

**XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2
MONDOÑEDO**

SENTENCIA: 00030/2016

*Susana Tamargo Prieto
Procuradora de los Tribunales*

NOTIFICADO: 28/03/2016

ALCANTARA SN. MONDOÑEDO
Teléfono: 982.88.91.87/6/5/4
Fax: 982.88.91.88
N04390

N.I.G.: 27030 41 1 2015 0000513

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000216 /2015

Procedimiento origen: /
Sobre RECLAMACION DE CANTIDAD

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. SUSANA TAMARGO PRIETO
Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. GENERALI SEGUROS GENERALI SEGUROS
Procurador/a Sr/a. JUSTO ALFONSO FERNANDEZ EXPOSITO
Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N° 30

En Mondoñedo, a veintiuno de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos por Montserrat Blanco Piñeiro, Juez Sustituta del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Mondoñedo, los presentes autos de Juicio Ordinario 216/15 sobre reclamación de cantidad derivado de relación contractual, seguidos a instancia de [REDACTED] representado por la Procuradora Sra. Tamargo Prieto y asistido por el Letrado Sr. Rego Valcarce; contra la entidad aseguradora GENERALI SEGUROS S A, representada por el Procurador Sr. Fernández Expósito y asistida por el Letrado Sr. Fontán Domínguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha de 07.07.15, fue repartida ante este Juzgado demanda de Juicio Ordinario 216/15 promovida por la Procuradora Sra. Tamargo Prieto en nombre y representación de [REDACTED], contra la entidad aseguradora Generali Seguros, fundada en síntesis en los siguientes hechos: 1) que su patrocinado es presidente de la Agrupación de Voluntarios de Protección Civil de Mondoñedo; 2) que la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia y Administración Pública de la Xunta de Galicia tenía concertado un seguro de Accidentes de Empresa con Generali Seguros para cubrir los accidentes de empresa dentro del ámbito de la actividad de Protección Civil en el cual se establece una cuantía de indemnización de 40000€ para incapacidad permanente total en el ámbito laboral, póliza renovada de 22.01.2014; 3) que el 11.08.2013 mientras estaba desarrollando sus funciones de



Presidente de la Agrupación de Voluntarios de Protección Civil, [REDACTED] sufrió una caída en las escaleras de la plaza de la Catedral durante la celebración del mercado medieval; 4) que como consecuencia del mismo resultó lesionado en el hombro por lo que acudió al Hospital da Costa de Burela donde fue reducida la luxación y colocado un cabestrillo, y posteriormente fue intervenido en el Polusa el 21.09.13, siendo que tras la intervención se le detectó desinserción porción larga bíceps, y tras un largo proceso de rehabilitación se le dio de alta definitiva el 14.03.14 en que se señala como balance articular residual abducción 65°, abducción 20°, rotación externa 15°, rotación interna 10°, antepulsión 90°, retropulsión 15° y secuela algia leve por lo que precisa analgesia básica diaria, resultando impedido para algunas tareas de la vida diaria como afeitarse y peinarse; 6) que por el INSS se le reconoció incapacidad permanente total el 16.06.14 de salud; 7) que la entidad Generali le ofreció el 22.12.14 la suma de 6900€ por considerar que estaba afecto por una incapacidad parcial considerándola como limitación funcional del hombro derecho del 60% (y el 60% del 25% es un 15% del capital); 8) Que su patrocinado es trabajador forestal (conductor maderero); 9) que por carta de 12.05.16 se rechazó la reclamación de su patrocinado alegando además que en la incapacidad permanente total se tuvo en cuenta las patologías previas; y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación se solicitaba que "se dicte sentencia por la que con integra estimación de la presente demanda se condene a Generali Seguros S.A. a abonar al actor la cantidad de cuarenta mil (40000) euros como indemnización por cobertura por incapacidad permanente total del contrato de seguro más los intereses moratorios del art 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha de determinación de la incapacidad permanente total, el 16 de junio de 2014, hasta el momento del pago, y con expresa condena en costas a la demandada".

Acompañaba como documental póliza de seguro, informe del Dr. López Rodríguez, informe de baja, resolución INSS, correos, cartas 22.12.14, 20.04.15, 12.05.15 e informe de la perito D^a Ana María Rodríguez Conde al que se acompañaban distintos informes médicos.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda por Auto de 13.07.15 se emplazó a la demandada, que compareció y contestó a la demanda en tiempo y forma, a medio de escrito presentado por el Procurador Sr. Fernández Expósito de fecha 22.09.15, reconociendo la suscripción de la póliza, allanándose a la cantidad de 6900€ que consignó, alegando como motivos de oposición: 1) que lo que presenta el actor una incapacidad parcial, pues el dictamen propuesta emitido por el INSS establece como limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: SAHS(1999), trt° con CPAP, secuela de trauma en hombro izdo: dolor y limitación de movilidad de hombro izquierdo, actualmente limitado para tareas de riesgo en caso de somnolencia (EC) y para tareas que requieran buena movilidad de hombro izquierdo (ANL); 2) que según el perito Sr. Seijas Varela la patología desencadenante de la invalidez en grado total es el síndrome de apnea porque la



rotura de un tendón de manguito rotador no determina una invalidez total; 3) que según el documento nº 12 de la demanda se califica los hechos como contingencia común y no como accidente, y que existe informe de alta de hernias disco intervertebral L5-S1 y de apnea sueño; 4) que le resultan de aplicación el condicionado particular de la póliza en su apartado 4g) que señala que si padecía ya pérdida anatómica o funcional, la indemnización se determinará por las lesiones realmente sufridas, considerándose como no afectados los hombros o miembros ya dañados con anterioridad al accidente y que no puede confundirse las situaciones cubiertas con la póliza con las prescripciones que determine la Seguridad Social; y tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicitó se dictase sentencia "por la que se desestime íntegramente la demanda en lo que exceda del allanamiento parcial por importe de 69' € que se refleja en el cuerpo del presente escrito con expresa imposición de costas a la parte actora".

