en consideración el estado en que ha quedado Pablo, así como la edad que cuenta en la actualidad y los años que va a tener que vivir de ese modo, solicitamos que por este concepto se le otorgue, como así realizó la Juzgadora de instancia en su fallo, aunque fuera la prevista para la incapacidad permanente absoluta, la indemnización máxima que establece la Ley".

La parte apelante fundamenta sus pedimentos indicando que "hemos de disentir sobre tal conclusión (recogida en sentencia) por dos motivos: el primero, de carácter estrictamente jurídico-interpretativo, porque, según se puede observar, dando lectura al texto legal, la relación de patologías que se describe en el apartado de la Tabla IV dedicado a "Grandes Inválidos" no es una "lista cerrada", de lo contrario no se entendería que la norma incluyera un "etc.", sino que se trata, como así ocurre en otras muchas normas, de una relación "abierta", con la clara finalidad de que el Juzgador pueda subsumir en ese supuesto de derecho cualquier supuesto de hecho que haya de resolver; el segundo motivo que exponemos para afirmar que se le otorgue a la víctima la indemnización prevista en la Tabla IV para los Grandes Inválidos radica en una cues-

ción probatoria. Como así han señalado, no solo los familiares de Pablo, sino también la facultativa que compareció en el acto del Juicio en calidad de perito, Dra. Begoña, las graves lesiones que padece Pablo a nivel psicológico hace que estemos hablando de una persona con una capacidad intelectual equiparable a un niño de 10 o 12 años de edad. Nadie pondrá en tela de juicio que, a pesar de que un niño de esa edad pueda comer, vestirse, ir solo al colegio, o asearse, necesita la ayuda y asistencia de un mayor para vivir. Esta parte jamás ha perseguido tal indemnización amparándonos en que Pablo no pueda realizar las actividades más esenciales de la vida, sino en el hecho indubitado de que Pablo carece de capacidad para pensar qué tareas necesita realizar para vivir y también está privado de la razón para luego decidir llevarlas a cabo".

La sentencia objeto de impugnación señala en su fundamento jurídico sexto que "... al haber quedado Pablo en situación de inhabilidad para la realización de cualquier ocupación o actividad, sin que su situación pueda equipararse a la de un "gran inválido", como se pedía por su defensa letrada. De los informes médicos de Dra. Begoña y del Servicio de Daño Cerebral del Hospital Aita Menni, del informe de la empresa de detectives Solvimar y de la sentencia por la que se le incapacitó parcialmente, resulta que si bien las limitaciones psíquicas y físicas con que ha quedado como consecuencia del accidente impiden o van a impedir la asunción de las responsabilidades que cualquier trabajo en el mercado laboral normal exige, debido a sus déficits de atención, memoria, etc., no es equiparable dicha situación a la de un gran inválido. En la Tabla IV define como tales a "las personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayudas de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejias, paraplejias, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.)". La desafortunada situación en que ha quedado Pablo, aunque grave, no es equiparable a la legal para los grandes inválidos. Tiene capacidad para comer por sí mismo, vestirse, utilizar medios de transporte públicos, relacionarse con otras personas, efectuar pequeñas compras, etc., con las limitaciones en cuanto a los actos dispositivos que requieran complemento de capacidad, según la sentencia de incapacidad parcial aludida".

Como prueba documental del estado y secuelas psíquicas presentadas por Pablo por la acusación particular se incorporan a las actuaciones testimonios del proceso de incapa-

citación de Pablo seguido bajo el núm. I.017/01 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Baracaldo (folios 366 y siguientes de las actuaciones), procedimiento que, admitido a trámite por auto de fecha 25 de Enero de 2.002, terminó con sentencia de fecha 19 de Julio de 2.002 en cuyo fallo se estimaba íntegramente la demanda, en su petición subsidiaria, y se declaraba a Pablo incapacitado "en el estado de idoneidad parcial para gestionar su patrimonio, que afectará solamente a los actos de disposición, que son los más trascendentes en su patrimonio y que no produzca su privación de capacidad de obrar, sino su restricción, conservando su iniciativa pero precisando los actos dispositivos del complemento de la capacidad que le dará, si procede, un curador, tal y como disponen los artículos 287 y 289 del Código Civil; y concretamente respecto a los siguientes actos: 1) para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción; 2) para renunciar derechos; 3) para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o para repudiar ésta o las liberalidades; 4) para entablar demandas y denuncias; 5) para dar y tomar dinero a préstamo por cuantía superior a 25.000,- ptas. (150'25,- euros); y 6) para disponer a título gratuito de bienes y derechos, salvo aquellos obsequios o regalos de uso ordinario en las relaciones familiares y sociales. Se declara, pues, la constitución del demandado en el estado civil de incapacitado parcial, debiendo de constituirse la curatela, cargo que recaerá en los padres del incapacitado, D. Rodrigo y D^a Valentina " (folios 371 y 372 de las actuaciones).

En dicho procedimiento se emite informe por la médico Begoña , ratificado por su emisora en el acto del Juicio Oral, en el que se indica que "presenta un trastorno orgánico de personalidad, con un marcado infantilismo, impulsividad, desinhibición y baja tolerancia a la frustración; aunque autónomo físicamente, es dependiente de su familia para la supervisión de las tareas básicas cotidianas; requiere también supervisión para el manejo de cantidades mínimas de dinero; no es previsible que vaya a adquirir un grado mayor de autonomía personal, laboral o social" (folio 378 de las actuaciones) y que "la alteración neuropsiquiátrica que padece le incapacita para la realización de cualquier tipo de trabajo; el paciente precisa de supervisión en su vida cotidiana y el manejo de mínimas cantidades de dinero" (folio 385 de las actuaciones). En el acto de la Vista Oral del presente Juicio de Faltas, comparece la perito informante y, tras ratificar su informe, indica que tiene lesionado el tema de la voluntad, siendo equiparable en

este punto con un niño de 10 a 12 años, lo que impide que se fije objetivos a medio o largo plazo, no pudiendo vivir solo ahora ni en el futuro, necesita una supervisión por parte de una tercera persona para realizar las tareas básicas, constituyendo, a su juicio, invalidez absoluta ya que si bien no necesita ayuda para vestirse, desplazarse o comer, sí necesita de otra persona para supervisar sus actos.

