



A S O C I A C I O N
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Ramón Gimeno Lahoz

Santander

JUSTICIA



www.ajfv.es

BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

NÚMERO 17. MONOGRÁFICO. SEPTIEMBRE 2017

EL MÉDICO FORENSE Y LA SENTENCIA JUSTA EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

MARIANO MECERREYES JIMÉNEZ

Magistrado

Juzgado de lo Social 1 de Cáceres

EL MÉDICO FORENSE Y LA SENTENCIA JUSTA EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

MARIANO MECERREYES JIMÉNEZ

Magistrado

VOCES: Prueba pericial, Intervención del forense, Fases del procedimiento.

La ley es la ley y el *usus fori*, el *usus fori*.

Bastará tal afirmación para desanimar al posible lector de estas líneas a seguir adelante. Lo cierto es que, en el día a día, tal perogrullada no lo parece. No es extraño que un abogado o un graduado social invoquen ante el juzgado de lo Social de turno que en su provincia, aquella en la que ejercen de ordinario, tal o cual trámite se hacen de tal o cual manera y que lo traigan a colación como argumento relevante ante la sorpresa de una decisión judicial de signo adverso. Si la respuesta con la que se encuentre el interpelante es esta: “Aquí lo hacemos así”, convenceremos al profesional de que la ley tiene solo de general el concepto y que la pirámide kelseniana debe revisarse con urgencia. Me refiero, claro está, a las situaciones en las que el *usus fori* usurpa el lugar de la ley, no a aquellas en las que aquel es vencido por esta, en cuyo caso el: “Aquí lo hacemos así”, obligará al magistrado a explicarse mejor, esto es, a decir: “Aquí se hace como dice la ley”. Distinto de lo anterior, prácticas que no son legales, pero que terminan asentándose, es la situación o tesitura en la que ofreciendo la ley una alternativa esto es, dos opciones, lo habitual en un territorio o

en un juzgado sea inclinarse sistemáticamente por una de ellas, asentando o instituyendo un *usus fori* perfectamente legal, *usus fori* que, por eso mismo, puede revisarse y seguir siendo legal.

¿Es normal en los juzgados de lo Social de España recabar el informe médico forense en los procedimientos de incapacidad o en los de discapacidad o en los de impugnación de alta médica?

Hay que comenzar por el principio: la intervención del médico forense no es obligatoria, el 93. 2 LRJS, dice que: “...el órgano judicial podrá requerir...” Valga la matización porque no es extraordinario, en el caso de litigantes que gocen del beneficio de justicia gratuita que, para hacer decir a la LRJS lo que la ley no dice, invoquen el artículo 6. 6 de la ley 1/1996 (que instituye el derecho a la asistencia pericial gratuita a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales).

Más claramente, que los abogados designados por el turno de oficio demanden con carácter imperativo el concurso del forense, adornándolo, amén de con la mención del citado precepto, con la de que la justicia ha de ser igual para todos y no puede ser postergado el litigante que carece de recursos.

Por lo tanto, siendo tan legal el *usus fori* de recurrir al forense como el de no hacerlo, **¿es conveniente su intervención?** Y si es conveniente, ¿en qué momento procesal debería hacerlo?

Es este un asunto que tiene una importancia notable, pues están en liza, amén del abono de prestaciones públicas, el régimen gestión de las mutuas, el de las mejoras voluntarias de la acción protectora instituidas en convenios, el concierto de seguros particulares o de grupo, la integración o la marginación laboral derivadas de la suspensión o extinción de los contratos, la compatibilidad de prestaciones con el desempeño de otros trabajos,

la prevención de riesgos laborales, etc, etc, etc. Estamos hablando de dinero, de muchísimo dinero, que unas veces, las menos, se abona por particulares. Lo normal es que sea con cargo a recursos públicos ya por responsabilidad directa o subsidiaria. Pero también está en juego la propia justicia de la resolución, pues siendo perfectamente legal la que se adopte, puede provocarse un enorme agravio.

Hay que hacer una primera afirmación: la Administración pública, tanto en lo que atañe al propio INSS, cuanto al ámbito autonómico, está sujeta en su actuación al mismo deber de neutralidad que los miembros del poder judicial en el desempeño de su cometido constitucional. Valga esto para entender que es perfectamente legal y legítimo confiar en la Administración como aliado. Dicho esto, esa confianza ni puede ni debe ser absoluta. Más claramente: si se da por bueno automáticamente el quehacer de la Administración, se privará al particular de la posibilidad real de obtener el amparo de su derecho ante los tribunales. Aplicada acriticamente la jurisprudencia que confiere valor superior a los dictámenes públicos sobre los de los peritos privados, jamás prosperarían las demandas de los disconformes, pues enfrentados unos con otros, siempre prevalecerían aquellos sobre estos.