Acompañaba con su escrito informe pericial del Dr. Seijas Varela.

Por Diligencia de Ordenación de 30.09.15 se tuvo por contestada la demanda y se señaló el día 27.11.15 para la celebración de la audiencia previa.

TERCERO: El día señalado se celebró la audiencia previa a la que asistieron: la Procuradora Sra. Tamargo Prieto en representación del actor asistido por el Letrado Sr. Rego Valcarce, y el Procurador Sr. Fernández Expósito en representación de la demandada, asistida del Letrado Sr. Fontán Domínguez.

Afirmadas y ratificadas las partes en sus escritos rectores, interesaron el recibimiento del pleito a prueba, que fue acordado.

La parte actora propuso: documental consistente en tener por reproducida la aportada con el escrito de demanda, testifical D José Antonio López Rodríguez y D^a Margarita Alonso García, pericial de D^a Ana M^a Rodríguez Conde.

Y por la parte demandada se propuso: documental consistente en tener por reproducida la acompañada con la contestación, más documental consistente en Oficio al Hospital da Costa y Dirección Provincial de la Seguridad Social y pericial de D. José Antonio Seijas Varela.

Admitidas las pruebas propuestas anteriormente indicadas, se señaló el día 23.02.16 para la celebración del juicio que fue suspendido y señalado nuevamente por Diligencia de Ordenación de 16.12.15 señala el 04.03.16.

CUARTO: El día señalado se celebró el acto del juicio. Comparecieron: [REDACTED] representado por la Procuradora Sra. Tamargo Prieto y asistido por el Letrado Sr. Rego Valcarce; y el Procurador Sr. Fernández Expósito y asistida por el Letrado Sr. Fontán Domínguez.

Se practicó la prueba señalada, con el resultado que obra en soporte audiovisual y se concedió a las partes la ocasión de valorar el resultado de la prueba practicada.

El letrado de la parte actora se solicitó sentencia estimatoria en base a que se ha acreditado la concertación de la póliza de seguro, que la garantía estaba cubierta, y



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

ha resultado acreditado que el accidente sufrido en el año 2013 fue el determinante de la incapacidad permanente total del INSS (y no las demás patologías que figuran en la resolución por cuanto no ha tenido ningún periodo de baja por las mismas según su historia clínica y dado que después del accidente no pudo volver a trabajar) y que por tanto procede la indemnización por incapacidad permanente total de la póliza por su importe total así como los intereses del art 20 LCS desde la fecha reconocimiento dicha incapacidad.

El letrado de la parte demandada interesó la estimación de la demanda solo en el importe del allanamiento, y que lo que concurre es una incapacidad permanente parcial con por las razones aducidas en su escrito de contestación, siendo que la póliza cubría su actividad como miembro de protección civil, siendo que no está incapacidad para desarrollar dicha actividad, y que lo confirma la resolución INSS que le concede la incapacidad permanente total en base a tres patologías (hombro, apnea y hernia) y finalmente que no procede la imposición de intereses por mora por aplicación art 20.8 LCS.

Sin más se declaró concluso el juicio y visto para Sentencia.

QUINTO: En la tramitación del presente juicio se han observado los términos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: HECHOS PROBADOS: Se considera probado, a la luz del conjunto de la prueba practicada en el acto del juicio, que [REDACTED] es presidente de la Agrupación de Voluntarios de Protección Civil de Mondoñedo.

La Vicepresidencia y Consellería de Presidencia y Administración Pública de la Xunta de Galicia tenía concertado un seguro de Accidentes de Empresa con Generali Seguros para cubrir los accidentes de empresa dentro del ámbito de la actividad de Protección Civil en el cual se establece una cuantía de indemnización de 40000€ para incapacidad permanente total en el ámbito laboral, 46000€ para incapacidad permanente parcial; póliza vigente en el año 2013, póliza que fue renovada de 22.01.2014.

Según el clausulado se define como incapacidad permanente total en el ámbito laboral "Se entiende por tal la situación del Asegurado afecto de una incapacidad permanente y que, como consecuencia de ciertas pérdidas anatómicas o funcionales, inhabilita al asegurado para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta, derivada de un accidente sufrido con ocasión o a consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta del tomador del Seguro durante la vigencia del contrato" y como incapacidad permanente parcial por accidente en el ámbito laboral "se entiende por tal la situación del Asegurado afecto de una incapacidad permanente y que, como consecuencia de ciertas pérdidas anatómicas o funcionales, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al asegurado una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento



normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. Esta situación del Asegurado viene derivada de un accidente sufrido con ocasión o a consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta del tomador del Seguro durante la vigencia del contrato. Se asimilan a la incapacidad permanente parcial, recibiendo su mismo tratamiento, las lesiones permanentes no invalidantes entendiéndose por tales aquellas lesiones, mutilaciones y deformaciones de carácter definitivo que, causadas por un accidente cubierto por la póliza, supongan una disminución o alteración de la integridad física del Asegurado, sin que constituya invalidez Permanente en cualquier de sus grados. Y se detalla un baremo de invalidez permanente parcial, en la cual no se contempla la patología concreta que sufrió en Sr. Reyes, sino que a nivel del hombro solo señala como pérdida o inutilización absoluta la rigidez en hombro derecho para la que establece un porcentaje del 25%. El apartado g) en relación con la incapacidad permanente parcial que señala "si al ocurrir el accidente el Asegurado presentaba ya una pérdida anatómica o funcional, la indemnización se determinará atendiendo a las lesiones realmente sufridas, considerándose como no afectadas los órganos o miembros ya dañados con anterioridad al accidente".