En el mismo procedimiento de incapacidad se presenta informe del Hospital Aita Menni (folios 399 y siguientes) en el que como conclusiones (folios 412 y 413) se indica que el lesionado es autónomo para actividades básicas de la vida diaria (higiene, autocuidado, desplazamientos, etc.), precisando supervisión externa para realizar tareas de cierto grado de complejidad o que impliquen retener información (organización de la vida cotidiana, de la economía, etc.). Por otra parte, sigue indicando dicho informe, es previsible que el déficit neuropsicológico descrito limite el rendimiento laboral del paciente quien precisará una adaptación socio-laboral a sus capacidades actuales. Finalmente, concluye el informe meritado, a pesar de haberse producido una mejoría en el ajuste social de Pablo, persisten déficits a nivel relacional caracterizados por desinhibición y escasa tolerancia a la frustración.

Asimismo aparece (folio 432 de las actuaciones) reconocimiento por Orden Foral de la Diputación de Vizcaya de 22 de Febrero de 2.001 por la que se reconoce, con efectos retroactivos desde la fecha de 14 de Diciembre de 2.000 y revisión provisional en fecha de 15 de Febrero de 2.006, a favor de Pablo una minusvalía del 65 % derivada de "atrofia nervio óptico ojo izquierdo, parálisis de cuerdas vocales, labialidad emocional secundaria a T.C.E." sin que se reconozca cantidad alguna correspondiente a la necesidad de ayuda por tercera persona.

Finalmente se incorpora al acto del Juicio Oral informe emitido por la empresa de detectives privados "Winterman, Solvimar S.A." (folios 483 y siguientes de las actuaciones) en el que indica que "a lo largo de la investigación practicada no hemos observado en ningún momento dificultad en el informado para desenvolverse con absoluta normalidad, caminando solo, sin necesitar la ayuda de terceras personas o de bastón y conversando de forma aparentemente normal con personas de su entorno", correspondiendo dicho informe a las labores de seguimiento verificadas en los días 2, 3 y 4 de Octubre de 2.002. La misma empresa de detectives presenta anexo ampliatorio reco-

giendo los resultados de seguimiento durante los días 16 y 22 de Octubre de 2.002 (folios 508 y siguientes de las actuaciones) extrayendo como conclusión que " Pablo se desenvuelve con absoluta normalidad en todos sus actos, fumando cigarrillos, sonriendo y conversando animadamente con las personas con las que se encuentra, siendo sus diálogos coherentes y denotando únicamente un tono de voz ronco" y que "cabe destacar, al igual que en nuestro anterior informe, que, a lo largo de la investigación practicada, no hemos observado en el informado secuela o incapacidad aparente, desenvolviéndose normalmente, sin necesitar ayuda de terceras personas a la hora de caminar, acudiendo solo a lugares de recreo o incluso realizando alguna compra, manteniendo conversación con las personas de su entorno y mostrando cordialidad con las mismas, siendo aparentemente sus pautas de conducta normales".

Todas las pruebas indicadas coinciden en que Pablo no puede ser equiparado a una persona que no pueda realizar las actividades físicas más esenciales de la vida diaria, como vestirse y comer sin ayuda, desplazarse por sí mismo y sin necesidad de compañía y otras actividades primarias análogas, actividades vedadas para un gran inválido físico de los previstos en la Tabla IV del Baremo introducido por la Ley de 8 de Noviembre de 1.995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (tetrapléjicos, parapléjicos, estados de cómo vigil o vegetativos crónicos, ceguera completa, etc.).

De las pruebas practicadas en el presente caso, periciales médicas y documentales antes reseñadas se acredita que por las secuelas padecidas por Pablo , éste deberá de ser incluido en el concepto de incapacidad permanente absoluta, como indicábamos al resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad Patria Hispana S.A. de Seguros y como indica la Juzgadora de instancia en su sentencia ahora recurrida en apelación, siendo que se le reconoce legalmente una minusvalía del 65 %, concurriendo una voluntad equiparable a la de un niño de 10 a 12 años, lo que le impide que se fije objetivos a medio o largo plazo; no pudiendo vivir solo ahora ni en el futuro y necesitando la supervisión por parte de una tercera persona para realizar las tareas básicas entre ellas y fundamental para la administración de sus bienes, si bien con el límite de 25.000,- ptas., estado que impide la consideración de "gran invalidez" ya que de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral y antes reseñada se acredita que el lesionado tiene para realizar las actividades básicas (comer por sí mismo, vestirse, utilizar medios de transporte públicos, relacionarse con otras personas, efectuar pequeñas compras, etc.), siendo dicha capacidad limitada

exclusivamente con respecto a la administración de su patrimonio y siempre en disposiciones superiores a las 25.000,- ptas. La demanda civil de incapacidad (folio 437 de las actuaciones) solicitaba la declaración de incapacidad total y absoluta de Pablo , o subsidiariamente que se determinara cuales sean la extensión y límites de tal declaración de incapacidad, y el régimen de tutela a la que debe quedar sometido el presunto incapaz, no estimándose el primero de los pedimentos y sí el formulado con carácter subsidiario, declarándose al indicado joven en situación de incapacidad parcial, debiendo de constituirse en curatela, cargo que recae en los padres.