Recordemos que los dictámenes públicos, pese a su evacuación en sede administrativa, tienen naturaleza pericial, pues el artículo 93 LRJS, nominado “prueba pericial”, excluye del régimen general de presentación del informe y de su ratificación en el acto del juicio a: “...los informes de las actuaciones administrativas obrantes en expedientes... cuya aportación sea preceptiva.”

Se pueden dar casos en los que haya informes periciales contradictorios y también, en los que no habiéndolos en rigor procesal, sí exista una contradicción médica esencial. Ocurrirá esto cuando informes médicos de la sanidad pública o privada pongan en tela de juicio los diagnósticos tenidos en cuenta por el EVI al emitir sus dictámenes o al explicar las limitaciones que las dolencias provocan en los enfermos. V. gr.: el cardiólogo del hospital público de X dice que el paciente no puede hacer ninguna clase de esfuerzos y los expertos del INSS consideran que conserva una aptitud residual para hacer esfuerzos moderados y medios.

O cuando aquel diagnosticó una o más dolencias que el EVI obvió.

Por otro lado, la ley ampara también al litigante disconforme con lo que los médicos piensan. Al que cuenta, como único argumento con el de sentirse peor de lo que dicen los facultativos.

En cualquiera de los casos, el artículo 93. 2 LRJS permite al tribunal valerse de una prueba singularmente idónea: que el enfermo sea examinado por el médico forense.

¿Puede el magistrado de lo Social dictar sentencia sin el concurso del forense? Legalmente, desde luego.

La experiencia obliga a matizar la respuesta.

Al poco de empezar en esta jurisdicción, me enfrenté a este dilema: un empleado de una carpintería metálica fue operado de un cáncer de laringe. El INSS consideró que no existía posibilidad de que se le reprodujese el cáncer si volvía a sus quehaceres en ese ambiente laboral tan poco saludable. El perito privado, que fue médico evaluador jefe del INSS hasta su jubilación, expuso en el juicio lo contrario, apoyando su exposición con sólidos argumentos

científicos. Por primera vez recurrí al forense, que a la postre confirmó el criterio del INSS, aunque me sentí obligado a poner en la sentencia algo que sale ahora siempre: "...la responsabilidad exclusiva por la emisión del diagnóstico en cuya valoración se basa esta sentencia, será de los facultativos que firman sus respectivos informes, toda vez que el Juzgador ni tiene ni tiene por qué tener formación científica que le permita llegar a conclusión distinta de la que le proporcionan los peritos".

¡Menudo exceso!

A) ¿Qué ocurrirá entonces, con un peón de la construcción que diga que se mareó y sea obligado por la sentencia a volver al andamio?

B) ¿Y con el riesgo durante el embarazo o lactancia materna negados por los expertos del INSS?

C) ¿Y con el alta del conductor profesional que tiene prescrita una fuerte medicación y se afirma por aquellos que es capaz para seguir en lo suyo?

D) ¿Qué ocurrirá cuando el concebido no nacido adquiera una enfermedad en el seno materno, el albañil caiga del andamio, y el conductor narcotizado se estrelle con su vehículo matando a una familia?

La ley no obliga a la práctica de esta prueba y puede el magistrado remitirse a lo que dijeron los expertos del INSS o a lo que sostuvieron los peritos privados, pero en estos casos la solución del litigio se basará, realmente, en la ponderación de conceptos jurídicos y no médicos, por mucho que la apariencia sea otra.

El magistrado acudirá a las reglas comunes de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 LEC, correspondiendo al actor la del hecho constitutivo (la de la enfermedad incapacitante), y acudirá también a la jurisprudencia para razonar sobre preeminencia o mayor valor de un dictamen sobre otro o al argumento jurídico de libertad razonada de ponderación de los medios de prueba. También puede traer a colación los precedentes jurisprudenciales o a las sentencias dictadas por los TTSS de Justicia. Pero en todos estos casos, se obviará la realidad, también jurídica, de que no hay enfermedades, sino enfermos y la de que en estos procedimientos prima la justicia del caso concreto, de ahí que estas sentencias no produzcan el efecto de cosa juzgada y que el propio legislador en el 143. 2 LGSS reconozca como principio general que toda incapacidad es susceptible de revisión en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación.