En dicha póliza en valoración del riesgo se establece protección civil.

Las funciones de protección civil son de voluntariado.

El 11.08.2013 mientras estaba desarrollando sus funciones de Presidente de la Agrupación de Voluntarios de Protección Civil, [REDACTED] sufrió una caída en las escaleras de la plaza de la Catedral durante la celebración del mercado medieval.

Como consecuencia del mismo resultó lesionado en el hombro por lo que acudió al Hospital da Costa de Burela donde fue reducida la luxación anterior del hombro derecho y colocado un cabestrillo, y posteriormente se le realiza RM el 02.09.13 tras la cual se le diagnostica luxación anterior de hombro derecho postraumática con lesión asociada del manguito rotador (supraespinoso) fue intervenido en el Polusa el 21.09.13 por cirugía artroscópica manteniendo cabestrillo 3 semanas y después un programa intensivo de rehabilitación, siendo al poco tiempo se le detectó desinserción porción larga bíceps. La evolución fue desfavorable tras 65 sesiones de rehabilitación y se le dio de alta definitiva el 14.03.14 por el traumatólogo Dr. López Rodríguez en que se señala que presenta dolor por lo que necesita analgésico de forma diaria, y limitación importante de la movilidad hombro fijando como balance articular residual abducción 65°, abducción 20°, rotación externa 15°, rotación interna 10°, antepulsión 90°, retropulsión 15° y secuela algia leve por lo que precisa analgesia básica diaria, resultando impedido para algunas tareas de la vida diaria como afeitarse y peinarse, y la fuerza está moderadamente disminuida. Dicho traumatólogo en el acto de la vista que puntualizó le limita para levantar pesos y levantar el brazo por encima del hombro principalmente.

El INSS se le reconoció incapacidad permanente total el 16.06.14 en base al dictamen propuesta del EVI de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

11.06.14 que establece como limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: SAHS(1999), trtº con CPAP, secuela de trauma en hombro izdo: dolor y limitación de movilidad de hombro izquierdo, actualmente limitado para tareas de riesgo en caso de somnolencia(EC) y para tareas que requieran buena movilidad de hombro izquierdo(ANL). La propuesta efectuada por la inspectora médica Dª Margarita Alonso García se hizo en base a la lesión del hombro, aunque recoge las otras patologías que figuran en la resolución en que señala propuesta de invalidez permanente por agotar posibilidades terapéuticas(doc 4). Y según contestación INSS de 15.12.15 se indica que en el dictamen del Equipo de Valoración están recogidas todas las limitaciones orgánicas y funcionales detalladas en su escrito, y todas ellas, valoradas en su conjunto determinaron la calificación de incapacidad permanente total del trabajador. No podemos diferenciar en qué medida cada las dolencias contribuyen a la calificación del grado establecido, pues esta diferenciación no está reflejada en el dictamen emitido. Consta en el dictamen que la contingencia determinante de la incapacidad permanente es la de accidente no laboral"

No constan episodios de baja ni por apnea ni la hernia discal en los años previos al accidente del historial clínico del actor que figura unido a las actuaciones, siendo que de dicho historial en relación a la apnea, el informe de Neumología de 06.11.13 le da un resultado de 24. El informe de dicho servicio de 08.08.13 señala que está diagnosticado de SAHS posicional en el año 1999, con somnolencia grave que afecta a la conducción y que ha tenido accidentes de tráfico por este motivo en los últimos meses, y que tras monotorización con apnealink sugiere SAHS grave e inicio de tratamiento con CPAP con buena respuesta clínica. La última revisión que consta ese el 15.05.14 que refiere que no tolera la mascarilla pero mejora mucho cuando la tolera toda la noche. A nivel discal solo consta que fue operado de disectomía L5-S1 en el año 1992 en que ingresó el 20.10.1992 en Hospital General de Ferrol y fue alta el 01.02.12. Y consta que fue intervenido de septoplastia tipo Cottle en Hospital da Costa de Burela ingresando el 13.11.00 y alta el 16.11.00, permaneciendo de baja laboral hasta el 05.01.01. Durante su vida laboral aparecen estos otros periodos de baja, entre el 02.10.1998 al 14.12.1998 por heridas, esguince/torcedura cuello; entre el 15.11.04 y 16.12.04 por herida abierta dedos mano; y entre el 13.08.08 y 16.09.08 por trastorno interno en rodilla. No aparece ninguna baja por hernia discal ni por apnea.

La entidad Generali le ofreció el 22.12.14 la suma de 6900€ por considerar que estaba afecto por una incapacidad parcial considerándola como limitación funcional del hombro derecho del 60%(y el 60% del 25% es un 15% del capital).

██████████ es conductor encargado de madeiras de restauración según el informe del Servicio de Inspección de la Consellería de Sanidade de 29.05.14(doc 3 de la demanda), y conductor maderero según el dictamen propuesta del EVI de 11.06.14(doc 4).



Por carta de 12.05.16 se rechazó la reclamación de su patrocinado alegando además que en la incapacidad permanente total se tuvo en cuenta las patologías previas.