Así debe desestimarse el motivo de apelación argüido en cuanto: a) ninguno de los informes médicos examinados consideran concurrente en Pablo la existencia de "gran invalidez", b) la minusvalía reconocida administrativamente alcanza solo el 65 %, no pudiendo basarse en la misma la existencia de gran invalidez, c) en vía civil se le reconoce exclusivamente una incapacidad parcial para la administración de sus bienes y a partir de disposiciones superiores a las 25.000,- ptas., sometiéndose a curatela a dichos efectos, no necesitando de tercera persona para el desenvolvimiento físico o psíquico de su vida ordinaria y d) queda acreditado por la prueba practicada en el acto del Juicio Oral que Pablo se desenvuelve perfectamente en su vida relacional (sale solo a la calle, utiliza medios de transporte públicos, realiza compras, se relaciona con otras personas con normalidad, etc.) sin que para ello precise la asistencia de persona alguna y mucho menos especializada.

III.- No concesión de indemnización alguna a los padres y hermana de Pablo.

La parte recurrente en apelación sostiene que "nos vemos en la necesidad de llamar la atención del Tribunal acerca de lo ajustado a derecho que resulta la petición concretada en otorgar una indemnización a los padres y a la hermana de Pablo por los perjuicios morales que se les han causado. Pero tal petición no proviene solo por lo que han padecido hasta ahora, sino, y mucho más importante, por lo que van a tener que vivir en el futuro con Pablo . Como ha quedado suficientemente acreditado a través de las pruebas obrantes en autos, las personas que se han encargado del cuidado de Pablo son sus padres y su hermana, Antonieta . Esta última, por su mayor preparación, es la que se ha hecho cargo de llevar a su hermano a cuantos médicos ha hecho falta, y no solo eso, sino que también es la que, como manifestó a presencia judicial, habiéndose puesto como objetivo cuidar a Pablo , tomará el relevo de sus padres en la atención

que Pablo seguirá reclamando a pesar de los años, lo que a nadie se le escapará es una alteración cualitativa de lo que hubiera sido su vida en otras circunstancias".

Reconociendo esta Sala lo loable de la intención de futuro de la hermana y padres de Pablo que, por otro lado, son reflejo de las relaciones paterno-filiales y de hermandad, deberemos de desestimar el motivo de apelación señalado. La Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados establece en la Tabla IV de su Baremo un factor de corrección cuando se trate de grandes inválidos que precisen la ayuda de otra persona, ponderando la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades mas esenciales de la vida, asimilando a dicha prestación el coste de la asistencia en casos de estados de coma vigil o vegetativos crónicos.

En el presente caso no procede la fijación de cantidad alguna por dicho concepto pues, como ya antes hemos señalado, no concurre en Pablo el concepto de gran invalidez, no precisando éste de tercera persona, y mucho menos dotada de unos conocimientos especializados, para realizar las actividades físicas y psíquicas normales de su vida personal y en sociedad, limitándose el curador judicialmente designado (los padres y no la hermana) a controlar y otorgar el consentimiento para disposiciones patrimoniales superiores a las 25.000,- ptas., actuación que no genera una especial carga en quien la verifica, ni supone, como indica el recurrente, "una alteración cualitativa en su vida".

Así también lo viene a señalar la Diputación Foral de Vizcaya en el reconocimiento de la minusvalía de Pablo (prueba documental obrante al folio 432 de las actuaciones) al no reconocer punto o cantidad alguna para ayuda de tercera persona.

Por lo indicado deberá de desestimarse el motivo de apelación examinado.

IV.- Impugnación de los intereses moratorios.

Dicho motivo impugnatorio ya ha sido tratado a la hora de abordar el recurso de apelación interpuesto por la entidad Patria Hispana S.A. de Seguros y estimándose el mismo, tal y como se indicó y ahora se reproduce, la consecuencia inmediata es la desestimación de los alegatos formulados en el presente motivo.

QUINTO.- Estimándose parcialmente como se estima el recurso de apelación formulado por la entidad Patria Hispana S.A. de Seguros y desestimándose como se desestiman los recursos de apelación interpuestos de una parte por Mónica y de otra por Pablo, Rodrigo, Valentina y Antonieta procede declarar de oficio las costas procesales que se hubieren devengado en esta apelación, a sensu contrario del principio de vencimiento que en este punto rige en la interposición de recursos (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por lo expuesto, esta Audiencia Provincial, decide el siguiente:

FALLO

Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por una parte por Mónica y por otra por Pablo, Rodrigo, Valentina y Antonieta y DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso interpuesto por la entidad Patria Hispana S.A. de Seguros contra la sentencia dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Instrucción núm. Dos de Villarcayo, en el Juicio de Faltas núm. 11/00 y en fecha de 29 de Octubre de 2.002, del que dimana este rollo de apelación, y revocar la referida sentencia en el sentido de DEJAR SIN EFECTO LOS INTERESES MORATORIOS ESTABLECIDOS EN LA MISMA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO, DEVENGANDO LAS CANTIDADES PENDIENTES DE PAGO LOS INTERESES ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 576 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales devengadas en la presente apelación.

SENTENCIA NÚM. 15.

TS - Sala 4ª, de lo Social . S. de 5 de Mayo de 1987 . Sr. De las Cuevas González
(Nº 3002878809)

Resumen: @ PRESTACIONES Y PENSIONES - Invalidez, Permanente *Incapacidad absoluta

A Favor: Incapaz

En Contra: Entidad gestora

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La actora interpuso demanda ante la Magistratura de Trabajo, contra expresado demandado, en la que, tras exponer los hechos y fundamento de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia de conformidad con el suplico de la misma.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según es de ver en acta. Y recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO: Con fecha 26 de mayo de 1986 se dictó sentencia en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando la presente demanda formulada por doña Concepción Núñez Vázquez sobre invalidez, debo condenar y condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social a que abone a la actora las prestaciones de invalidez por su incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo, en la cuantía mensual de 50.991 pesetas, incrementadas con el importe de dos pagas extraordinarias de igual cuantía, correspondientes a julio y Navidad, más las mejoras legales correspondientes y con efectos económicos a partir de 2 de febrero de 1985".