Téngase en cuenta que, salvo quebrantos singularísimos como los provocados por amputaciones traumáticas, o en situaciones de ceguera legal (SSTS de 13 de marzo de 2014 y de 10 de febrero de 2015, aún con la matización que introduce la STS de 22 de octubre de 2015), se puede decir que cada caso es especial, máxime cuando, coincidiendo el diagnóstico, por ejemplo, con la fibromialgia, discrepan los expertos sobre el modo en el que afecta al enfermo: grados funcionales, fracción de eyección, grados o arcos de movilidad articular etc. El precedente jurisprudencial es idóneo para fundar una sentencia tan jurídicamente intachable como singularmente injusta.

Vayamos con un ejemplo revelador: el TS en la sentencia de 6 de noviembre de 2008 (ROJ 6582) admite la validez de las cotizaciones ulteriores realizadas -en trabajos de la misma naturaleza- por quienes, *prima facie*, tendrían que estar en

situación de incapacidad y no lo están por mediar tal impedimento. En buena lógica, el INSS, superado el obstáculo de la carencia, tendría que reconocer el derecho que antes negó, siendo los padecimientos del enfermo, antes y ahora, los mismos. Pero cuando no es así, ¿qué argumento jurídico puede el juez invocar para dar preeminencia a un dictamen médico idéntico del INSS respecto de otro, cuya conclusión es radicalmente opuesta?

Para valorar el informe del perito privado cuyas conclusiones sean contrarias a las del INSS, salvaguardando el derecho del litigante a obtener una tutela judicial efectiva, puede el magistrado dar mayor valor a la preparación del informante, o a los informes de la sanidad pública en los que el perito privado se basó, pero difícilmente la sentencia que se dicte se podrá decir que sea justa, máxime porque lo que se resuelva en el recurso extraordinario de suplicación normalmente confirmará la apreciación de hecho de la instancia, propiciando, cuando confirme otras de signo adverso, precedentes aparentemente contradictorios tratándose de cuadros clínicos residuales iguales.

Considero que el magistrado debe concienciarse de que este tipo de litigios no se resuelven sólo o principalmente con arreglo a criterios jurídicos y que para dar una respuesta justa, ha de contar con la ayuda inestimable del médico forense, que para eso está. Que él colabore para dirimir la controversia científica, pues este es el signo intrínseco del problema y no su naturaleza jurídica. No hay dos casos iguales, aún siendo igual la enfermedad.

Puede objetarse que el magistrado incurre en una especie de dejación de funciones, en una especie de indolencia o propósito de escurrir el bulto. Nada más lejos de la realidad. La sociedad no admite la discrepancia jurídica -escandalizan las sentencias

contradictorias dictadas por los jueces-, pero sí admite la discrepancia médica, no obstante ser sus consecuencias infinitamente más graves. Una enferma de tuberculosis que sufrió un grave accidente vascular asociado, escucha de su cirujano que procede operarla para quitar todas las venas menores que rodean a la afectada para forzar su restablecimiento y otro, que procede instalar un dilatador arterial o *stent*, para recanalizar el eje venoso ilíaco externo, de suerte que se pueda así atemperar el efecto de la trombosis venosa profunda de la pierna más afectada, colapso que acontecerá sin remisión si se hace lo que prescribió su (¿ignorante?) colega.

Vuelta al principio: ¿Se reproducirá el cáncer? ¿Habrá que amputar esa pierna?

¿Resolverá el caso el magistrado buscando en la base de datos una sentencia ad hoc? ¿Y si la encuentra, habrá hecho justicia al enfermo expuesto a tal dilema?

Considero ineludible, una vez más, el recurso al forense, de suerte que con ese apoyo adicional, lo que antes parecía insoluble, deje de serlo.

Para quienes, al menos, duden, viene lo siguiente.

Decidido a pedir el informe forense, **¿cuándo procede, procesalmente, interesarlo?**

Para responder a ello hay que tener en cuenta cuál debe ser el fundamento científico del informe en cuestión.

A) El forense debe examinar personalmente al enfermo. Esto es ineludible en cualquier circunstancia, tanto para dolencias somáticas como psíquicas. Se entrevistará con el enfermo, valorará su grado de colaboración, escuchará por sí mismo qué piensa y

expondrá sus conclusiones al hacer la anamnesis. Dirá si colabora o si no lo hace. Si observa una resistencia activa e infundada a la movilidad del miembro que dice afectado. Apreciará por sí mismo si hay o no atrofia muscular etc.