SEGUNDO: Procede, por lo tanto analizar individualmente cada una de las cuestiones controvertidas, valorando en conjunto la prueba practicada en el acto del juicio. En primer lugar la parte demandada se ha allanado a la suma de 6900€ lo que supone que reconoce que la lesión que sufrió en el hombro como consecuencia de la caída es un accidente laboral, porque si no fuera así no habría formulado allanamiento, dado que el mismo solo cabe si se encuentra en su ámbito de cobertura. La póliza que es objeto de este proceso si se analiza solo cubre accidentes laborales. Por consiguiente si acepta un siniestro como se dice es porque está dentro del ámbito de cobertura. Pero es que además del condicionado de la póliza, que copia la descripción que se contiene en el artículo 100 LCS, se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte. A la vista de las pruebas practicadas en las presentes actuaciones se alcanzan claramente dos conclusiones: que la producción de la lesión fue motivada por un accidente laboral según la cobertura de la póliza, por la forma en la que se produjo la lesión del hombro el día 11.08.13 por una caída en las escaleras de la plaza de la Catedral de Mondoñedo, mientras estaba desempeñando el Sr. Reyes las funciones como miembro de protección civil, que es a los que cubre la citada póliza de Generali, por cuanto se trató de una causa violenta, externa, súbita y ajena al lesionado; y la segunda es que existe una relación causal entre dicha caída (que le provocó inicialmente una luxación de la que fue tratada en el Hospital de Costa de Burela el mismo día que tras el proceso curativo pasando por una intervención artroscópica en la Clínica Polusa y un periodo de rehabilitación larga fue dado de alta por haber agotado las posibilidades terapéuticas por el Dr. López el 14.03.14 y en base a dicha alta (sin haberse reincorporado desde el accidente a su puesto de trabajo)) y la invalidez permanente que le fue finalmente reconocida por resolución del INSS el 16.06.14. Desde el día de la caída en que se le concedió baja laboral hasta la resolución del INSS no volvió a reincorporarse a su trabajo. Como indicó la inspectora médica D^a Margarita Alonso el alta del traumatólogo no es un alta por poder volver a realizar su actividad laboral por estar restablecido, sino que se acordó por haber agotado las posibilidades terapéuticas y a fin de ser propuesto para una incapacidad permanente total.

Por consiguiente ha resultado acreditada la relación de causalidad entre la caída, la lesión sufrida y las limitaciones funcionales que le han quedado al Sr. Reyes, caída que es incardinable en la definición de accidente laboral de la póliza porque se produjo mientras estaba desarrollando sus funciones como miembro de Protección Civil de Mondoñedo (actividad cuyo riesgo es el que cubre la póliza según consta en la página 1 de la misma).



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Pues bien una vez sentado lo anterior y resultando acreditado el primer requisito de que el accidente está cubierto por la póliza, procede analizar el alcance de las secuelas que le restan al Sr. Rejes y si puede ser incardinable en la partida de incapacidad permanente total según la definición de la póliza o solo en una de las indemnizaciones que figuran en la partida de incapacidad parcial como pretende la parte demandada.

Según el art. 100 LCS : "Sin perjuicio de la delimitación del riesgo que las partes efectúen en el contrato, se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte". Para que nazca el derecho a ser indemnizado debe darse, como señala la doctrina, una sucesión encadenada de causas y efectos: el evento fortuito, externo, violento y súbito produce la lesión corporal; y la lesión corporal produce la invalidez o la muerte. Como señaló la STS 15-7-2003, lo que hay que tener en cuenta es "si las lesiones que sufre la recurrente en su columna lumbar y le impiden desarrollar toda clase de actividades laborales, devienen de accidente, que es lo que cubre la póliza en relación al art. 100 de la Ley de Contrato de Seguro, o de enfermedad común". Hay dos formas de indemnizar una invalidez permanente: entregando un capital fijo o baremando las lesiones que han provocado tal invalidez con arreglo a una escala de porcentajes adecuada. En las pólizas de seguro de accidente se suele establecer un baremo: la propia LCS asume la necesidad de baremo en su art. 104, cuando se refiere a "los baremos fijados en la póliza". Será, por lo tanto, el baremo que incluya las condiciones particulares de la póliza el que determine qué entiende por Invalidez Permanente total y qué entiende por Invalidez Permanente parcial; y una vez definido, la que indique cómo se indemniza cada secuela que ha provocado una Invalidez Permanente no total, en un porcentaje determinado respecto al total de la suma. Y esta redacción de la norma es la que consta en la póliza.

Debe partirse que en este supuesto debemos estar a una interpretación de lo que se entiende por incapacidad permanente total según el condicionado de la póliza.

Y a este respecto su definición se contiene como incapacidad permanente total: "Se entiende por tal la situación del Asegurado afecto de una incapacidad permanente y que, como consecuencia de *ciertas pérdidas anatómicas o funcionales, inhabilita al asegurado para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta, derivada de un accidente sufrido con ocasión o a consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta del tomador del Seguro durante la vigencia del contrato*". Definición que coincide con la del art 137 LGSS sobre la que se parte por el INSS para reconocer las incapacidades permanentes totales.

Debe partirse que según la Ley 5/2007 de 7 de mayo, de Emergencias de Galicia en su artículo 1.2 "La protección civil es un servicio público esencial. En su organización, funcionamiento y ejecución participan las distintas administraciones públicas de Galicia, así como la ciudadanía mediante la *colaboración voluntaria* o en



cumplimiento de los deberes que establece la presente ley.”

Pues bien por la parte demandada se intenta justificar a través de la prueba practicada en el acto de la vista que podría seguir desarrollando su actividad como miembro de protección civil, según las preguntas efectuadas a los peritos y testigos. Pero es que la profesión habitual no es como miembro de protección civil, que como todos sabemos son unas funciones de voluntariado que en modo alguno puede considerarse como profesión. Su profesión según los documentos unidos del INSS es conductor maderero. Por consiguiente para valorar si existe incapacidad permanente total debe partirse de esta profesión fijada en el INSS. Por lo anteriormente expuesto nunca podría considerarse las funciones de protección civil como una profesión y por consiguiente habrá de estarse a la profesión habitual del lesionado que en este caso de las resoluciones y propuestas del INSS consta que es conductor maderero.