CUARTO: En la anterior sentencia se declara probado: "1.º Doña Concepción Núñez Vázquez, demandante en los presentes autos, nació el 12 de septiembre de 1933, soltera, vecina de Lugo, con domicilio en ronda de los Caídos, número 34, ha trabajado en el Régimen General, patronal Electricidad R.T.R., dedicada a la fabricación de

material eléctrico, con la categoría profesional de Especialista, teniendo cubierto el período de carencia y siendo su número de afiliación a la Seguridad Social el 27/124.165 y la base reguladora de la prestación 50.991 pesetas mensuales. 2.º Con fecha 2 de febrero de 1985, la parte actora inició expediente de invalidez ante el Organismo demandado; fue terminado, pasando a la Comisión de Evaluación de Incapacidades de Lugo, para la actuación en materia de incapacidad permanente, y, previos los trámites correspondientes, dicha Comisión, con fecha 20 de diciembre de 1985, formuló propuesta de resolución, en el sentido de que "d) Grado de incapacidad: Ninguno de carácter permanente para el ejercicio de su profesión habitual"; dicha propuesta fue confirmada, el 27 de diciembre de 1985, por la Dirección Provincial del INSS; interpuesta reclamación previa el 31 de enero de 1986, para ante la Dirección Provincial del INSS, por ésta se dictó acuerdo desestimando el recurso interpuesto y confirmando en todas sus partes y por sus propios fundamentos la resolución impugnada. 3.º Doña Concepción Núñez Vázquez padece: Epilepsia, con frecuentes ataques de gran mal y ausencias frecuentes, también episodios distímicos y estados crepusculares, pese a estar sometida a tratamiento anticomicial de manera prolongada e ininterrumpida; si bien la actividad irritativa temporal izquierda desapareció, han surgido otras alteraciones de significación epiléptica de más gravedad, que demuestran un daño cerebral generalizado. 4.º Formuló demanda ante la Magistratura de Trabajo Decanato el 11 de abril de 1986".

QUINTO: Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación por infracción de ley a nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y recibidos y admitidos los autos en esta Sala por su Procurador señor Zulueta Cebrián. en escrito de fecha 19 de diciembre de 1986. se formalizó el correspondiente recurso, autorizándolo y basándose en los siguientes motivos: I. Al amparo del artículo 167.1 de la LPL, por aplicación indebida del artículo 135.5 de la LGSS. II. Al amparo del artículo 167.1 de la LPL, por violación de no aplicación de la disposición adicional de la Orden ministerial de 23 de noviembre de 1982. Terminaba suplicando se dicte sentencia que case y anule la recurrida.

SEXTO: No evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el excelentísimo señor Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de abril actual, el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Atribuye el Instituto Nacional de la Seguridad Social a la sentencia recurrida haber incurrido en la aplicación indebida del artículo 135.5 de la Ley General de la Seguridad Social, porque, a su juicio, los padecimientos de la demandante no le impiden la realización de todos los trabajos; pero conforme resolvió la sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1987, las secuelas que restan a la trabajadora como consecuencia de aquellos males son de las que inhabilitan para toda profesión, pues aqueja, según consta en los hechos probados no combatidos, "Epilepsia con frecuentes ataques de gran mal y ausencias frecuentes, también episodios distímicos y estados crepusculares, pese a estar sometida a tratamiento anticomercial de manera prolongada e ininterrumpida; si bien la actividad irritativa temporal izquierda desapareció, han surgido otras alteraciones de significación epiléptica de más gravedad, que demuestran un daño cerebral generalizado"; sin que, por tanto, guarden semejanza el caso enjuiciado con los de las sentencias que menciona el recurrente y sí con la recientemente dictada a la que se ha hecho referencia, ya que como víctima del padecimiento descrito en el que aparecen como frecuentes los ataques de gran mal, unido a sus episodios de exaltación o de depresión y limitada lucidez mental, junto con el daño que en general presenta el cerebro, no puede menos de reputarse no apta para cualquier trabajo a la persona así afectada; por lo que, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, se ha de desestimar este motivo.

SEGUNDO: Distinta suerte corre el formulado como el anterior, al amparo del artículo 167.1 de la Ley Procesal Laboral, en el que censura la fecha que como inicial de la prestación ha sido fijada en la sentencia recurrida, porque efectivamente, conforme a la disposición adicional de la Orden de 23 de noviembre de 1982, ha de referirse a la fecha del informe médico de la Unidad de Valoración Médica los efectos de la prestación correspondiente, por lo que siendo la fecha de emisión el 28 de agosto de 1985, según aparece en el folio 27 de los autos, al que se hace referencia para evitar nulidades que pueden ser salvadas como en este caso se hace por razones de economía procesal, a dicho momento ha de referirse el nacimiento del derecho y, por tanto, al no haberlo entendido así la sentencia recurrida incurrió en la infracción denunciada, lo que conduce a la casación de la sentencia, con anulación del pronunciamiento en cuanto a dicho extremo se refiere, pero manteniéndolo en lo demás; por lo que en sustitución de dicho fallo, se pronuncia el siguiente.

FALLO

Estimamos el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra sentencia de la Magistratura de Trabajo número 1 de Lugo dictada el 26 de mayo de 1986, la que casamos; y estimando en parte la demanda formulada por doña Concepción Núñez Vázquez sobre incapacidad permanente absoluta, declaramos a la actora afecta de tal grado de incapacidad, con derecho al percibo de una pensión vitalicia igual al 100 por 100 de la base reguladora de 50.991 pesetas mensuales, más dos pagas extraordinarias y mejoras correspondientes a partir del 28 de agosto de 1985, a cuyo pago condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social demandado; y desestimándolo en lo demás, la absolvemos del resto de lo pedido.