El artículo 90 en sus números 5 y 7 LRJS ayuda a evitar problemas.

B) El forense habrá de tener a disposición toda la documentación médica de la que se disponga: la que figure en el expediente administrativo y la aportada posteriormente, siempre y cuando su ponderación no altere el núcleo de la controversia, es decir, siempre y cuando no aluda a nuevas enfermedades o a agravaciones producidas después de que la Administración se hubiera pronunciado, pues se está impugnando una resolución concreta con un fundamento de hecho concreto en una fecha cierta.

C) Si se han aportado informes periciales, el forense también los examinará críticamente. Puede estar de acuerdo con lo que dice el perito privado o con lo que dijo el INSS o el médico de atención primaria o puede no estarlo, pero será un experto cualificado e imparcial el que haga un trabajo que un juez no puede hacer y que se integrará en la sentencia confirmando a su fundamentación la solidez del argumento científico enriquecido con el jurídico alusivo al criterio cualitativo (experto independiente al servicio de la justicia) y, en su caso, el cuantitativo (la mayoría de los expertos que intervienen consideran que).

La pregunta era: ¿En qué momento procesal debe pedirse la intervención del forense? Dos opciones: antes de la vista o después, pues no sería factible pretender que hiciera todo lo que tiene que hacer si, simplemente, se le citara para que improvisase su informe

el día del juicio, ex art 87 LRJS, examinando *in situ* al enfermo y los documentos médicos relevantes.

A) Intervención anterior a la vista.

Como prueba anticipada, ex art 78. 2 LRJS, aunque el proponente se enfrentará a un problema de envergadura si el magistrado no estuviese por la labor, ya que contra la denegación no podrá interponerse recurso alguno (art 78. 2 in fine). El consuelo que da la ley al disconforme es pobre: “sin perjuicio del (recurso) que, por este motivo, pueda interponerse en su día contra la sentencia”. Podrá el TSJ anular el juicio entero si considera que se dejó indefensa a la parte, cosa incongruente con lo que la LRJS dice, pues ante tal eventualidad habría sido más adecuado arbitrar la posibilidad de recurrir en reposición la decisión adversa para que la parte pudiera exponer al magistrado que denegó la prueba algún argumento idóneo que le permitiese reconsiderar (eficazmente) su decisión.

Ventaja: se llegaría a juicio con un material probatorio de primer orden. La vista sería muy ligera y pacífica, pues si el forense quitó la razón al demandante-proponente, poco habría que discutir, sin obviar la posibilidad de que se invocase el artículo 75 LRJS. Por otro lado, se ganaría tiempo (aparentemente), pues se maximizaría el que transcurre entre la fecha de entrada del procedimiento y la de su señalamiento, en vez de perderlo en la propia espera sin hacer nada útil al interés de la justicia.

Inconveniente: de un lado, el señalamiento quedaría supeditado a la emisión del informe forense, lo cual no es ninguna broma. Las clínicas forenses están saturadas de trabajo y habría que esperar *sine die* a que se hiciera lo dispuesto por el magistrado, con lo cual, el tiempo que se quiso ganar, se perdería. Desde luego,

se puede señalar a las bravas, pero la posibilidad de tener que suspender la vista porque la prueba declarada pertinente no se practicó es insoslayable. Caso de seguir adelante sin ella, también por las bravas, procedería la anulación del juicio por vulneración manifiesta del artículo 24 CE (no se practicó una prueba declarada pertinente que es de utilidad incuestionable). En consecuencia, si la prueba se propuso con carácter anticipado y fue declarada pertinente, su devenir condicionará el signo y el tiempo mismo del procedimiento.

Pero los inconvenientes principales son: a) Sustraer al juicio y valoración del forense un material probatorio de primer orden, así como: b) Poner su intervención y juicio al nivel del de los demás peritos. Lo primero, porque si al acto de la vista acuden con sus expertos la mutua o la empresa o el propio INSS o la Administración autonómica, haciendo buena la previsión del artículo 87 LRJS, el forense se verá sorprendido con un material que no podrá examinar a fondo para valorarlo críticamente y en consecuencia, su informe será, realmente, uno más de los emitidos. Podría salvarse el problema acudiendo al 95. 5 LRJS in fine que permite la ampliación del informe como diligencia final, opción que, por la fragmentación que implica, no me parece la más acorde con la concentración que inspira la regulación del juicio en el art. 74. 1 LRJS y que se topa con el problema de los plazos al que luego se aludirá.