En un supuesto la SAP de Palencia 01.07.13 casi igual en que las limitaciones de movilidad para un escayolista eran incluso menores y estima la pretensión alegando “Ciertamente al actor la incapacidad permanente total no le sobrevino a consecuencia de la amputación de los dos brazos, dos manos, dos piernas, dos pies...etc, como determina el Art. 2.3 de las Condiciones Generales, pero ya hemos dejado claro la prevalencia de las condiciones particulares de la póliza frente a las generales, a las que habrá que estar. Téngase en cuenta que lo que en realidad aseguraba Roberto cuando suscribió la póliza allá por 1.984 fue la posibilidad de que por sufrir un accidente profesional o extraprofesional quedase imposibilitado para trabajar y tan negativa consecuencia, su incapacidad permanente total para su trabajo habitual, le ha sido declarada y la tiene reconocida desde el 16 de julio de 2009, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, que con arreglo al Art. 137.1.b y 4 del Texto Refundido de la Seguridad Social, que la define como la que impide al trabajador el desempeño de todas o de las fundamentales tareas de la profesión que venía realizando al tiempo de sufrir el accidente. A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que las cláusulas que definen los grados de invalidez o incapacidad, en base a las cuales se determina la cuantía de la prestación de la aseguradora ni son ni pueden serlo limitativas de derechos del asegurado.”

Pues bien un hecho indiscutido es que el [REDACTED] tiene reconocido una incapacidad permanente total por el INSS por resolución de 16.06.14. Procede analizar si el accidente cubierto por la póliza es el único que propicia dicha declaración o en la misma inciden varias patologías. Dado que según la póliza cuyo condicionado en modo alguno ha sido impugnado señala que a la hora de determinar la existencia de invalidez según el apartado g) del apartado cuarto si ya presentaba al ocurrir el accidente una pérdida anatómica o funcional, la indemnización se determinará atendiendo a las lesiones realmente sufridas, considerándose como no afectados los órganos o miembros ya dañados con anterioridad al accidente, que tiene que ponerse en relación con la definición de la póliza de



incapacidad permanente total que califica como tal a las pérdidas anatómicas o funcionales derivadas del accidente.

La SAP de Zamora de 04.03.13 en este sentido indica "Como consta en el informe de la parte demandada, las protusiones y hernias discales conforman una patología típica de la columna vertebral, progresiva y degenerativa, de frecuencia muy elevada y cuyos hallazgos van aumentando con la edad. El actor no había tenido sintomatología alguna antes de agosto de 2.006, de modo que no tenía una enfermedad previa, como alega la parte demandada, sino que su estado de salud era el propio de la edad. Así resulta de las revisiones anuales, con resultado normal, o sin alteraciones valorables en cuanto a las pruebas específicas en relación a la manipulación de cargas."

Y estas consideraciones son perfectamente válidas y trasladables al presente supuesto en que en la propuesta del EVI se toma en consideración tres patologías: la hernia discal, el SAHS y la lesión de hombro. Con relación a la hernia discal de la historia clínica consta que fue intervenido en el año 1992 y desde entonces no consta ningún periodo de baja por dicha patología desde el alta de la intervención. Por consiguiente aunque se refleje en la propuesta del EVI no ha tenido ninguna incidencia a la hora de determinar la incapacidad, por cuanto no se ha constatado posible incidencia en el momento de declarar su incapacidad de carácter limitativo por dicha patología, lo que se corrobora en la propia propuesta del EVI que en el apartado de limitaciones que presenta que no la recoge.

Nos quedarían por tanto dos patologías para determinar si han tenido incidencia a la hora de reconocerle la incapacidad permanente total, o si solo una de ellas es la que provoca dicha declaración de incapacidad.

Algo importante a tener en cuenta también es que el actor es diestro y la lesión es en el hombro derecho lo que le limitará en su actividad normal de la vida diaria y también en la laboral. Pero también su profesión habitual de conductor, en la cual la apnea con la incidencia en dicha actividad debe ser tomada en consideración.

Por la perito de la parte actora Sra. Rodríguez en su informe de 22.04.15 (Doc 8) concluye que la patología en hombro derecho le limita de manera importante la movilidad del hombro derecho en todos los rangos de movimiento, encontrándose por debajo del arco útil, que le impiden actividades de la vida diaria como peinarse, afeitarse, y tiene la fuerza disminuida, que le impide para tareas que requieran posturas mantenidas y repetidas y la imposibilidad de levantar pesos leves o moderadas o levantar brazo por encima cabeza por riesgo rotura, lo que considera que le imposibilita para la realización de una actividad laboral rentable. En cuanto al balance articular coincide con el del traumatólogo Dr. López. En cuanto a las patologías respiratorias (septoplastia y apnea) para la misma no cumplen los criterios de invalidez, dado que no existen constancia de baja laboral por ellas y la sintomatología, según corroboró en el acto de la vista.

Por su parte el perito de la parte demandada Sr. Seijas en su informe indica que en la exploración el 04.12.14 presenta abducción 80°, abducción 30°, rotación interna 25°, flexión anterior 90°, flexión posterior 20° y



fuerza 4/5 en miembro superior derecho, indicando que la lesión del hombro derecho, no puede ser la causa de una invalidez permanente total, por cuanto presentaba otra patología a nivel lumbar, y la más importante que para él determina la invalidez el síndrome de apnea, y valora la lesión hombro produce un menoscabo global del 15%. En el acto de la vista manifestó que solo analizó los informes de traumatología y propuesta EVI, sin ver la historia clínica del lesionado, y que según el informe del EVI es por lo que llega a dichas conclusiones.