Devuélvanse los autos a la Magistratura de origen, con certificación de esta sentencia y comunicación.

SENTENCIA NÚM. 16.

TSJ - Madrid - Social . S. de 15 de Marzo de 2004 . Sección 3ª Sra. Vives Usano
(Nº 3007608108) Nº Recurso: 372/2004 Nº Rollo: 34/2004

Resumen: @ SEGURIDAD SOCIAL - Asistencia sanitaria, Reintegro de los gastos producidos en institución privada @ RECURSO DE SUPPLICACION - Motivos, Infracción de normas sustantivas

A Favor: Entidad gestora

En Contra: Incapaz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº 53/02 del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Móstoles, se presentó demanda por Dª Olga y D. Millán en rep. de su hijo Mauricio , contra INSALUD (INGESA), IMSALUD, TGSS y la ASEGURADORA MMT SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA, en materia de reintegración de gastos médicos, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en fecha veintitrés de octubre de dos mil tres, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Que, estimando la demanda formulada por Dª Olga y D. Millán , en nombre y representación de su hijo, D. Mauricio, incapacitado judicialmente, habiéndose rehabilitado la patria potestad, frente al INSALUD, -hoy INGESA-, IMSALUD, TGSS y la ASEGURADORA MMT, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA, debo condenar y condeno al INSALUD, -hoy INGESA-, a que abone a la parte actora -como reintegro de los gastos médicos generados entre junio y diciembre de 2001, ambos meses incluidos, al acudir a la sanidad privada-, la cantidad de 6.404,38 euros".

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Que Dª Olga y D. Millán son los padres de D. Mauricio , nacido el 28-01-1981. SEGUNDO.- Que el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Móstoles dictó Sentencia, el 22-01-2003, en cuyo Fallo se concretó lo siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal sobre la incapacidad de Mauricio DEBO CONSTITUIR Y CONSTITUYO A Mauricio en estado civil de incapacitación total, incluso para el ejercicio del derecho de sufragio, rehabilitando respecto al mismo la patria potestad de sus padres".

TERCERO.- Que hacia las 7'00 horas, aproximadamente, del día 25 de Junio de

2000, D. Mauricio conducía, a la altura del Km. 18 de la carretera M-501, término municipal de Brunete, Madrid, y Partido Judicial de Móstoles, el turismo de su propiedad, Renault 21, matrícula G-...-GL, y sufrió un accidente; resultando con heridas muy graves. El Sr. Mauricio tenía contratado el correspondiente seguro de circulación con MMT, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA. En la oportuna póliza figura como capital seguro ocupantes, (sólo conductor), una cantidad de 6.010'12 Euros, (un millón de las antiguas pesetas), para asistencia sanitaria. CUARTO.- Que D. Mauricio fue atendido inicialmente en la UCI del Hospital Universitario 12 de Octubre. Permaneció en la UCI desde el 25.06.2000 hasta el 05.08.2000. Su cuadro clínico era el siguiente:

Enfermedad traumática severa, con las siguientes lesiones:

- traumatismo craneoencefálico severo: GCS al ingreso de 3. contusiones cerebrales múltiples. Monitorización de la PIC. HEC. Lobectomía temporobasal dcha. y craniectomía descompresiva. Diabetes insípida. HEC tardía con coma barbitúrico. Pobre evolución neurológica con coma al alta de UCI.
- Traumatismo torácico cerrado con Fx costales lzq altas, neum. tórax oculto lzq., y contusión pulmonar bilateral de predominio derecho.
- Lesión de partes blandas.
- Coagulopatía.
- Neumonía nosocomial asociada a VM por Pseudomona Ae.
- Traqueostomizado.
- Infección respiratoria no neumónica por Pseudomona Ae. y Acinetobacter Basumannii multirresistente.

QUINTO.- Que el 05.08.2000 el Sr. Mauricio pasó al Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario 12 de Octubre; permaneciendo allí hasta el 22.09.2000. SEXTO.- Que en fecha 22.09.2000 el Sr. Mauricio fue trasladado al Hospital de Móstoles, Servicio de Medicina Interna, permaneciendo el dicho Servicio hasta el 06.07.2001. En esa fecha se emitió un informe, por el Médico Adjunto del Servicio de Medicina Interna, en el que, entre otros extremos, consta lo siguiente:

EVOLUCIÓN: a su ingreso se inició tratamiento con Meropenen, Captopril y fenitoina que se retiró posteriormente por ausencia de crisis y ligera elevación de transaminasas. Un mes después de la retirada presentó nueva crisis comicial por lo que se reinició tratamiento con Depakine sin presentar nuevas crisis. El día 26/6/01, presentó nueva

crisis comicial, objetivándose niveles bajos de Ac. Valproico, por lo que se aumentó la dosis, sin presentar nuevas crisis.

Ha permanecido afebril y sin complicaciones infecciosas durante todo el ingreso.

Se retiró cánula de traqueotomía sin complicaciones con cierre del orificio sin problemas respiratorios.

Se mantuvo con nutrición por SNG, realizándose posteriormente gastrostomía sin complicaciones.

Durante el punto de vista neurológico al alta; vigil, con intensa espasticidad hemicorporal izquierda que le provoca postura de descerebración en ese hemicuerpo. Espasticidad también en hemicuerpo derecho, más manifiesta en MID que prácticamente no moviliza, en tanto que mantiene movilidad aceptable de MS y mano derecha, con tendencia al grasping espontáneo muy manifiesto.