Obviamente, si el juzgado está señalando para plazos muy lejanos, esta opción, por muchos que fueran sus inconvenientes, es la única viable, siempre y cuando la parte lo hubiera solicitado, claro está.

B) Intervención posterior a la vista.

La otra opción es la de que el forense intervenga por el cauce del artículo 88 LRJS, esto es, por el de la diligencia final. Las ventajas resultan de los inconvenientes antes referidos, uniéndose otras: la acuerda el magistrado de oficio, sin posibilidad de recurso, sin depender de la iniciativa de la parte y sobre todo, dignificando científica y procesalmente la intervención del forense, que es o habría de ser, un *primus inter pares* y no un experto más. No conviene al interés de la justicia que cada parte venga con su propio perito. De *lege ferenda*, en este y en todos los casos, lo suyo tendría que ser que se pusieran de acuerdo en el nombre del interviniente y si no fuera posible, que la insaculación decidiera. La opinión discrepante de los peritos es un factor que perturba gravísimamente la acción de la justicia. No es lo mismo discutir sobre la interpretación de normas, que sobre la de hechos cuya apreciación exige conocimientos científicos o técnicos. Todo lo que contribuya a viciar la apariencia de imparcialidad de los peritos debería desterrarse de raíz.

El inconveniente de esta solución radica en que el artículo 88 LRJS instituye unos plazos perentorios: veinte días, con ampliación de otros diez y obligación (previa audiencia de las partes) de declarar los autos vistos para dictar sentencia si no se hubiera evacuado el informe.

De tal apremio se puede deducir que el legislador no quiere que el forense intervenga en este trámite procesal. Y tampoco quiere que el juez recurra a él. Valga lo primero porque ninguna clínica forense está en condiciones de responder a lo que se le pregunta en tan solo treinta días hábiles. Valga lo segundo, porque solo la parte puede pedir el examen forense antes de juicio. Si el juez lo acuerda como diligencia final y cumple con esos plazos perentorios, su

decisión será un brindis al sol: “Hice lo que pude, pero me debo a la ley”.

Considero que la justicia constitucional de la decisión del juez se ha de imponer sobre el formalismo del plazo, tan perentorio como el que da al juez unos pocos días para dictar una sentencia y que si es transgredido con causa no genera ni puede generar, tampoco en este caso, consecuencia adversa alguna. La razón será en ambos casos la misma: el volumen de trabajo.

Contenido de la providencia del artículo 88 LRJS.

Visto el procedimiento para dictar sentencia, el juez debería preguntar claramente sobre los hechos controvertidos, excluyendo, lógicamente, la demanda de calificaciones jurídicas a los que son dados los peritos privados al decir en el juicio que el litigante, v. gr. está afecto de una IPT.

Los parámetros de base serán sencillos:

- a) Examinar personalmente al enfermo.
- b) Examinar toda la documentación médica obrante en autos, incluidos los informes periciales aportados.
- c) Lógicamente, se hará mención al plazo de veinte días y lógicamente también, deberá obviarse el apercibimiento ulterior, la ampliación por diez días, pues si se hace, creo que tendría que dictarse la sentencia sin excusa.

El forense deberá ser instruido claramente del momento al que se ha de remontar su juicio, y lo normal será la fecha de emisión del dictamen EVI, a salvo de la previsión del artículo 72 LRJS. Procede hacer lo propio con la profesión del enfermo (diferenciada del puesto de trabajo) y si hubiera controversia al respecto, deben indicarse las diversas en liza, la valorada por el INSS y la que

pretende tener el disconforme, recabándose un doble juicio o juicio alternativo.

Si se trata de enfermedades profesionales, habrá que referir los datos de hecho y jurídicos que permitan remitirse por inclusión o exclusión al catálogo legal.

Caso de porfía sobre contingencia, igual, *mutatis mutandis*.

Si se tratase de grado de discapacidad, procede pedir la puntuación correspondiente según el baremo. Y antes, un pronunciamiento explícito sobre el diagnóstico del enfermo.

En los casos de revisiones de grado de incapacidad o del porcentaje de discapacidad, se cuenta con el problema jurídico de la identidad de padecimientos o dolencias en los momentos respectivos de comparación, pero creo que no se debería obviar que un mismo diagnóstico en un mismo enfermo le puede afectar de manera diversa y que la tensión jurídica debería resolverse sin obviar esta circunstancia.