Pues bien al respecto se cuenta con dos informes periciales de parte, totalmente contradictorios. Por un lado el de la parte actora que señala que la enfermedad determinante de la incapacidad reconocida por el INSS es la lesión en hombro, mientras que el perito de la parte demandada considera que es la apnea, siendo que ambos peritos consideran cada uno de ellos que la patología que ellos señalan es suficiente para determinar el reconocimiento de la incapacidad permanente total. Pero no debe olvidarse que se cuenta con la propuesta del EVI para incapacidad que incluye como cuadro residual: antecedente de cirugía discal lumbar en 1992, SAHS(1999) septoplastia(2000) y actualmente SAHS a tratamiento con CPAP y actualmente secuelas de traumatismo en hombro derecho con dolor y limitación movilidad. En las limitaciones orgánicas y funcionales solo habla del SAHS y secuela trauma hombro(dolor y limitación movilidad hombro izquierdo), actualmente limitado para tareas de riesgo en caso de somnolencia(EC) y para tareas que requieran buena movilidad de hombro izquierdo(ANL). De lo anterior se infiere que para la incapacidad permanente INSS tuvo en cuenta finalmente solo el SAHS y la limitación hombro. Pero es importante además para clarificar lo anterior la contestación efectuada en su informe por el INSS de 15.12.15 que señala no puede determinarse en qué grado incidieron para dicha incapacidad todas las patologías orgánicas y funcionales recogidas en su propuesta que fueron tomadas en consideración para la declaración de incapacidad. Finalmente se cuenta además, con la testifical del traumatólogo Dr. López que indica que tiene limitada la movilidad brazo derecho, que le limita incluso tareas de la vida diaria como afeitarse y peinarse, y que la fuerza la tiene moderadamente disminuida en todo el miembro desaconsejando trabajos que requieran posturas mantenidas y repetidas de fuerza en las que exija llevar el brazo por encima del nivel de la cabeza debido al riesgo de rotura, y que no conviene que levante pesos moderados por encima de la cabeza (lo que también comparte la perito Dra. Rodríguez) si bien en el acto de la vista puntualizó que podría conducir, lo que también señaló la Dra. Rodríguez puntualizando que ante una situación de riesgo podría tener problemas. Esta juzgadora considera que de las dos periciales practicadas la más acorde con las normas procesales que regulan este tipo de pruebas es la de la Dra. Seijas, porque además de la exploración física tuvo en cuenta toda la historia clínica del lesionado, frente a la del perito Dr. Seijas que se basó en tres informes y que difiere totalmente de la exploración de movilidad de la perito de la parte actora y del traumatólogo Dr. López cuyo informe fue tenido en



cuenta por el EVI para la propuesta de invalidez según indicó la testigo Sr. Alonso (inspectora médica que efectuó la propuesta de invalidez). Como se ha indicado el perito Dr. Seijas señala que la patología determinante para la declaración de incapacidad fue la apnea y que la lesión hombro por sí sola no podría determinar la declaración de incapacidad permanente total, mientras que la Dra. Seijas indica que la patología determinante de tal declaración de incapacidad es la lesión de hombro, por cuanto la apnea está remitiendo en cuanto a su incidencia limitativa en vida diaria del Sr. Rejes, según el último informe de neumología. Pero frente a ello está la propuesta del EVI que si bien es cierto no es determinante ni vinculante en cuanto a la jurisdicción civil en cuanto a la determinación de la interpretación de las cláusulas contractuales, teniendo en cuenta que la definición de incapacidad permanente total del art 137 LGSS que es la que toma como base el INSS para reconocer o no la incapacidad, es la misma que la de la póliza, es muy relevante por tanto lo que el INSS toma en consideración, en el presente supuesto para resolver la presente controversia. Si bien la perito Dra. Rodríguez señala que la apnea no es determinante no debe olvidarse que dicha patología produce trastornos del sueño y cansancio que lógicamente debe incidir muy negativamente en la vida laboral de una persona, más si es conductor de vehículos, y teniendo en cuenta que en la historia clínica consta que poco antes de la caída que ocasionó lesión en hombro, el Sr. Rejes acudió a consulta de neumología de 08.08.13 señalando el informe que está diagnosticado de SAHS posicional en el año 1999, con somnolencia grave que afecta a la conducción y que ha tenido accidentes de tráfico por este motivo en los últimos meses. En nueva consulta de neumología el 06.11.13 el índice de apnea hipopnea era de 24, y según señaló la perito Dra. Rodríguez un índice de apnea entre 20-30 es considerado como moderado. Pero si bien la Dra. Rodríguez justifica para considerar que la apnea no puede ser determinante para la declaración de incapacidad por cuanto no hay periodos de baja, si que de la historia clínica a pesar de no existir periodos de baja puede deducirse que si tuvo incidencia en su vida diaria o laboral porque en el informe antes señalado del servicio de neumología consta que refiere varios accidentes en los últimos meses por somnolencia.

En el acto de la vista no se ha efectuado prueba alguna de cuáles son las concretas tareas propias de la profesión habitual del actor, como conductor maderero, salvo las manifestaciones del informe pericial de la Dra. López que no tienen ningún dato objetivo concreto que lo delimite. Lógicamente se entiende que entre sus funciones estaría la de conducir (que tanto el perito Dr. Seijas como el traumatólogo Dr. López manifestaron que podía desarrollar, lo que también indicó la Dra. Rodríguez siempre que no se encontrara en situaciones de riesgo), subir y bajar a un camión, con lo que podría tener una cierta dificultad porque no podría usar el brazo derecho para sujetarse y subir, si bien podría hacerlo con el izquierdo, y dificultades para sujetar las lonas según el testigo Dr. López con el brazo derecho.