Respecto al lenguaje, reconoce frases sencillas y empieza a responder con poca fluidez, pero adecuadamente, a lo que se le pregunta de su esfera personal. Dificultad para reconocer familiares, quizá también favorecido por defecto de campo visual de tipo de la hemianopsia homónima izquierda.

Respecto a la conducta, frontalización franca con tendencia a la desinhibición en pautas de agresividad.

Continua con tratamiento rehabilitador y se ha iniciado tratamiento con logopedia.

Ya en un informe del Servicio de Medicina Interna del Hospital de Móstoles de 17.05.2001 se recomendaba terapia cognitiva para el Sr. Mauricio. SEPTIMO.- Que en fecha 09.10.2001 el Servicio de Rehabilitación del Hospital de Móstoles emitió, con relación al Sr. Mauricio, el siguiente informe:

Paciente que en junio del 2000 sufrió T.C.E. severo. Fue trasladado al Hospital de Móstoles procedente del Hospital 12 de Octubre en Septiembre del 2000, comenzando tratamiento en el Servicio de Rehabilitación (cinesiterapia) el 25.09.00 en un primer tiempo (hasta Julio 01) ingresado y posteriormente de forma ambulatoria. Asimismo acude a un centro concertado de recuperación del lenguaje.

Debido a la gravedad y complejidad de las lesiones (secuelas) creo que este paciente se beneficiaría en un centro específico de Daño Cerebral, donde se podrían abordar los tratamientos Neuropsicológicos (cognitivos y conductuales) y recibir tratamiento de Logopedia, Terapia Ocupacional y Cinesiterapia. OCTAVO.- Que el 14.12.2001 el Servicio Regional de Salud de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid

emitió un informe, con relación al Sr. Mauricio, en el que se contiene la siguiente exploración y conclusión:

EXPLORACIÓN

Con fecha de hoy se evalúa la función intelectual con MINI-EXAMEN CONGNITIVO (Lobo y cols, 1979) obteniendo una puntuación de 1 sobre 35 indicando un déficit cognitivo global severo. Las áreas exploradas han sido: orientación; fijación; concentración; memoria a corto plazo; Lenguaje y construcción; y nivel de conciencia. Resultados equivalentes ofrece la evaluación mediante la Escala de Calificación Neuroconductual (Levin, High, Goethe et al; 1987) cuyo desglose se especifica:

1. FALTA DE ATENCIÓN/ESTADO DE ALERTA DISMINUÍDO MUY GRAVE
2. PROBLEMA SOMÁTICO NO PRESENTE
3. DESORIENTACIÓN GRAVE
4. ANSIEDAD GRAVE
5. DÉFICIT EXPRESIVO GRAVE A MUY GRAVE
6. RETRAIMIENTO EMOCIONAL GRAVE
7. DESORGANIZACIÓN DE LA CONCEPTUALIZACIÓN MUY GRAVE
8. DESHINIBICIÓN GRAVE
9. SENTIMIENTOS DE CULPA NO PRESENTA
10. DÉFICIT DE MEMORIA GRAVE
11. AGITACIÓN NO PRESENTA
12. INSIGHT Y AUTOEVALUACIÓN INAPROPIADAS MUY GRAVE
13. ESTADO DE ANIMO DEPRESIVO MUY LEVE
14. HOSTILIDAD/FALTA DE COOPERACIÓN NO PRESENTE
15. DISMINUCIÓN DE LA INICIATIVA/MOTIVACIÓN MUY GRAVE
16. SUSPICACIA MODERADO A MODERADO GRAVE
17. FATIGABILIDAD GRAVE
18. CONDUCTAS ALUCIONATORIA NO PRESENTA
19. RETRASO MOTOR MUY GRAVE
20. CONTENIDO INUSUAL DEL PENSAMIENTO NO PRESENTA
21. AFECTO ATENUADO GRAVE
22. EXCITACIÓN NO PRESENTE
23. ESCASA PLANIFICACIÓN NO PRESENTA
24. LABILIDAD DEL ESTADO DE ÁNIMO MUY LEVE

25. TENSIÓN MODERADO

26. DÉFICIT DE COMPRENSIÓN MUY GRAVE

27. DEFECTO DE LA ARTICULACIÓN DEL DISCURSO MUY GRAVE

CONCLUSIÓN:

De acuerdo con los resultados de la exploración consideramos que este paciente no es abordable desde el punto de vista terapéutico psiquiátrico sino que la indicación sería de rehabilitación cognitiva.

Informamos a la madre, acompañante del paciente, que esta indicación ha de ser valorada en el correspondiente recurso sanitario del IMSERSO.

NOVENO.- Que en fecha 15.11.2001 el Jefe del Área de Gestión de Centro y programas para la discapacidad del IMSERSO emitió la siguiente certificación:

Que en sesión ordinaria de la Comisión de Ingresos en el CEADAC celebrada el día 31.08.01 debidamente representada por los miembros integrantes del Equipo técnico Facultativo presidido por la DIRECCIÓN del Centro D^a Gema ha estimado no proceder al ingreso de D. Mauricio con n° de expte. 01 VOOI/123 afectado de monoparesia inferior derecha, hemiparesia izquierda y severo déficit cognitivo por entender que en el momento actual su cuadro neuropsicosocial y funcional requiere preferentemente de servicios más propios de otro establecimiento.

Aconsejan sin embargo seguimiento evolutivo por si se produjese progreso que aconsejara la procedencia de un posterior ingreso.

DÉCIMO.- Que en fecha 27.12.2001 el Servicio de Rehabilitación del Hospital de Móstoles emitió, con relación al Sr. Mauricio, el siguiente informe:

Paciente que en junio del 2000 sufrió T.C.E. severo. Fue trasladado al Hospital de Móstoles procedente del Hospital 12 de Octubre en Septiembre del 2000, comenzando tratamiento en el Servicio de Rehabilitación (cinesiterapia) el 25.09.00 en un primer tiempo (hasta Julio 01) ingresado y posteriormente de forma ambulatoria. Asimismo acude a un centro concertado de recuperación del lenguaje.

Debido a la gravedad y complejidad de las lesiones (secuelas) creo que este paciente se beneficiaría en un centro específico de Daño Cerebral, donde se podrían abordar los tratamientos Neuropsicológicos (cognitivos y conductuales) y recibir tratamiento de Logopedia, Terapia Ocupacional y Cinesiterapia.

Se coordina para continuar Tratamiento en Fundación S. José, Unidad de Daño Cerebral, Programa Centro de Día (pendiente de iniciar) y se da de alta en el Servicio de Rehabilitación del H. de Móstoles. DECIMOPRIMERO.- Que el 16.01.2002 la FUN-

DACIÓN INSTITUTO SAN JOSÉ emitió el siguiente informe:

D. Mauricio acude al Centro de día de Discapacitados físicos, gravemente afectados de la Fundación Instituto San José desde el día 8 de Enero de 2002. Está diagnosticado de un trastorno craneo-encefálico severo, encefalopatía severa y como consecuencia de esto, en la actualidad presenta trastornos del comportamiento con conductas agresivas, signos de liberación frontal, lenguaje rudimentario y trastorno cognitivo severo. Desde su incorporación al Centro, Mauricio ha mostrado serias dificultades para relacionarse con compañeros por su pérdida de lenguaje y comprensión. Muestra alteraciones en la conducta que ha provocado agresiones al Equipo asistencial y grave riesgo de agresión o caída a compañeros.

Su capacidad de razonamiento y autocontrol son nulas. Presenta conductas muy primarias que imposibilitan la integración dentro del centro. Su grave afectación física y cognitiva demanda una atención casi continua de nuestro personal auxiliar y su comportamiento nos hace recomendar otro centro más idóneo para él. DECIMOSEGUNDO.- Que el 08.02.2002 la FUNDACIÓN INSTITUTO SAN JOSÉ emitió, con relación al Sr. Mauricio, un informe en el que consta, entre otros extremos, lo siguiente:

Su deterioro cognitivo y actitud negativista impiden la integración dentro del grupo. Los intentos de estimulación en grupo no han dado resultado ya que manifiesta conductas de rechazo e inadaptación que interfieren en el desarrollo de la actividad y en el funcionamiento del resto de compañeros. Las disconductas y su bajo funcionamiento cognitivo hacen que se precise mucha atención individualizada de los cuidadores y demás profesionales. Por todo ello consideramos que Mauricio necesitaría atención individualizada para aplicar un tratamiento intensivo, y dadas las características del Centro de Día, resulta inviable. DECIMOTERCERO.- Que la Seguridad Social al parecer cuenta, aparte de los establecimientos médicos referidos en los anteriores hechos probados, con otros centros específicos para el tratamiento que necesitaba el Sr. Mauricio. DECIMOCUARTO.- Que D^a Olga y D. Millán decidieron, (al no recibir una solución de los servicios públicos de salud), dar a su hijo el oportuno tratamiento en la entidad privada GABINETE AIDAC, S.L.L., DE ATENCIÓN INTEGRAL AL DAÑO CEREBRAL. DECIMOQUINTO.- Que el estado de D. Mauricio, desde que es tratado en el centro privado referido, ha mejorado. DECIMOSEXTO.- Que en fecha 30.10.2001 D^a Olga y

D. Millán solicitaron en el INSALUD el reintegro de 374.000 de las antiguas pesetas, correspondientes a las facturas emitidas por el antes mencionado centro privado en los meses de Junio, Julio y Agosto de 2001. DECIMOSÉPTIMO.- Que el INSALUD dictó Resolución el 12.12.2001, (fecha de salida de 17.12.2001), en la que decidió lo siguiente:

DENEGAR SU SOLICITUD, TODA VEZ QUE EL PACIENTE ACUDIÓ A LA MEDICINA PRIVADA SIN SOLICITAR AUTORIZACIÓN PREVIA ANTE LA ENTIDAD GESTORA, SIN TRATARSE DE UNA ASISTENCIA URGENTE DE CARÁCTER VITAL. DECIMOCTAVO.- Que se formuló reclamación previa el 09.01.2002, (aportada como documento nº 22 de la demanda; cuyo íntegro contenido se da aquí por reproducido), siendo desestimada por Resolución del INSALUD de 22.02.2002, (fecha de salida de 28.02.2002). DECIMONOVENO.- Que la demanda, (en reclamación del 1.065.600 de las antiguas pesetas, equivalentes a 6.404'38 Euros, importe de las facturas emitidas por GASIENTE AIDAC, S.L.L., desde el 01.06.2001 hasta el 31.12.2001; que es la cantidad que se solicita en estos autos), se formuló en el Juzgado Decano de este municipio el 25.01.2002; siendo repartida a este Social nº 2 en fecha 28.01.2002. VIGÉSIMO.- Que el importe de las facturas emitidas por GABINETE AIDAC, S.L.L., DE ATENCIÓN INTEGRAL AL DAÑO CEREBRAL desde Septiembre de 2001 hasta Diciembre de 2001, ambos meses incluidos, asciende a 691.200 de las antiguas pesetas. VIGÉSIMOPRIMERO.- Que la suma, en Euros, de los importes referidos, en pesetas, en los hechos probados 16º y 20º de esta Sentencia, suma que es la que tendría que percibir la parte actora si se estimase la demanda, asciende a 6.404'38 Euros. VIGÉSIMOSEGUNDO.- Que por Resolución de la Dirección General de Servicios Sociales, Consejería de Servicios Sociales, de la Comunidad de Madrid, de fecha 9.07.2001, se reconoció a D. Mauricio un grado de minusvalía del 88%; 8 puntos por factores sociales complementarios y 80% de discapacidad, y ello por padecer las siguientes dolencias:

- 1º A TETRAPARESIA
 - B por TRAUMATISMO CRANEOENCEFÁLICO
 - C de etiología TRAUMÁTICA
- 2º A CRISIS CONVULSIVAS GENERALIZADAS
 - B por EPILEPSIA
 - C de etiología TRAUMÁTICA

3° A TRASTORNO COGNITIVO
B por TRAUMATISMO CRANEOENCEFÁLICO
C de etiología TRAUMÁTICA

VIGÉSIMOTERCERO.- Que no consta que la parte actora haya percibido importe alguno en concepto de asistencia sanitaria de MMT, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA, ni que D. Mauricio haya sido tratado en centros médicos de la misma".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social D^a Inmaculada Sola Ruiz en rep. del INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD (INGESA), siendo impugnado de contrario por el Letrado demandante D. Jesús Martínez Macía, así como por la Letrada D^a Margarita Gonzalo Ugarte en rep. del INSTITUTO MADRILEÑO DE LA SALUD. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El INSALUD interpone Recurso de Suplicación frente a la Sentencia de instancia que estimó la pretensión de reintegro de gastos médicos, interpuesta por los padres, en representación del paciente por estar éste incapacitado. Fundamenta el Magistrado el derecho al reintegro en la apreciación de la urgencia vital.

El recurso se formaliza en dos motivos ambos con amparo procesal en el art. 191 c) de la L.P.L. Alega en el primero infracción del artículo 5.3 del R.D. 63/1995 de 20 de enero y en el segundo se considera infringido el artículo 2 apartado F.1 del R.D. 1479/01 de 27 de diciembre sobre traspaso a la comunidad de Madrid de las funciones del INSALUD.

Comienza la argumentación del primer motivo recogiendo el Texto del artículo 5.3 del R.D. que considera infringido. Se reembolsarán los gastos de la asistencia sanitaria que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, en los supuesto en que ésta sea urgente, inmediata y de carácter vital, "una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción".

Según la recurrente y al contrario de la opinión del Magistrado de instancia, no existe el requisito de urgencia vital en el supuesto que es origen del presente litigio.

El Magistrado de instancia fundamenta la existencia de la urgencia vital, de acuerdo con la Doctrina expresada en Sentencia de esta Sala y Sección de 31-10-2002, recurso 3346/02, como aquella situación patológica que presuntamente pone en peligro la integridad fisiológica del enfermo y que exige una acción terapéutica inmediata. Según él, a la vista de los diversos juicios clínicos descritos en los Hechos Probados sí concurrió esta situación, al menos desde 17-05-2001 (es en esta fecha cuando el Servicio de medicina Interna del Hospital, de Móstoles se proponía terapia cognitiva como único tratamiento rehabilitador efectivo). Es cierto que el paciente fue llevado por sus padres a dos instituciones públicas y que en ninguna de ellas se le prestó la asistencia necesaria por no ser adecuados y que éstos no dieron solución a la parte actora, pese a contar con otros centros, al parecer, específicos para las necesidades del paciente. Concluye el Magistrado diciendo que corresponde el reintegro porque la evolución del estado del Sr. D. Mauricio ha sido favorable.

La recurrente alega que no se da la urgencia vital, y, si partimos de la Sentencia recogida en la de instancia, pensamos que no se dan los requisitos exigidos. Es cierto que al paciente se le recomendó, facultativamente, un tratamiento en un Centro Especializado en Daño Cerebral, después de estar internado desde la fecha del accidente el 25 de junio de 2000 hasta 6 de julio de 2001, en dos centros hospitalarios y que su estado era grave y necesitado de terapia rehabilitadora. Pero no había urgencia vital, en el sentido expresado de que la carencia de la misma pusiera en peligro la integridad fisiológica del enfermo. El mal estaba ya causado, lo que requería era rehabilitación y la no satisfacción de esta necesidad en dos centros públicos no autoriza, sin más, a acudir a uno privado. Debieron haber acudido a la Entidad Gestora. Por ello consideramos que no se dan ninguno de los dos requisitos exigidos por el Real Decreto para que se tenga derecho al reembolso de los gastos médicos. No hay urgencia vital, ni imposibilidad de utilizar los Servicios del Sistema Nacional de Salud. En consecuencia debemos estimar este motivo del recurso y por ello, sin entrar en el segundo, debemos revocar la Sentencia de instancia y denegar el reembolso solicitado por los actores.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social D^a Inmaculada Sola Ruiz en rep. del INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD (INGESA), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n^o 2 de los de MOSTOLES, de fecha veintitrés de octubre de dos mil tres, en virtud de demanda formulada por D^a Olga y D. Millán en rep. de su hijo Mauricio, contra INSALUD (INGESA), IMSALUD, TGSS y la ASEGURADORA MMT SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA, en materia de reintegración de gastos médicos, y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia, declarando no haber lugar al derecho al reembolso de la cantidad solicitada en la demanda, en concepto de reintegro de gastos médicos.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 218 y 227 de la Ley de Procedimiento Laboral. La consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c n^o 2828-0000-00-0034-04, que esta Sección Tercera tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina n^o 1026, sita en la C/ Miguel Ángel, n^o 17 de Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, debiendo igualmente el recurrente, que no ostente la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trata del Ministerio Fiscal, Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos Autónomos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de cincuenta mil pesetas (50.000 pesetas), trescientos euros con cincuenta y un céntimos (300,51 céntimos), que deberá ingresar en la cuenta n^o 2410 del Banco Español de Crédito, sucursal de la calle Barquillo, n^o 49 (clave oficina 1006) de Madrid, que tiene abierta la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de dicha Sala IV del T. Supremo al tiempo de personarse en ella.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