De lo anterior esta juzgadora considera que ambas patologías han incidido en la declaración de incapacidad del INSS y entiende que la incidencia debe ser considerada en el mismo grado, y por tanto se considera que a la vista de lo anterior ninguna de ellas es determinante por sí sola para que se reconozca una incapacidad permanente total sino que ésta solo se reconoce por las limitaciones que en conjunto ambas patologías producen.

Por consiguiente procede analizar según el condicionado de la póliza que indemnización que se debe reconocer al [REDACTED]. La póliza fija una cantidad de 40000€ para el caso de declaración incapacidad permanente total que solo tendrá derecho a ella si las pérdidas anatómicas o funcionales derivadas del accidente son determinantes por sí solas de dicha declaración de incapacidad. Pero si se acude a la definición de la incapacidad permanente parcial que indemniza las pérdidas anatómicas o funcionales que disminuyan en más de un 33% el rendimiento normal para dicha profesión, pero sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma, en la cual se establece como cantidad contratada 46000€, y estableciendo un baremo en el cual se reseñan unas patologías concretas siendo que no existe un apartado exacto donde encajar la patología que sufre siendo la más asimilada que según el apartado b) deben aplicarse por analogía y según su gravedad, según la incidencia en la vida profesional y si solamente es parcial se reduce en la misma proporción que le correspondería por pérdida total. Pues bien la patología más aproximada es la de rigidez de hombro derecho que es la que señala el Dr. Seijas, que establece un porcentaje de un 25%. El criterio del equipo EVI se considera que sirve de pauta para determinar la incidencia de las mismas, siendo que en la definición de incapacidad de la póliza se utiliza la misma que la del art 137 LGSS. Además a la hora de determinar el grado de incidencia el informe del perito Sr. Seijas no se considera válido en cuanto a la determinación del grado de incidencia en cuanto a las limitaciones que le supone al demandante la lesión hombro por cuanto en su informe establece un grado de movilidad más amplio que los otros dos informes, el del traumatólogo Dr. López que le efectuó el seguimiento, y el de la perito Dra. Rodríguez, más teniendo en cuenta que el equipo EVI tomó en consideración el informe del D. López y las limitaciones que este recogía según indicó la perito Sra. Alonso. Por consiguiente si el perito Sr. Seijas le reconoce un grado de afectación de un 15% con un arco de movilidad mucho más amplio que el de los otros peritos está claro que si la movilidad es más reducida el porcentaje a reconocer debe ser más amplio. Esta juzgadora, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, si bien considera que no existe una patología exacta a la que presenta el Sr. Rejes considera que las limitaciones que presenta son equivalentes a una rigidez total por cuanto no puede levantar el hombro, ni coger pesos ni posiciones mantenidas, supone que procede reconocer el total del porcentaje del baremo para esta patología que equivale al total del porcentaje que refleja la póliza para dicha limitación, y por consiguiente la suma de 11.500€ por cuanto según las cláusulas del contrato no es posible



hacer otro cálculo de porcentajes y las pruebas practicadas, y se está vinculado por el condicionado de dicha póliza, cantidad de la que habrá de descontarse la ya entregada de 6900€ en que se allanó parcialmente la parte demandada y que ya fue entregada por lo que la suma pendiente de recibir es la de 4600€.

TERCERO: En relación con los intereses es reiterada jurisprudencia establece que el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada imputable a la aseguradora. Y que existe causa justificada para demorar el pago, entre otras razones, por discrepancia razonable en torno a la procedencia o no de la cobertura del siniestro o del importe de la indemnización que debe satisfacerse, siempre que se haya consignado o abonado el importe mínimo (st TS 18-12-2012, nº 791/2012).

Como señala la STS de 20 de julio de 2011, la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre el hecho generador y el riesgo asegurado. Esta distinción, puesta en conexión con el seguro de accidentes con cobertura de invalidez en sus diferentes grados, ha llevado a la doctrina a concluir que, si bien las obligaciones del seguro - en esencia, la de indemnizar el daño producido al asegurado dentro de los límites pactados (artículo 1 LCS), - son exigibles a la aseguradora cuyo contrato estaba vigente cuando se produjo el evento que dio lugar, más tarde, a la invalidez, sin embargo el riesgo asegurado, cuya concurrencia es imprescindible para que surja la obligación de indemnizar (artículo 1 LCS), lo constituye la incapacidad resultante del accidente, entendido desde el punto de vista fenomenológico, como hecho generador del citado riesgo - invalidez - objeto de cobertura. Así se explica que las obligaciones de la aseguradora no nazcan del hecho generador - o lo que es lo mismo, de la causa violenta, súbita, externa, que origina la lesión corporal determinante de la incapacidad, - sino que surgen de la invalidez misma (SSTS de 17 de mayo de 1.985 y de 22 de septiembre de 1.987), que constituye el riesgo asegurado (STS 19 de enero de 1.984). Añade que cuando la controversia se suscita en torno a la mora del asegurador, en particular, con relación al devengo de los intereses previstos legalmente, la anterior doctrina debe ponerse en relación con la afirmada por la Sala en relación con el artículo 20 LCS , precepto del que se ha dicho que es aplicable a toda clase de seguros, y que la indemnización por mora a que se refiere el párrafo 4º del mismo, implica la existencia de un retraso culpable, que no obedezca a causa justificada, o que no le pueda ser imputada al asegurador, no habiendo lugar a apreciar ese retraso "sino a partir del momento en que tiene lugar el siniestro, como indica el artículo 20.3 LCS , por ser el hecho que fija el término inicial del devengo, el que en el seguro de accidentes el siniestro no venga dado por el accidente, en cuanto hecho generador o causa del daño corporal, sino por el accidente en el sentido estricto que se deriva del tenor literal del artículo 100 LCS , esto es, como lesión corporal resultante de dicha causa, comprensiva de la muerte y de la invalidez, que son los riesgos objeto de



cobertura, supone que solo a partir de la declaración de la invalidez y su conocimiento por el asegurador comienza para este la mora y el recargo de intereses, si su retraso en el abono de la correspondiente indemnización no responde a una justa causa o a una causa que le pueda ser imputable. Así se desprende de la jurisprudencia contenida, entre otras, en la STS de 8 de noviembre de 2.007, que examina si el devengo debía comenzar con el informe de emitido por la compañía tras concluir el procedimiento del artículo 38 LCS o antes, con la comunicación de la invalidez a la aseguradora (por tanto, en ningún caso a partir del accidente laboral que fue el hecho generador de la invalidez), y en la contenida en la STS de 7 de febrero de 2.007, en la que se declara que el riesgo asegurado en el seguro de accidentes es la invalidez (junto con la muerte por accidente) y, que, consiguientemente, "el siniestro, que consiste en la realización de dicho riesgo, no radica directamente en la producción, en abstracto, del accidente al que se halla conectada causalmente la invalidez sufrida, sino en la producción de esta invalidez, siempre que sea consecuencia, inmediata o remota en el tiempo, del accidente". También reitera esta sentencia lo antes dicho sobre que no cabe confundir el siniestro como hecho generador de la invalidez con el momento de producción de ésta, en cuanto riesgo asegurado, y concluye que, "en suma, la fecha de origen de la invalidez, como fecha del siniestro a partir de la cual debe determinarse la mora, depende del estudio de las circunstancias del caso". En idéntico sentido se pronuncia la STS de 7 de febrero de 2.007. Señala que "en contra de lo que presupone la parte recurrente, en el caso examinado el riesgo asegurado en el seguro de accidentes objeto de enjuiciamiento es la invalidez (junto con la muerte por accidente) y, consiguientemente, el siniestro, que consiste en la realización de este riesgo, no radica directamente en la producción, en abstracto, del accidente al que se halla conectada causalmente la invalidez sufrida, sino en la producción de esta invalidez, siempre que sea consecuencia, inmediata o remota en el tiempo, del accidente". A pesar de ello, aclara que las SSTs de 17 de junio de 1.993 y de 8 de noviembre de 2.004 llegaron a considerar como siniestro el accidente causante de la invalidez, pero sólo en cuanto que en él se origine la invalidez; y que la declaración administrativa de invalidez, ha de ser considerada como una mera formalidad administrativa, independiente de la producción del siniestro, aunque alguna Sentencia, como la STS de 7 de junio de 2.006, la tomase como determinante de la contingencia de la que surgió la obligación de la aseguradora. En definitiva, vino a establecer que la fecha de origen de la invalidez, como fecha del siniestro a partir de la cual debe determinarse la mora, dependía del estudio de las circunstancias del caso, no debiendo ser necesariamente la de la fecha de la resolución administrativa que formalmente la declarase.

Pues bien en el presente supuesto el momento en que se determinaron definitivamente las lesiones padecidas por el actor en el siniestro de autos fue a partir del alta del traumatólogo 14.03.14 que casi coincide con la de la



Resolución del INSS de 16.06.14, siendo que dado que la parte actora los solicita desde dicha fecha procede declarar que la parte demandada deberá abonar los intereses del artículo 20 LCS desde el 16.06.14 por cuanto a pesar de haber hecho un ofrecimiento no consignó ni pagó una suma mínima en el plazo de los tres meses siguientes a que se le comunicó la incapacidad, sino que esperó a la contestación de la demanda para allanarse a la suma de 6900€, siendo que no se considera que existiesen dudas que justificaran el no abono de una suma mínima desde el momento que se les comunicó la incapacidad permanente total según resolución del INSS teniendo en cuenta que ya el 22.12.14 en carta de la entidad aseguradora Generali le ofrecían la cantidad que finalmente consignaron de 6900€, pero que no fue consignada hasta el 30.09.15 fecha que deberá ser tenida en cuenta a efectos de computo de intereses.

CUARTO: El artículo 394.2 de la LEC establece que: "Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad". No concurriendo circunstancias excepcionales que justifiquen apartarse de la regla general, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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

FALLO

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Tamargo Prieto en nombre y representación de [REDACTED] frente a la entidad aseguradora GENERALI SEGUROS S.A. representada por el Procurador Sra Fernández Expósito y en consecuencia condeno a la entidad aseguradora GENERALI SEGUROS S A a que indemnice a D. JOSÉ OTERO REJES en la suma de ONCE MIL QUINIENTOS EUROS(11.500€) de la que habrá de descontarse la cantidad de 6900€ que ya le han sido entregados por lo que le restarían por percibir la suma de 4600€. Todo ello sin imposición de las costas del artículo 20 LCS conforme se establece en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente resolución.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que no es firme y, que contra ella, cabe interponer recurso de apelación, del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Lugo, y que habrá de ser preparado, en su caso, en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente de su notificación.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Así por esta mi Sentencia, de la que se deducirá testimonio para su unión a autos, incluyéndose el original en el Libro de las de su clase, lo pronuncio, mando y firmo.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA