

EL RESARCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE CAUSADO POR LA MUERTE

**Luces y sombras del sistema valorativo, diez años después; y, sobre todo,
el indefectible porvenir**

Mariano Medina Crespo¹

Hay cuestiones que deben encomendarse a los Tribunales y otras... debe el Legislador regularlas... Lo... recto es aseverar... que, cuando... los Tribunales son torpes y mudos y sentencian ocultamente, hurtando... sus opiniones..., la ciudad entera suele sufrir un grave mal. No es suerte envidiable... tener que legislar... para tales Tribunales; pero... se... ha de legislar... presentándoles modelos para que nunca se salgan de la justicia... Y la ley sobre las lesiones queda escrita de este modo: si alguien... hiere... y... hay perjuicio para el herido, ha de pagárselo íntegramente (PLATÓN)

Sumario

1.- La materia objeto de reflexión y su enfoque crítico-constructivo.

2.- El resarcimiento del lucro cesante, en general, y del causado por la muerte, en particular. 2.1.- El lucro cesante como concepto dañoso y su básica problemática. 2.2.- Algunas notas sobre el resarcimiento del lucro cesante causado por el daño corporal, en la práctica judicial española. 2.3.- Algunas ideas elementales sobre los parámetros a manejar para resarcir el lucro cesante causado por la muerte. 2.4.- La repercusión de la inestabilidad matrimonial en la determinación de la duración del lucro cesante causado por la muerte del cónyuge. 2.5.- El lucro cesante causado por la muerte en el “Derecho europeo” de la Responsabilidad Civil.

3.- El resarcimiento del lucro cesante causado por el daño corporal, en el sistema legal valorativo. 3.1.- Su consideración técnica como perjuicio extrínsecamente excepcional. 3.2.- La postura de los jueces desvinculados: la preterición inconfesada del lucro cesante. 3.3.- El originario quinteto posicional de los jueces vinculados: la confiscación aceptable; la confiscación inaceptable; el resarcimiento decretal; el resarcimiento extrasistema; y el resarcimiento extratabular intrasistema. 3.4.- Un buen caso de reparación del lucro cesante causado por la muerte, aunque en el marco restrictivo (ilegal) del sistema como cobertura del seguro obligatorio: SAP de Madrid (Secc. 17ª) de 21 de octubre de 1998. 3.5.- La solución del resarcimiento del lucro cesante derivado de la lesión temporal tras la STC 181/2000, de 29 de junio: un apunte conclusivo. 3.6.- Las tres posibles soluciones positivas sobre el resarcimiento del lucro cesante causado por la lesión permanente impositiva y por la muerte: la confiscación inaceptable; el resarcimiento canalizado a través de una interpretación constitucional de la legalidad valorativa; y el resarcimiento canalizado a través de una interpretación ordinaria de la legalidad valorativa.

4.- El resarcimiento del lucro cesante “ex morte”, en la práctica judicial (I): los claroscuros de la jurisprudencia del TS. 4.1.- Un significativo precedente de marginación del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte (mujer productiva que deja viudo y dos hijas mayores dependientes): STS (Sala 2ª) de 20 de diciembre de 2000. 4.2.- Una correcta declaración sobre la resarcibilidad extratabular del lucro cesante causado por la muerte (consortes fallecidos que dejan dos hijos de edad superior de vida independiente): STS (Sala 2ª) de 2 de abril de 2001. 4.3.- Un caso denegado de lucro cesante causado por la muerte (la pérdida de las exenciones fiscales de una explotación agrícola): STS (Sala 2ª) de 17 de julio de 2002.

5.- El resarcimiento del lucro cesante “ex morte”, en la práctica judicial (II): las aportaciones aisladas de la jurisprudencia provincial. 5.1.- Un primer caso de resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte (varón productivo que deja viuda y dos hijas menores dependientes): SAP de La Rioja de 16 de octubre de 2000. 5.2.- Un segundo caso de resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte (mujer productiva que deja viudo y dos hijas mayores dependientes): SAP de Vizcaya (Secc. 1ª) de 28 de mayo de 2002. 5.3.- Un tercer caso de resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte (varón productivo que deja viuda dependiente y dos hijos menores): SAP de Baleares (Secc. 4ª) de 29 de marzo de 2003. 5.4.- Un cuarto caso de resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte (varón productivo que deja dos hijas dependientes, una mayor y otra menor): SAP de Vizcaya (Secc. 6ª) de 3 de diciembre de 2003.

6.- La recepción de la teoría normativa del doble tripode de circunstancias de índole dañosa en la jurisprudencia provincial. 6.1.- SAP de Madrid (Secc. 10ª) de 20 de mayo de 1999. 6.2.- SAP de Córdoba (Secc. 2ª) de 1 de abril de 2003.

7.- Dos conclusiones fundamentales y una coda (relativamente) esperanzada en pos de la razón valorativa.

En materia de daños hemos estado demasiado tiempo en la prehistoria... Como norma conviene recordar... que la certidumbre, dentro del campo hipotético del “lucrum cessans”, no puede revestir... absolutividad, bastando... una consideración fundada y razonable (Á. MARTÍNEZ SARRIÓN)

Sé que la justicia es... batalla que no puede ganarse, pero tengo la necesidad... de seguir dándola..., porque he elegido voluntariamente ser jurista... y... he comprometido... esfuerzo y... capacidad... para representar mi papel lo mejor posible (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ)

1.- La materia objeto de reflexión y su enfoque crítico-constructivo

La presente exposición se ocupa del tratamiento resarcitorio que debe recibir en el Derecho español el lucro cesante causado por la muerte producida en un accidente de circulación; y ello, sobre la base de que, a tal efecto, tienen que aplicarse de forma insoslayable las normas del sistema¹ introducido en la que otrora se denominara Ley del Automóvil².

Pero el lucro cesante causado por la muerte producida en el tránsito rodado constituye sólo un punto de partida, pues, dada la postura interpretativa que adopto ante la indicada regulación legal, me refiero en realidad a cualquier supuesto de responsabilidad civil por muerte³, tanto cuando ésta sea dolosa como cuando sea culposa; y también cuando se esté

¹ Conocido de forma simplificada como el sistema valorativo de la Ley 30/1995, aunque predomina lamentablemente la fórmula simplista y desquiciante de llamarlo “el Baremo de la Ley 30/1995”. Y digo, a su vez, que tiene indefectiblemente que aplicarse, pues no hay ya ningún juez que hoy pueda, sin varicar, permitirse el lujo extravagante de decir que niega (o duda de) la preceptividad de un sistema que fue legalmente concebido para valorar legalmente los daños corporales causados en accidente de circulación.

Otra cosa es que el daño se haya producido al margen del tránsito motorizado, pues entonces hay, de modo comprensible (dada la ausencia previa de un mínimo consenso cultural sobre la materia), opiniones (y sensibilidades) muy dispares: desde los que consideran que el sistema no debe tenerse en cuenta (criterio inmovilista de los jueces solipsistas, partidarios de la discrecionalidad judicial incontrolable: manifestación expresiva de la reliquia viva de sus poderes soberanos) a los que estimamos que debe aplicarse necesariamente en virtud del mecanismo integrativo de la analogía (criterio afirmado en méritos al cumplimiento efectivo del principio de igualdad, entendido cabalmente sin las superestructuras restrictivas a las que nos tiene acostumbrados el TC), pasando por una serie de posturas intermedias centradas en que debe o puede utilizarse con un carácter orientativo, sin que, en estos casos, se definan los perfiles de una orientación que, en muchas ocasiones, brilla por su ausencia, pese a su proclama inicial, enfatizada con un puro sentido nominal de signo literario. De todas formas, debe puntualizarse que la aceptación del sistema como orientador, para valorar daños ajenos al tránsito motorizado obliga a los jueces a comprenderlo y a captar el cabal sentido de todas y cada una de sus reglas, porque no se deja aconsejar quien no comprende los consejos y no hay orientación cuando hay desconocimiento e incompreensión.

² Así se la ha venido llamando coloquialmente desde que las Cortes la aprobaran en 24 de diciembre de 1962 (tras una discusión técnica añorable) con la denominación de “Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor”. En virtud de la reforma operada mediante la disposición adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, su denominación oficial pasó a ser la de “Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”. Téngase en cuenta que el primer estudio que se realizó de dicha Ley, de Francisco PERA VERDAGUER, editado cuando todavía no había transcurrido un mes desde su publicación (enero de 1963), recibió el título de *La Ley del Automóvil* (Bosch, Barcelona).

³ En mi concepto, desentrañada la racionalidad valorativa del sistema (dado que se rige efectivamente por el principio finalista de la reparación íntegra y se atiene, para conseguirla y demostrarla, al principio instrumental de la vertebración), la identidad del supuesto de hecho (más que la identidad de razón que pueda ligar a supuestos diferentes pero semejantes) lleva a utilizar el instrumento integrativo de la analogía, aplicándolo, por tanto, para valorar los daños causados fuera del tránsito motorizado. Téngase en cuenta que el art. 4 C.c. establece, no un

ante una muerte fortuita, si el título de imputación del daño está conformado por el específico riesgo (*periculum*) insito en la actividad de que se trate.

El sistema legal señalado supuso el drástico tránsito de la pura judicialidad⁴ a la legalidad valorativa⁵ y consiste, según es sabido, en un anexo que, afectado por dos reformas

poder, sino un deber jurisdiccional, de modo que la analogía es preceptiva y no potestativa. Esta afirmación resulta reforzada si se tiene en cuenta que, en términos generales y en contra de la creencia usual, la correcta aplicación del sistema se traduce en indemnizaciones superiores a las que suelen fijarse bajo el manto “equitativo” (“por corazonada” –según expresión de Pedro-Héctor IRIBARNE [*De los daños a la persona*, Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., 1995, p. 46]–, es decir, de forma patética y ajena al *logos* de lo demostradamente razonable) de la pura y absoluta discrecionalidad (soberanía) judicial (*iudex in sententia sua est imperator*; como si el juez fuese en esta materia, según expresión de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE [*La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 174], el oráculo de una vaporosa esencia transpersonal).

Con menos drasticidad y un sentido relativamente distinto se expresa Santiago CAVANILLAS MÚGICA, quien propone que, para valorar los daños corporales ajenos al tránsito motorizado, se computen como punto de partida los principios y proporciones internas del sistema, en cuanto a la identificación de los perjudicados y concreción de los conceptos indemnizatorios, prestando atención a dicha regulación en lo que tiene de “sistema” (estructura dañosa y resarcitoria), más que en lo que tiene de “baremo” (previsión ordenada de cantidades específicas), sin que, por ello, suponga tomarla como guía para fijar el *quantum* indemnizatorio (*Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”. Reparación del daño. Indemnización de perjuicios materiales y morales*, en AAVV, *La responsabilidad civil “ex delicto”*, coord. G. Quintero Olivares, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, p. 112).

⁴ Con total precisión, escribió, en su día, Enrique RUIZ VADILLO que “cuando la ley abdica de su función y transfiere indebidamente sus potestades al juez, el principio de legalidad quiebra” (*La razonable valoración del daño corporal*, R. Derecho circulación, 1991/5, p. 259); que la ausencia de normas valorativas constituye una imprevisión legislativa imperdonable (*La valoración de la vida humana en el Proyecto de Ley de modificación de la legislación reguladora de los seguros privados*, R. Responsabilidad Civil Circulación Seguro, 1994/2, p. 51); y que, para ser racional, cualquier regulación de las relaciones humanas ha de hallarse sustraída a la voluntad caprichosa de un individuo (*La razonable valoración...*, cit., p. 258).

A diferencia de lo que acontece en los diversos sectores del ordenamiento, cuando el juez valora el daño corporal, se enfrenta ante la subsunción, no de un supuesto fáctico en una concreta norma objetiva, sino en una norma subjetiva y propia, creada para el caso por él mismo. El juez ha actuado tradicionalmente, no como un aplicador del Derecho, sino como un regulador delegado por el Legislador, aplicando, por tanto, las normas de su propia gestación. Por eso, cuando el art. 103 del antiguo C.p. decía que la valoración del daño se hiciera “*por regulación del Tribunal*”, el texto era completamente preciso en su abdicación valorativa, pues no era la ley sino el juez el que tenía que establecer “la regulación” indemnizatoria, con lo que, en definitiva, se estaba ante una aislada manifestación ordenada de Derecho libre, al que se remitía la ley de forma expresa con un extraño reconocimiento de su propia impotencia; y esta abdicación suponía la consagración de que las cuestiones indemnizatorias estaban, en rigor, sustraídas al principio de legalidad. Acorde con ese extravagante mandato legal, las SSTS (Sala 2ª) de 8 de mayo de 1987, 29 de abril de 1988, 18 de abril de 1989 y 22 de diciembre de 1990, declararon que la valoración del daño corporal no se halla sujeta a previsión normativa alguna, de modo que el órgano jurisdiccional ha de efectuarla discrecionalmente con una ponderación prudencial de las circunstancias de cada caso, “*sin someterse a ningún tipo de parámetro o baremo*”. Ya la STS de 11 de junio de 1923 declaró que lo relativo a la indemnización por daños y perjuicios y la determinación de su cuantía son de la exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador, por lo que “*el ejercicio de semejante facultad discrecional... no puede impugnarse en casación, ya que su cuantía no está sujeta a reglas*”. A su vez, la STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 1991 (Pte. Excmo. Sr. Fernández-Cid Temes) declaró que “*cuando el ordenamiento jurídico otorga una facultad discrecional a los Tribunales, no puede afirmarse que exista... vacío o falta de regulación legal, sino entrega de competencia en materia difícil o imposible de regular, por deber de ajustarse al caso concreto, como ocurre con el fin indemnizatorio*”.

Pero la clave de estas declaraciones jurisprudenciales radica en que, afirmada la soberanía judicial valorativa como *potestas* delegada por el Legislador, su conversión en soberanía propia y blindada (sin que el Legislador pueda recuperarla) constituye un paso apenas perceptible, convalidándose la idea de que el juez actúe de forma discrecional bajo el *sit pro ratione voluntas*. Así las cosas, lo malo es que la anomia se hizo regla consuetudinaria (*usus fori*) y arraigó tanto en los artífices de la valoración que, de forma sorprendente, la vieron, y muchos la siguen

parciales muy puntuales (pero de gran envergadura)⁶, se halla hoy incorporado al TR que fue aprobado por el RD Legislativo de 29 de octubre de 2004; y, al concretar el objeto de estas reflexiones, me refiero, no al trato que la práctica judicial proporciona, en general, al lucro cesante causado por la muerte, sino al que debe proporcionarle, porque las dificultades interpretativas de esa regulación legal (ligadas de raíz a una tradición obstativa de su ponderación real⁷) han dado lugar a que no se resarza o, como mucho, se restaure

viendo, como cosa necesaria, como dato ligado de forma ontológica a la función de juzgar. Durante años, la jurisprudencia afirmó que la valoración de los daños no estaba sujeta a previsión normativa alguna, pero, con el tiempo, se atribuyó a la abdicación legal un rango sustantivo y se terminó por afirmar que la valoración no podía estar sujeta a previsión normativa alguna, dibujándose como ideal una situación que, a la larga, se tornó en lamentable, al hacerse hipostática la falta de regulación legal y afirmarse el silencio del Legislador como una realidad imprescindible, tornándose el vicio valorativo en quehacer virtuoso y el vacío normativo en renuncia encomiable. Tal es el sentido de la STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 1997 (Pte. Excmo. Sr. Albácar López; Ar. 1864) cuando declaró, aunque *obiter dictum*, que “*la función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial [adviértase que quien atribuye dicho cometido, según la expresión transcrita, no es la Ley, sino la propia jurisdicción] a los órganos judiciales, quienes la llevarán a cabo caso por caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna que, por su carácter general, no permite la individualización del caso concreto*”.

De esta forma, como ha señalado Luis-Fernando REGLERO CAMPOS, el TS se atribuyó competencias propias del Poder Legislativo [negando además la posibilidad de la intervención reguladora de éste] y se autoproclamó único órgano apto para adjudicar a los jueces de la instancia la función exclusiva de calcular el importe de la indemnización (*Estado de la aplicación e interpretación de las normas jurídico-privadas por la jurisprudencia española: ni sujeción a la ley ni a los precedentes*, en AAVV, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coords. J. M. González Porras y F. P. Méndez González, Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España/Servicio Publicaciones Universidad Murcia, Murcia, 2004, p. 4102).

Para un estudio de la referida sentencia, me remito a las consideraciones contenidas en *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado*, Dykinson, Madrid, cit., t. 2, *La tipología general...*, cit., pp. 55-60, así como a la amplia bibliografía recogida en *Daños corporales y Carta Magna...*, cit., n. 72 pie p. 53.

⁵ El sistema legal valorativo ha dado lugar, pues, a que ya no pueda afirmarse con su monumental drasticidad tradicional que la estimación de los perjuicios *in facto non in iure consistit*. Ahora estamos ante una regulación legal cuyos abundantes preceptos pueden infringirse (falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea) y no ante una “regulación” judicial, como afirmaba el art. 104 del antiguo C.p. De esta forma, se ha normativizado (normalizado, juridificado) la valoración del daño corporal. Téngase en cuenta que, tradicionalmente, la cuestión valorativa ha estado sustraída al principio de legalidad, en el sentido de que la determinación de los daños resarcibles y su valoración no han estado sometidas a pauta normativa alguna, según se ha ocupado de afirmar con regusto machacón la doctrina jurisprudencial, habiéndolo dicho ya la STS (Sala 1ª) de 6 de diciembre de 1912 (Pte. Excmo. Sr. Bermejo), en relación con los daños y perjuicios causados por un atentado al honor (“*a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde... fijar su importe prudencial... en forma que... confirma la ley tradicional al decir que... la estimación... el juzgador... débela templar según su arbitrio*”). Y fue expresiva la STS (Sala 2ª) de 7 de octubre de 1985 (Pte. Excmo. Sr. Vivas Marzal): la revisión casacional del *quantum* indemnizatorio puede intentarse, pero no conseguirse.

El Derecho español de la Responsabilidad civil, fiel a las pautas latinas marcadas por el Derecho francés, está montado, como el italiano, sobre la idea de que la determinación de los daños resarcibles y su valor constituyen una pura cuestión de hecho que está sustraída como tal a la censura casacional, de modo que la valoración de los daños y perjuicios pertenece a la soberanía del juzgador de instancia; y ello a diferencia de lo que acontece en el Derecho alemán y en el inglés, en los que la cuestión valorativa es estrictamente jurídica. Sin que en España se haya puesto adecuadamente coto a los abusos de tal concepción, por la deficiencia e insuficiencia de la doctrina jurisprudencial de las bases indemnizatorias (*vide* sobre este punto mi obra *La valoración civil...*, cit., t. 1, *Los fundamentos*, 1999, pp. 203-217), en todo caso la existencia de una regulación legal sobre la materia altera los tradicionales presupuestos y obliga a considerar el carácter estrictamente jurídico de la cuestión valorativa.

⁶ Reforma del apartado A) de la tabla V por la disposición adicional 15ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre; y reforma de la tabla VI por la disposición adicional 1ª de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre.

⁷ Tradición que, vinculada a una persistente ausencia de cultura valorativa, se debe a la despreocupación (y falta de ocupación) de una doctrina y, desde luego, de una jurisprudencia que se ahogan en la expresión de las dificultades que ofrece la materia. Téngase en cuenta que, después de todo, aunque parezca llamativo, el sistema

miserablemente⁸, con inequívoca vulneración del principio normativo (institucional) de la integridad reparatoria, siempre proclamado por la jurisprudencia y poquísimas veces atendido por ella con un valor demostrativo.

Me ocupo, pues, del resarcimiento a que debe dar lugar lucro cesante causado por la muerte, cuando el sistema se ha de aplicar de forma directa (daños corporales causados con ocasión del tránsito motorizado) o analógica (daños corporales producidos fuera del tránsito

legal es el resultado de una extraña simbiosis de elementos mal avenidos: la cultura europea continental (concretamente, latina) relativa a la valoración del daño corporal y la ausencia de cultura española sobre tal materia, aunque con la importantísima afirmación virtual de la superioridad axiológica de la perjudicialidad personal y el des-aprecio de la perjudicialidad patrimonial del lucro cesante. Por otra parte, el sistema legal importa categorías desfasadas de aquella cultura (la tasación semiabstracta en que consiste el factor de corrección por perjuicios económicos) y, a su vez, respecto de algunas materias (construcción de la tabla I), se atuvo a una realidad social (estabilidad del matrimonio) que ya no existía al tiempo de su elaboración y que corresponde a la mentalidad de la época en que se produjo la jurisprudencia que se ponderó para conformar los diversos grupos de perjudicados por causa de muerte. Como ha escrito con certero diagnóstico Eduardo URBANO CASTRILLO, “una de las asignaturas peor cursadas por los órganos judiciales y, en general, por los juristas del foro, es la de [la cuantificación de] las responsabilidades civiles”; y añade que ello se debe sin duda a que “su dificultad intrínseca se compadece mal con la poca atención que, en general, se le viene prestando” (*Comentario STS [Sala 2ª]* de 11 de febrero de 2005, Sepín Penal, núm. 15, 2005, mayo-jun., SP/DOCT/2468, p. 82).

El excelente administrativista Juan-Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (con texto base de Paloma BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ) decía en 1989 (AAVV, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, dir. Juan-Alfonso SANTAMARÍA PASTOR y Luciano PAREJO ALFONSO, Cera, Madrid, 1989, p. 706) que, en relación con la determinación del importe de las indemnizaciones, era prácticamente imposible encontrar en la jurisprudencia algún tipo de regla general y que su muy intenso casuismo impedía extraer criterios orientadores del “sentir” [verbo acertado, porque, de captarse algo, es el sentimiento judicial; y no el *logos* o razón de las concretas respuestas resarcitorias] del TS, siendo irreductible la diversidad de sus pronunciamientos. Naturalmente, el referido autor se refería a la jurisprudencia contencioso-administrativa, pero su apreciación es igualmente predicable de la civil y la penal. En todo caso, debe registrarse que, precisamente después de haberse escrito la obra mencionada, la Sala Contencioso-Administrativa del TS empezó a sentar las bases para una cierta construcción de criterios atinentes a la reparación del daño y, en particular, del daño corporal y de sus consecuencias perjudiciales, con extensión de esa construcción a los daños ligados a los ataques a los bienes extracorpóreos de la personalidad (particularmente, la libertad), de modo que esta nueva jurisprudencia me ha permitido hablar de la “labor semiejemplar de la jurisdicción contencioso-administrativa” (*La valoración civil...*, cit., t. I, *Los fundamentos*, cit., pp. 225-236).

⁸ Lo mismo sucede con el lucro cesante causado por la lesión permanente laboralmente impeditiva. Por eso, porque no se resarce el lucro cesante causado por la muerte o por la lesión permanente impeditiva, al ocuparme de esta materia en el “X Congreso Extremeño de Derecho de la Circulación, Responsabilidad Civil y Seguro”, del I. Colegio de Abogados de Cáceres (2005, mayo) y en las “II Jornadas de Derecho de la Circulación”, del I. Colegio de Abogados de Sevilla, con Enfoque XXI (2005, jun.), completé verbalmente el título de mi ponencia diciendo que se trataba de hablar del “tren que se espera y no llega”, es decir, del tren que, hoy por hoy, por la espera, desespera. Después de bastantes años de estudio, se llega a la conclusión de que los avances y hallazgos relativos a la responsabilidad civil llegan en España siempre con retraso, aunque siempre llegan. Mi modesto papel como jurista es en este caso, tratar de acelerar la velocidad del tren del lucro cesante como concepto dañoso resarcible, para disminuir la demora, pues, de cualquier forma, llegará, estándose ante un indefectible porvenir.

motorizado)⁹, sin que, en mi concepto, pueda prescindirse olímpicamente de él¹⁰.

En todo caso, las propuestas alumbradas aquí se formulan *de iure condito* y no de *lege ferenda*, de modo que trato de definir, no cómo debe ser en este punto el Derecho positivo, sino cómo es, en mi concepto¹¹, aunque se trate de una visión que, hoy por hoy, tras los diez

⁹ En mi opinión, como ya he apuntado, el sistema ha de utilizarse para valorar cualquier daño corporal ajeno al tránsito motorizado; e, incluso, para valorar los daños corporales causados dolosamente, aunque en este caso las partidas correspondientes a los perjuicios personales (que no las de los patrimoniales) han de sufrir un incremento, determinado mediante un arbitrio judicial razonado, en atención a lo que he llamado la superior entidad del vilipendio, lo que conllevará ponderar el *plus* del perjuicio personal causado por el daño corporal intencionado. La realización del daño doloso encierra una dosis de perversidad tal que genera en quien lo sufre un perjuicio moral de mayor relevancia, por lo que la correcta doctrina es que el perjuicio fisiológico se valore con un criterio igualitario, con independencia de que haya sido causado por una actuación dolosa o culposa, pero que el perjuicio moral causado por la actuación dolosa merece una indemnización mayor. Sobre la valoración del daño corporal doloso, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 1, *Las reglas generales del sistema*, 1999, pp. 63-86. Aceptado el sistema por la Sala 2ª del TS como instrumento orientador para supuestos ajenos al tránsito motorizado (SS de 12 de abril de 2002; 24 de septiembre de 2002; y 15 de noviembre de 2002), también ha asumido el criterio de que el daño corporal doloso debe ser objeto del correspondiente incremento, aunque sin la matización señalada (SS de 23 de enero de 2002; 4 de noviembre de 2003; y 17 de febrero de 2005); y falta esta matización porque los perjuicios que verdaderamente resarce son los morales, sin que pondere en absoluto, de forma mínimamente técnica, los patrimoniales del lucro cesante.

Para un estudio de la STS (Sala 2ª) de 4 de noviembre de 2003 (Pte. Ilmo. Sr. Colmenero Menéndez de Luarca), me remito a *El tratamiento resarcitorio del perjuicio estético. Apostillas a la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2003. El caso de una joven agredida con ácido sulfúrico*, Práctica Derecho de Daños, núm. 22, 2004, dic., pp. 6-22. Es digna, a su vez, de un particular estudio la de 17 de febrero de 2005 (Pte. Sr. Giménez García) que, partiendo de aceptar el carácter orientativo del sistema legal, se atiene correctamente a la tesis del incremento para valorar el daño doloso, pero lo hace compatible con adscribirse, *aniliter dictum*, al lamentable y tradicional principio de la globalidad, sin discriminar la perjudicialidad personal y la perjudicialidad patrimonial y sin advertir, por tanto, que la segunda no contiene aumento alguno, sino el resarcimiento del perjuicio en la extensión realmente padecida y objetivamente mensurado en estrictos términos económicos.

El inciso segundo del párrafo (2) del art. 10:301, referente al “daño no patrimonial”, de los denominados “Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil”, de los que me ocupé después (apartado 2.5), establece que “*El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo*”; fórmula que, sin referirse específicamente al daño doloso, sirve para justificar que el daño corporal doloso se valore en una cantidad superior a la del daño culposo o del puramente accidental. Adviértase que tal previsión corresponde al “daño no patrimonial”, sin que haya una previsión similar en relación con el “daño patrimonial”. A su vez, debe tenerse en cuenta que previamente el párrafo (5) del art. 2:102, referente a los “intereses protegidos”, dispone que “*El alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal manera que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más amplia que en los demás casos*”.

En contraste con las pocas SS de las Salas 1ª y 2ª del TS que invocan de forma positiva al sistema legal de valoración, la 3ª ofrece un amplio abanico de resoluciones en las que se utiliza el sistema, según se dice, con un carácter orientativo y analógico (lo que supone manejar la analogía en un sentido vulgar y no técnico), conformando un modesto (aunque, con frecuencia, desviado) comienzo de doctrina sobre el daño corporal, siendo de citar las de la Secc. 6ª, de 17 de abril de 1997 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos; Ar. 2691), 5 de junio de 1997 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos; Ar. 5945), 16 de diciembre de 1997 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos; Ar. 9422), 21 de abril de 1998 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos; Ar. 4045), 13 de octubre de 1998 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos; Ar. 7820), 20 de febrero de 1999 (Pte. Excmo. Sr. Peces Morate; Ar. 3146), 4 de mayo de 1999 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos; Ar. 4910), 1 de junio de 1999 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos; Ar. 5637), 28 de junio de 1999 (Pte. Excmo. Sr. González Navarro; Ar. 6330), 4 de octubre de 1999 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos; Ar. 8539), 30 de octubre de 1999 (Pte. Excmo. Sr. Peces Morate; Ar. 9567), 27 de diciembre de 1999 (Pte. Excmo. Sr. Peces Morate; Ar. 10072), 4 de abril de 2000 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos; Ar. 3258), 30 de octubre de 2000 (Pte. Excmo. Sr. González Navarro; Ar. 9116), 7 de julio de 2001 (Pte. Excmo. Sr. Peces Morate; Ar. 8003), 27 de septiembre de 2001 (Pte. Excmo. Sr. Álvarez-Cienfuegos Suárez; Ar. 8045), 3 de diciembre de 2002 (Pte. Excmo. Sr. Puente Prieto; Ar. 2003/293), 10

años de vigencia del sistema y por razones perfectamente identificables¹², no se sostenga mayoritariamente¹³. Por eso, no describo simplemente lo que dice y hace al respecto la jurisprudencia, sino que digo a los jueces lo que tienen que decir y, además, hacer, porque puede y debe hacerlo, a la luz del Derecho que ha de interpretar¹⁴. Trato, en definitiva, de anticipar lo que, a la postre, terminará la jurisprudencia por decir¹⁵, aunque sea después de asimilar tardíamente las aportaciones de la cultura europea, como siempre ha sucedido en la materia de la

de diciembre de 2002 (Pte. Excmo. Sr. González Navarro; Ar. 2003/32), 1 de febrero de 2003 (Pte. Excmo. Sr. Peces Morate; Ar. 2358), 14 de abril de 2003 (Pte. Excmo. Sr. Lecumberri Martí; Ar. 3971), 22 de septiembre de 2003 (Pte. Excmo. Sr. González Navarro; Ar. 8909), 7 de octubre de 2003 (Pte. Excmo. Sr. Martínez-Vares García; Ar. 8228), 17 de noviembre de 2003 (Pte. Excmo. Sr. González Navarro; Ar. 664), 23 de abril de 2004 (Pte. Excmo. Sr. Martínez-Vares García; Ar. 3913), 2 de julio de 2004 (Pte. Excmo. Sr. Martínez-Vares García; Ar. 6035), 12 de julio de 2004 (Pte. Excmo. Sr. González Navarro; Ar. 4236), y 28 de septiembre de 2004 (Pte. Excmo. Sr. Martínez-Vares García; Ar. 5978); así como la de la Secc. 1ª de 22 de octubre de 2004 (Pte. Excma. Sra. Robles Fernández; Ar. 6583).

Del examen de las SS que, referentes a supuestos de responsabilidad civil ajenos al tránsito motorizado, invocan la utilización orientativa del sistema de valoración, se desprende que hay una cierta tendencia a convertir esa mención en mera cláusula de estilo, con trivialización de su uso, banalización del tema y vanificación de la referencia, comprobándose que, unas veces, no se maneja simplemente y que, en otras ocasiones, se maneja defectuosamente. Lo cierto es que, para poder utilizarlo, es imprescindible conocerlo, asumirlo y comprenderlo, captando que se acomoda a la teoría del doble trípode de circunstancias de índole dañosa; y sólo después se está en condiciones de apreciar si la respuesta resarcitoria que exija un caso concreto es distinta a la que deriva de la regulación tabular, porque haya de ponderarse algún perjuicio excepcional. Como ejemplo bastante sorprendente de lo que es la invocación orientativa del sistema como referencia literaria desconectada de la valoración que se realiza, es de mencionar la STSJ de Valencia (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 2ª) de 10 de junio de 2005 (Pte. Excmo. Sr. Martínez-Arenas Santos) que, inserta en un extraño calvinismo jurídico, cuantifica los daños y perjuicios sufridos por el paciente de un centro hospitalario público que, con ocasión de una intervención quirúrgica para la colocación de una prótesis de cadera, resultó con una parálisis del nervio ciático común derecho, determinante de una incapacidad laboral permanente de alcance total y a cuyo lesionado se le resarcó en pleno el lucro cesante causado por su discapacidad laboral, por cuantía de 16.636,88 €; suma que resulta de obtener la diferencia entre el sueldo anual que el lesionado tenía en la fecha del hecho, ascendente a 1.440.000,- Ptas., y el importe reconocido en concepto de pensión por la incapacidad permanente total, ascendente a 747.964,- Ptas., lo que suponía una pérdida de 692.036,- Ptas., equivalentes a 4.159,22 €, por lo que, teniendo el lesionado 61 años, se calcula el lucro cesante mediante la multiplicación de la pérdida anual por los 4 años que le restaban hasta la jubilación, alcanzándose así la cantidad señalada. Fijada la indemnización por los perjuicios económicos, los restantes perjuicios, es decir, los personales, se valoran en 3.363,12 €, en concepto de secuelas. Para verificar el disparate valorativo, baste señalar que, correspondiendo en la fecha de la operación (10 de mayo de 2000) de 40 a 45 puntos a la secuela señalada, la adjudicación de la puntuación mínima (única en la actualidad, tras la Reforma de 2003) se traduciría en un valor del punto de 1.049,38 €, lo que supondría una indemnización básica de 41.975,2 €, que, a su vez, tendría que ser objeto de la correspondiente actualización de cuantías a la fecha del enjuiciamiento. Por otra parte, tendrían que valorarse los perjuicios personales ligados al efecto impeditivo de esa secuela, como concepto dañoso que, no incluido en la indemnización básica, se diferencia completamente del lucro cesante causado por la discapacidad laboral; pero la Sala, demostrando ignorar la consistencia resarcitoria del factor corrector de la incapacidad permanente, declara expresamente que la suma reconocida por el lucro cesante ligado a las lesiones engloba ya la incapacidad permanente, con lo que, en definitiva, deja de resarcir aquellos perjuicios personales.

De todas formas, debe registrarse que las mejores SSTS sobre el sistema legal valorativo, aunque constituyen la expresión de aciertos aislados, proceden de la Sala 2ª, siendo de citar, en particular, la de 11 de octubre de 2001 (Pte. Excmo. Sr. Saavedra Ruiz), referente a la valoración del perjuicio estético, y la de 4 de noviembre de 2003 (Pte. Excmo. Sr. Colmenero Menéndez de Luarca), referente a la necesidad de que se justifique el importe de la indemnización que, fuera del tránsito motorizado, se aparte de la fijada en el sistema valorativo; con lo que las que considero SS más valiosas se han producido respecto de daños corporales ajenos a su propio ámbito material. Con todo, el estudio de la jurisprudencia del TS arroja todavía un saldo negativo. Naturalmente, aunque también con carácter aislado, las SS de más calidad sobre la materia proceden de la jurisprudencia provincial.

responsabilidad civil¹⁶.

Naturalmente, y respecto de ese concreto concepto perjudicial, el defectuoso funcionamiento del sistema ha de ponerse en conexión con el defectuoso funcionamiento de la disciplina común de la responsabilidad civil, integrada por las normas básicas del Código civil y del Código penal; y, en este sentido –reitero lo apuntado ya–, la razón profunda por la que el

¹⁰ Prescinde olímpicamente del sistema legal valorativo la STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 15 de marzo de 2005 (Pte. Excmo. Sr. Martínez-Vares García) que, con referencia al día 28 de octubre de 1986, valora en 60.101,21 € (10.000.000,- Ptas.) los perjuicios morales padecidos por la madre de un niño de 2 años que murió por la actuación pirómana de un niño sicótico de 12, sin que se proporcione dato alguno acreditativo de que tal suma corresponda en dicha fecha al valor “jurisprudencial” de tales perjuicios. Téngase en cuenta que 10.000.000,- Ptas. es la suma que se adjudicaba en 1995 a los padres por la muerte de un hijo, según la redacción originaria del grupo IV de la tabla I del sistema legal valorativo.

¹¹ Se trata, pues, de una definición de Derecho *in facto esse* y no de Derecho *in fieri*, pese a que, hoy por hoy, ni siquiera se apunte de forma inmediata como aceptable la segunda perspectiva. No puede dejar de resaltarse que, con cierta frecuencia, la doctrina se abstiene de proponer algunas interpretaciones de los textos legales, para no ser acusada de apartarse del Derecho positivo; y que, cuando esas interpretaciones son explicitadas por la jurisprudencia, la doctrina las acoge sin reservas. De esta forma, lo que se rechazaría como ideal se acepta como real.

¹² El desprecio o falta de aprecio de la cultura valorativa del daño corporal; la comodidad del expediente de la globalidad valorativa; la marginación tradicional de la motivación, bendecida permanentemente por el TS y sin haber impuesto su exigencia de forma cumplida el TC (la excelente STC de 13 de junio de 1986 [Pte. Excmo. Sr. Leguina Villa], parece corresponder, más que a un profundo concepto colegial, a la lucidez aislada de un concreto magistrado, según se desprende de su contraste con la STC de 6 de febrero de 1998 [Pte. Excmo. Sr. Cruz Villalón]); el mantenimiento del dogma de la soberanía judicial valorativa, sin que el *arbitrium bonorum virorum* haya generado medidas razonables de autolimitación, en singular contraste con lo realizado al respecto desde hace más de veinte años por la magistratura italiana; el desconocimiento de la literatura latina (francesa e italiana) atinente a la valoración del daño corporal; la falta de estudio del sistema legal y, por tanto, de la captación de su “lógica” fundamental, así como de sus concretos presupuestos; y, de forma específica, la falta secular de estima del lucro cesante ligado al daño corporal.

¹³ Lo cierto es que, en general, la jurisdicción ha renunciado a interpretar de forma cabal el sistema legal valorativo, inclinándose casi siempre de forma acrítica por unas interpretaciones literalistas que se aceptan aunque sus resultados sean absurdos y, desde luego, manifiestamente inicuos, sin captarse que dicho sistema está puesto al servicio del principio de total indemnidad, según proclama de forma expresa, como criterio normativo, el precepto del inciso segundo de la regla general 7ª de su primer apartado. Sorprendentemente, el predominio de la jurisdicción ha pasado sin solución de continuidad de aceptar el “sedicioso, provocador y subversivo” *obiter dictum* de la STC (Sala 1ª) de 26 de marzo de 1997 (Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS *dicunt: Bodas de plata de la Constitución Española y veinticinco años de Derecho civil español. Algunas reflexiones (muchas de ellas, sombrías)*, en AAVV, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, cit., p. 5074) al más descarnado literalismo propio de un espurnable positivismo legalista.

¹⁴ Sin esperar a que el sistema sea reformado.

¹⁵ El día en que las cuestiones valorativas se encaren con seriedad técnica, la jurisprudencia dejará de ser, como lo es todavía en este punto, un producto social errático; expresión permanente de su falta de razón, insisto, en esta concreta materia.

¹⁶ Por eso, aunque considero estrictamente innecesario reformar el sistema legal valorativo, la comprobación de que no se han sabido aprovechar sus cabales interpretaciones me lleva a proponer, como altísimamente conveniente, una transformación en profundidad de su regulación, manteniendo su estructura, pero recalando de forma machacona la efectividad de los principios normativos en que se inspira. Sobre tal propuesta, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 2, *Las consecuencias patrimoniales. El lucro cesante. Propuestas generales de “lege ferenda”*, 2000, pp. 431-444; *Tratamiento resarcitorio de las secuelas temporales y de los días empleados para la rehabilitación del lesionado. A propósito de la STC 112/2003, de 16 de junio. La conveniencia de una reforma legal estrictamente innecesaria*, en AAVV, *Ponencias 3º Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Salamanca. Noviembre 2003*, Grupo Edit. Universitario, Granada, 2003, pp. 49-61; y *Propuesta de modificación legal del sistema legal valorativo*, en AAVV, *Ponencias 4º Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y*

lucrum cessans ex morte deja de resarcirse, cuando se aplica la regulación concreta de que trato, estriba en que tampoco se compensa de forma cabal en los casos en que el hecho letal se ha producido por causa ajena al tránsito motorizado, de acuerdo con lo que ha sido en nuestro país –y, en gran medida, sigue siendo– la valoración tradicional de los daños y perjuicios.

Por eso, el presente estudio debe ir precedido de una serie de reflexiones sobre el concepto perjudicial en que consiste el lucro cesante, respondiendo a una serie sucesiva de preguntas que es necesario formular, para comprobar que es tema ajeno a nuestra cultura valorativa y para reaccionar frente a tal desinterés¹⁷.

Seguro. Pontevedra. Noviembre 2004, Grupo Edit. Universitario, Granada, 2004, pp. 17-32.

¹⁷ Resulta llamativo que no exista en nuestro país una monografía dedicada al concepto y tratamiento resarcitorio del lucro cesante, en general; ni tampoco sobre el lucro cesante derivado del daño corporal. Es materia que reclama desde hace años alguna tesis doctoral que sirva de norte para encararla con entereza. Lo cierto es que tampoco es fácil encontrar monografía alguna en el extranjero sobre la materia (en Francia hay la tesis doctoral, no publicada, de Martine BOURRIÉ-QUENILLET, *L'indemnisation des proches d'une victime décédée accidentellement. Étude d'informatique juridique*, Montpellier, 1983), aunque la diferencia que existe entre el Derecho de los países de nuestro entorno y el Derecho español es que aquéllos proporcionan un resarcimiento más o menos cumplido (aunque sus soluciones no merecen supremas albricias), mientras que el nuestro, por lo común, se caracteriza por su ausencia. De todas formas, son muchos los comentarios y notas jurisprudenciales que sobre esa materia se han producido y se siguen produciendo en los países europeos de nuestro ámbito cultural.

En cuanto a bibliografía italiana, pueden consultarse los estudios incluidos en AAVV, *Danno emergente. Lucro cessante. La riduzione della capacità lavorativa: opinioni a confronto per un problema di attualità*, dir. Giovanni CANNAVÒ, Acomep, Pisa, 1997, y, en concreto, Rodolfo BERTI, *Lucro cessante e danno biologico: ipotesi residuale?*, pp. 159-187; Franco BILE, *Possibili criteri di liquidazione del danno da compromissione del reddito*, pp. 269-280; Massimo CAMPIGLIA y Giancarlo MALONI, *Orientamenti per la valutazione del danno alla capacità specifica*, pp. 31-39; Carlo di GIACOMO, *Il danno da lucro cessante e l'evoluzione dei criteri risarcitori attraverso gli orientamenti della giurisprudenza*, pp. 125-142; Riccardo del GIUDICE, *I fondamenti giuridici italiani in tema di danno emergente e lucro cessante*, pp. 351-366; Ugo dal LAGO, *Il danno biologico non deve inglobare tutto*, pp. 143-157; Antonio NANNIPIERI, *Il concetto di capacità produttiva nel nuovo sistema di risarcimento del danno alla persona*, pp. 191-216; Gian-Aristide NORELLI, *Spunti dottrinari in tema di riduzione della capacità lavorativa specifica*, pp. 23-29; y Marco ROSSETTI, *Liquidazione del danno patrimoniale conseguente a lesione della salute*, pp. 217-268. También Augusto BALDASSARI, *Il danno patrimoniale*, Cedam, Padova, 2001, *passim*; Marco BONA y Pier-Giuseppe MONATERI, *Il danno alla persona*, Cedam, Padova, 1998, pp. 211-249; Massimo FRANZONI, *La liquidazione del danno alla persona*, Cedam, Padova, 1990, pp. 12-98; Massimo FRANZONI, *Il danno alla persona*, Cedam, Padova, 1995, pp. 27-127, 415-498; Massimo FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 175-209; Valentina di GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, Cedam, Padova, 1999, pp. 233-265, 284-321; Alessandro GRAZIANI, *Appunti sul lucro cessante*, Annali Istituto Giuridico Università Perugia, 1923/1924, pp. 247-300; Maria-Gabriella LUCCIOLI, *Brevi note in tema di risarcimento del danno patrimoniale per la morte di un congiunto*, Mass. Casazione Penale, 1981, pp. 850 ss.; Domenico STEFANI, *Il risarcimento del danno da uccisione*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1994, pp. 331-529; Luigi VIOLA, *Danni derivanti da morte*, Hallei, Macerata, 2005; Luigi VIOLA, *Il danno futuro da uccisione*, R. electr., www.filodiritto.com, 2005.

Respecto de la doctrina española, dejo constancia de que hace unos años el constitucionalista Francisco RUBIO LLORENTE afirmó de que es abrumadora la bibliografía existente sobre el lucro cesante y su cuantificación (*Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995*, periódico La Ley, núm. 4227, de 12-02-97, p. 3); afirmación realizada sin la más mínima invocación demostrativa, como si la abundancia a la que se refería de forma intuitiva le liberara de demostrar su aserto, cuando lo cierto es que éste no puede en absoluto ir referido a la doctrina española y, muy dudosamente, a la extranjera, porque si algo caracteriza a la bibliografía sobre este tema es precisamente que no es nada abrumadora.

Expresivo del desinterés doctrinal que hay en España respecto al tratamiento resarcitorio del lucro cesante es que José BONET CORREA en la bibliografía que acompaña al art. 1106 C.c. (*Código civil, con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, Civitas, Madrid, t. 4, 1990, pp. 143-144), de las sesenta publicaciones que reseña, hay

Pero es menester que expliquemos esto más detalladamente. Y en primer lugar... conviene recordar que el homicida tiene obligación de reparar el daño causado... Por tanto..., si el muerto sostenía a su familia con su trabajo..., el asesino está obligado a compensar este daño, procurando sostener a la misma familia. Puesto que privó de sostenimiento a la viuda y a sus hijos huérfanos, devuélvales lo que les quitó (Domingo de SOTO)

2.- El resarcimiento del lucro cesante, en general; y el del causado por la muerte, en particular

2.1.- El lucro cesante como concepto dañoso y su básica problemática

De cuanto expongo a continuación se deduce, como se verá, que adopto una postura fuertemente crítica frente al tratamiento tradicional del lucro cesante en nuestra práctica judicial, con particular incidencia cuando deriva del daño corporal y, de forma específica, cuando deriva de la muerte, habida cuenta que desde hace ya bastantes lustros desaparecieron las razones sociales (nunca confesadas por la jurisprudencia) que podían justificar y que, desde luego, explicaban, la deficiencia e insuficiencia de la respuesta resarcitoria, de tal manera que, por una especie de conservación de los reflejos mentales creados por una situación vetusta, se ha

doce dedicadas al daño moral (al que, desde luego, no se refiere este precepto) y, aparte un comentario jurisprudencial relativo al valorismo en que se menciona el lucro cesante contractual, sólo incluye un pequeño estudio relativo al daño emergente y al lucro cesante, dándose la circunstancias de que, aunque publicado en España, es de un autor argentino.

De todas formas, cuando se estudia en España el resarcimiento por causa de muerte, el tópico doctrinal se centra en la determinación de las titularidades del crédito resarcitorio y en el resarcimiento por los perjuicios personales o morales causados por la muerte (el “doloroso vacío”; el daño existencial, según el acuñamiento de la escuela triestina), pero no es objeto de particular consideración el estudio de los perjuicios económicos producidos. En cambio, en países como Francia o Italia se estudia separadamente el resarcimiento de uno y otro tipo de perjuicio, sin que quede abandonado, desde luego, el resarcimiento del perjuicio económico que en los países germánicos y anglosajones se ha considerado siempre prioritario, cuando no exclusivo y excluyente. Como ejemplo, puede citarse el tercer tomo de la obra sobre responsabilidad civil de Geneviève VINEY (*Les effets de la responsabilité*, 2ª ed., LGDJ, Paris, 2001), en el que se dedican doce muy precisas páginas al resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte, debidas a la pluma de Patrice JOURDAINE (apartados 135-141, pp. 247-259), definiéndolo como la pérdida del sostén financiero que la víctima proporcionaba a sus parientes próximos. En estas páginas, se resalta, con el clásico chovinismo (carente con frecuencia de fundamento), que la jurisprudencia francesa es mucho más generosa que la de la mayor parte de los demás países (ap. 135, p. 247), planteándose si la indemnización se ha de adjudicar al cónyuge viudo como reparación de un perjuicio familiar global, o si se ha de adjudicar separadamente la indemnización al cónyuge viudo y a los diversos hijos del matrimonio, optándose por proscribir la vieja técnica de la globalidad (ap. 136, p. 249); haciendo referencia a las diversas cuotas computables para fijar la indemnización a favor de los diversos familiares supervivientes (ap. 139, p. 253); y abordando algunas otras cuestiones de interés específico.

Tan poco atractivo resulta el tema en nuestro país que, hace cierto tiempo, un insigne catedrático de Derecho civil me decía que había aconsejado a una alumna suya la elaboración de una tesis doctoral sobre el lucro cesante causado por la muerte, pero que ella había renunciado a abordarla, con el argumento (más o menos) de que se trata de un tema muy casuístico y carente de interés científico doctrinal, respecto del que el saber universitario tiene poco que decir. Lo que sucede es que hay poco que copiar, de modo que tendría que construirse, sin poderse reducir la tesis a un centón de ideas ajenas, por no poder simplemente hallarlas en nuestro país y no servir, desde luego, la jurisprudencia. Tendría que ser una tesis deontológica, sin limitarse a describir la pobreza casuística del quehacer judicial.

esclerotizado el criterio de no resarcir el lucro cesante.

Pero las presentes notas no se detienen en esa crítica negativa, sino que está acompañadas de un intento de construcción, tratando de penetrar con propuestas de solución en un campo que, naturalmente, nadie puede pretender que sea sencillo, pero sin que la dificultad pueda convertirse en pretexto para afirmar, según es sólito, una imposibilidad que se pondría al servicio de la comodidad confiscatoria¹⁸; intento que se pone al servicio equilibrado de evitar los bandazos valorativos, pues, en esta materia, como en tantas otras, hay el riesgo de que se pase de la preterición del resarcimiento del lucro cesante a su sobrecompensación, con reconocimiento de cantidades estrictamente enriquecedoras, según se detecta en los pocos casos en que se pretende resarcir con entereza el lucro cesante causado por la muerte.

Por eso, formulo una serie de propuestas relativas, unas a la apreciación de la existencia del lucro cesante causado por la muerte, y otras, a su concreta medición cuantitativa, bajo el entendimiento de que, si son objeto de una crítica repulsiva, lo procedente es formular propuestas que, dotadas de más razón las sustituyan.

La idea toral es que podrá no saberse con precisión cómo tiene que repararse el lucro cesante causado por la muerte, en cuanto a la concreción y manejo de los parámetros a los que hay que acudir; pero, desde luego, se sabe que nuestra jurisprudencia, bajo el supuesto manto equitativo, no lo repara o, al menos, no demuestra que lo haga.

¹⁸ En 1989, Ángel-Fernando PANTALEÓN PRIETO denunciaba que, al fijarse judicialmente las indemnizaciones por causa de muerte, no se separaban las cuantías correspondientes a los daños morales y a los daños patrimoniales, sin que se concretaran tampoco los criterios utilizados para cuantificar los segundos [y, naturalmente, tampoco los utilizados para cuantificar los primeros]; y, a tal efecto, se preguntaba si, partiendo de los ingresos anuales de la víctima, se tendría que descontar la cantidad que ella hubiera gastado para sí y también si tendría que computarse la cantidad que hubiera ahorrado; e igualmente se preguntaba por el momento en que habría de entenderse que un padre habría dejado de mantener económicamente a sus hijos. Formuladas tales preguntas, tras criticar la técnica judicial de la globalidad, lo curioso es que no sólo se abstenía de contestarlas, sino que apuntaba la imposibilidad de su contestación, pues decía que seguramente no puede acudirse a otro criterio que al del “ojo de buen cubero” del juzgador, aunque posteriormente criticaba la técnica valorativa del “olfato” judicial (*La indemnización en caso de lesiones o de muerte*, Anuario Derecho civil, 1989/2, pp. 643 y 651). Lo cierto es que la doctrina no tiene que limitarse a criticar lo que la jurisdicción hace mal, sino que tiene que decir a la jurisdicción lo que tiene que hacer para hacerlo bien. Es verdad que, para construir un nuevo edificio, tiene previamente que destruirse el viejo, pero esta destrucción constituye sólo un imprescindible punto de partida y no se culmina la labor si no se acomete la labor constructiva.

Por otra parte, es de advertir que el tratamiento resarcitorio del lucro cesante causado por la muerte no entró tampoco en la preocupación de dicho autor cuando unos años antes elaboró su *Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte* (Anuario Derecho civil, 1983, pp. 1567-1585).

La clave es que los operadores jurídicos y, en definitiva, los jueces, se pongan de acuerdo en la consistencia de la regularidad de las cosas para, a partir de ahí, determinar los concretos parámetros con los que efectuar el cálculo del lucro cesante causado por la muerte a los diversos familiares del fallecido; y, como veremos en su momento, un elemento capital es la determinación de la duración presumida de ese provecho frustrado, pues, hoy resulta marcada por la inestabilidad o falta de permanencia de las uniones conyugales, de modo que, por ningún concepto, puede hoy suponerse razonablemente que el lucro cesante sufrido por un cónyuge viudo se extiende en el tiempo a todo el período durante el que su consorte habría de haber obtenido ingresos económicos, pues no puede desconocerse la normalidad social del fenómeno patológico de la separación legal y del divorcio.

¿Qué es el lucro cesante? ¿Cuál es el lucro cesante derivado de un daño corporal? ¿Cómo y cuándo se produce? ¿Cómo ha de apreciarse su existencia? ¿Cómo ha de calcularse su montante? ¿Cómo se ha reparado tradicionalmente en nuestro país, a la luz de la disciplina común de la responsabilidad civil? ¿Cómo se repara en la actualidad? ¿Cómo se repara en los países de nuestro entorno cultural? ¿Cuál es el nivel de probabilidad exigible para que se afirme su certeza? ¿Qué parámetros deben manejarse para calcularlo cuando es de futuro? ¿Es válido el método matemático-actuarial o ha de acudirse al equitativo en exclusiva? ¿Se trata, en su caso, de métodos compatibles, por ser complementarios? ¿Es jurídicamente correcto que las dificultades para la apreciación del importe del lucro cesante se traduzcan en negar radicalmente la prueba de su existencia? ¿Es correcto confundir así la cuestión del *quantum* y la cuestión del *an*? Y, después de tantos años de experiencia refractaria¹⁹: ¿Es posible, conveniente o necesaria la construcción de modelos con los que facilitar el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte o por la lesión permanente laboralmente impeditiva? Sentado que se adopten estos modelos, ¿Cuál ha de ser su valor jurídico? ¿Se ha de baremar el lucro cesante mediante reglas

¹⁹ Naturalmente, me referiré a ella después de forma cumplida como telón de fondo del presente estudio. Téngase en cuenta que, en mi concepto, el resarcimiento del lucro cesante causado por el daño corporal constituye en España una de las muchas asignaturas pendientes en relación con la reparación integral del daño; y sigue pendiente tanto cuando se utiliza el sistema legal valorativo, como cuando se aplica la disciplina común de la responsabilidad civil. De esta cuestión me he ocupado en *La valoración civil...*, cit., t. I, *Los fundamentos*, cit., y t. III, vol. 2, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit.; en diversos artículos dedicados al comentario de algunas sentencias; y también en *El tratamiento del lucro cesante en el sistema de la Ley 30/1994. La posibilidad de su efectiva reparación y la práctica judicial*, en AAVV, *Valoración judicial de daños y perjuicios*, dir. Jesús Fernández Entralgo, Cuadernos Derecho judicial, Consejo General Poder Judicial, Madrid 1999, pp. 487-591.

de estricta tasación? ¿Hay vías intermedias entre la rigidez de los puros baremos legales y la suprema elasticidad de la discrecionalidad judicial? ¿Es compatible la razón práctica con esos dos extremos? ¿Cabem baremos o reglas de tasación²⁰ puestas al servicio de garantizar el resarcimiento y no al servicio de su confiscación o decomiso? Pero, en tanto falte estos baremos o reglas de facilitación valorativa: ¿Cómo se ha de resarcir el lucro cesante causado por la muerte?

De todas estas preguntas, la primera se contesta, en principio, fácilmente, diciendo que lucro cesante es, según sabemos, la ganancia (ventaja o utilidad económica) dejada de obtener a la que se refiere el art. 1106 C.c.²¹, única norma que nuestro ordenamiento civil codificado le dedica con un carácter general. A la segunda pregunta también se contesta, en principio, de forma bastante sencilla, diciendo que el lucro cesante derivado del daño corporal es la ganancia o ventaja económica que deja de conseguirse como secuencia de un daño corporal. Las siguientes preguntas se irán contestando a lo largo del presente texto; y con ellas empieza la complicación.

²⁰ Veremos así algo tan elemental como normalmente desconocido: que lo tasativo no tiene en absoluto que ser necesariamente taxativo; mejor dicho, que, para ser jurídicamente serios en esta materia, lo tasativo no puede ser absolutamente taxativo.

²¹ Precepto que se corresponde con el art. 1149 del *Code* y al que literariamente mejora. El precedente de dicho precepto está constituido por el art. 1015 del Anteproyecto de Código civil de 1851, del siguiente tenor: “*Se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor*”. Al referirse a la propuesta de este precepto, Florencio-Francisco GARCÍA-GOYENA OROBIA decía (*Concordancia, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1852 al cuidado de José-Luis Lacruz Berdejo, Zaragoza, 1973, p. 543) que los conceptos recogidos en él equivalen a lo que “vulgarmente” (?) se entiende por daño emergente y por lucro cesante, afirmando que se corresponden con lo que *Las Partidas* denominan, respectivamente, “daños” y “menoscabos”. Lo cierto es que el texto alfonsino no recoge los conceptos de daño emergente y de lucro cesante, que son de acuñamiento y elaboración doctrinal posterior; y no es de recibo que los “daños” se identifiquen con el daño emergente y los “menoscabos” con el lucro cesante, según resulta de la Partida 7, título 15, ley 1, donde daño es “empeoramiento o menoscabo o destruímiento”, señalándose expresamente que el menoscabo se produce cuando la cosa “se mengua por razón del daño que hacen en ella”. Se trata de una observación que ya hiciera Quintus-Mucius SCÆVOLA (*Código civil comentado y concordado extensamente*, Edit. Legislación Española, Madrid, 1902, coment. art. 1106, pp. 554-555), mientras que José-María MANRESA NAVARRO (*Comentarios al Código civil español*, 4ª ed., Reus, Madrid, 1929, nota 1 pie p. 93) aceptaba que dicho texto consagraba esa distinción con los conceptos de “daños” y “menoscabos”, diciendo que sus autores no estuvieron muy felices al utilizar las expresadas palabras. Aunque en el texto alfonsino hay otra ley que parece claramente tener su antecedente en el texto pauliano al que se hace referencia en la nota siguiente (Partida 4, título 6, ley 3), no es convincente considerar que los menoscabos que se mencionan correspondan verdaderamente a un lucro cesante.

El art. 1106 C.c. constituye un precepto que, como los que le preceden y le siguen, está inserto, según la mente del Legislador, dentro de una teoría normativa de la obligación contractual, aunque la doctrina y la jurisprudencia han expandido el sentido de tales preceptos para considerarlos constitutivos de la disciplina de la obligación en general. Pero, curiosamente, hay una cierta línea jurisprudencial de la Sala 1ª del TS, personificada en el magistrado y catedrático Xavier O’Callaghan Muñoz, consistente en sostener que el señalado precepto no es aplicable en el ámbito de las obligaciones extracontractuales, con lo que la diferenciación del daño emergente y el lucro cesante hay que extraerla del art. 1902 C.c. (STS de 5 de noviembre de 1998).

Opuestos los conceptos de daño emergente (*damnum emergens; quantum mihi abest*) y lucro cesante (*lucrum cessans; quantum lucrari potui*)²², el primero constituye un empobrecimiento patrimonial, mientras que el segundo constituye una falta de enriquecimiento o falta de crecimiento patrimonial; en el primero, la pérdida o detrimento consiste en algo que sale del patrimonio, mientras que en el segundo consiste en algo que deja de entrar en él; en un caso, hay riqueza perdida, algo que se va, y, en el otro, riqueza inconseguida, algo que no viene²³; en un caso, hay la disminución de una utilidad integrada de antemano en el patrimonio

²² Se trata de conceptos acuñados por los comentaristas del *Codex iuris civilis* (BARTOLO DE SASSOFERRATO, BALDO DE LOS UBALDOS), con base, fundamentalmente, en un texto del romano Julio PAULO, jurisconsulto caracterizado por la sencillez y precisión de sus definiciones: *si commissa est stipulatio, ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui* (*Digesto*, 46, 8, 13, *Comentarios al Edicto*, libro 75); lo que significa: si se cumplió la estipulación de que el principal había de ratificar la cosa, me corresponde cuanto me conviene, es decir, cuanto me falta y de cuanto he podido lucrarme. Si para hacerse referencia al daño emergente, se acude a la expresión pauliana de *quantum mihi abest*, ha de hablarse efectivamente de *quantum lucrari potui* para aludir al lucro cesante, pues son expresiones en las que el sujeto considerado es el perjudicado; pero, si queremos referirnos al perjudicado en tercera persona, hemos de decir *quantum sibi abest* y *quantum lucrari potuit*, respectivamente.

En todo caso, Ángel CRISTOBAL MONTES (*El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 249) pone en evidencia la clara estirpe romana del concepto del lucro cesante en relación con la responsabilidad civil extracontractual (*actio effusis vel deiectis*), al recoger un texto de GAYO (*Digesto*, 9, 3, 7) en el que se afirma que “cuando lo que se echó o derramó causare daño en el cuerpo de un hombre libre, el juez computará los honorarios pagados a los médicos y los demás gastos hechos en la curación y, además, el importe de los jornales de los que por tal motivo fue privado y de los que haya de ser privado en el caso de que haya quedado inútil” (*quum liberi hominis corpus est eo quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt; praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est*). Advértase que este texto contempla expresamente el resarcimiento del lucro cesante ligado al impedimento productivo causado tanto por la lesión, tanto temporal como permanente.

También es invocable una Constitución del emperador Flavio-Pedro JUSTINIANO (*De sententiis quae pro reo quod interest proferentur*), en la que se dispone que “mandamos que... en todos los contratos los intereses no excedan en manera alguna de la cantidad del duplo; pero que, en los demás casos, que parece que son inciertos, investiguen con su sutileza los jueces... para que se restituya el daño que en realidad se infiere... pues sabemos que es conforme a la naturaleza que se exijan solamente aquellas penas que se profieren con la competente moderación o que por las leyes se establecen encerradas en límites precisos; y eso lo comprende nuestra Constitución, no solamente respecto al daño, sino también en cuanto al lucro, porque también respecto a éste determinaron los antiguos el interés” (*Corpus iuris civilis*, 6, 48, 1). También hay el texto de Sexto-Cecilio AFRICANO, referente al incumplimiento del arrendamiento de un fundo (*Digestum*, 19, 2, 33; *Questiones*, L. 8).

Admitido el resarcimiento del lucro cesante ligado al daño extracontractual en los textos romanos, la pandentística alemana entendió que el criterio correcto era extender tal reparación también a los supuestos dañosos de incumplimiento contractual.

Curiosamente, Marco BONA y Pier-Giuseppe MONATERI (*Il danno alla persona*, cit., p. 212) dicen que el binomio daño emergente y lucro cesante constituye simplemente una endiada que no tiene otro sentido que el de su elegante formulación en lengua francesa (se supone que se diría lo mismo de la formulación en lengua española – pérdida sufrida y ganancia dejada de obtener–, a diferencia de la lengua italiana en donde la unión de los conceptos de *perdita subita* y *mancato guadagno* no constituye una combinación particularmente eufónica). Pero lo cierto es que su diferenciación está perfectamente justificada, aunque sólo sea desde la perspectiva del funcionamiento de la prueba de su certeza.

²³ La STS (Sala 1ª) de 7 de octubre de 1966 (Ar. 5266) dice que el daño emergente es un “daño positivo”, con lo que viene a apuntar que el lucro cesante es un “daño negativo”; positivo, el primero, por lo que tiene de positiva salida del patrimonio; y negativo, el segundo, por lo que tiene de negativa falta de entrada en él. Se trata de una S que parece tomar el concepto de Demófilo de BUEN LOZANO (*Derecho civil común*, 3ª ed., Reus, Madrid, 1935, p. 535) o, preferiblemente, de José-Pío CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral*, t. 3, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 7ª ed., Reus, Madrid, 1951, pp. 143-144); concepto al que se atenía también Francesco MESSINEO, quien identificaba el daño emergente y el lucro cesante, respectivamente, con el aspecto positivo y el aspecto negativo del perjuicio (*Manual de Derecho civil y comercial*,

del sujeto perjudicado, y, en el otro, privación de una utilidad no poseída, pero que se habría poseído²⁴ y habría formado parte de su activo patrimonial.

El lucro cesante es un daño de relativa certeza²⁵, pues se apoya en un juicio de probabilidad y no de seguridad, entendiéndose que es ganancia frustrada la que era de esperar de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos o regularidad de las cosas (*id quod plerumque accidit*)²⁶, siendo, pues, un daño razonable y verosímil que tiene su fundamento y su límite en la probabilidad objetiva de su existencia, y no en la mera posibilidad (posibilidad ilusoria en cuanto carente de relevancia probabilística), sin que las solas conjeturas y las simples expectativas se integren en él. Refiere siempre a algo que razonablemente sería, pero que no lo ha sido en virtud un hecho imputable –achacable, pero no necesariamente reprochable– a otro sujeto. Se caracteriza intrínsecamente por la certidumbre (probabilística) de su existencia y por la incertidumbre de su alcance cuantitativo; incertidumbre sobre el *quantum* y certidumbre sobre el *an*. Si el *dubium* se proyecta sobre el *an*, no hay daño cierto que debe resarcirse, al menos como lucro cesante, aunque puede serlo como pura *chance*. Otra cosa es que se niegue su resarcimiento, al estimar como incertidumbre sobre el *an* la que, en rigor, sólo afecta al *quantum*.

Se trata de un daño presunto, relativamente cierto, en el sentido de que su existencia

trad. 8ª ed., t. 4, Buenos Aires, 1955, p. 249). También Ludwig ENNECCERUS/Heinrich LEHMANN dicen que el daño emergente es el daño positivo (L. ENNECCERUS/T. KIPP/M. WOLFF, *Derecho de obligaciones*, trad. 35ª ed. Blas Pérez González y José Alguer Micó, vol. 1º, *Doctrina General*, Bosch, Barcelona, 1947, p. 63); y, en el mismo sentido, Hans-Albrecht FISCHER (*Los daños civiles y su reparación*, traducción Wenceslao Roces Suárez, Librería General Victoriano Suárez, 1928, pp. 41, 42, 43, 62, 63). Pero en España ya se identificaba expresamente a principios de siglo el daño emergente con el daño positivo y el lucro cesante con el daño negativo, según expresara Mariano ROGER (voz *daño emergente*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, t. 10, p. 335). Curiosamente, la S de 19 de noviembre de 1928 utilizó el concepto de “daño positivo” para identificarlo con el lucro cesante. También identifican el daño emergente con el daño positivo, *ex multis*, las SSTs (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 1985 (Pte. Excmo. Sr. Gómez de la Bárcena López; Ar. 6440), 5 de abril de 1994 (Pte. Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada Gómez; Ar. 1872; en este caso, quien utiliza el concepto es la parte recurrente, según reseña la resolución), 25 de septiembre de 1997 (Pte. Excmo. Sr. Sierra Gil de la Cuesta; Ar. 6440), 20 de abril de 2001 (Pte. Excmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez; Ar. 5282), 26 de junio de 2002 (Pte. Excmo. Sr. Corbal Fernández; Ar. 5499) y 21 de febrero de 2003 (Pte. Excmo. Sr. Corbal Fernández; Ar. 3089); y, de la Sala 3ª (Secc. 3ª), la de 20 de octubre de 1999 (Pte. Excmo. Sr. Campos Sánchez-Bordona; Ar. 7466).

A su vez, Ángel CRISTÓBAL MONTES (*El incumplimiento...*, cit., p. 250) identifica el daño emergente con la óptica estática del perjuicio patrimonial y el lucro cesante con su óptica dinámica.

²⁴ Ángel CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., p. 249.

²⁵ Adriano de CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. 2ª ed. (1966/1970) Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1976, ap. 39, p. 322.

²⁶ El art. 252 del C.c. alemán dispone lo siguiente: “*El daño a reparar comprende también la ganancia dejada de obtener. Se considerará como tal la que pudiera esperarse con verosimilitud según el curso ordinario de las cosas, las circunstancias particulares del caso y, especialmente, los cálculos y diligencias ya adoptados*”.

no puede verificarse con la certeza absoluta de una exactitud matemática, suponiéndose de forma razonable que, de no haberse producido el hecho lesivo, se hubieran obtenido determinados rendimientos económicos, lo cuales resultan cortados o disminuidos como consecuencia precisamente de tal hecho.

La idea es que, probado el *an*, tiene que darse siempre una respuesta positiva al *quantum*;²⁷ y que, si éste no está probado (o no lo está de forma completa), el juez tiene que acudir necesariamente a la equidad²⁸. La valoración equitativa (*more æquitatis*) presupone, en unos casos, la imposibilidad absoluta de la prueba del valor del daño –cual acontece cuando se trata de valorar los perjuicios de índole personal, en cuanto no mensurables con criterios de equivalencia y, en otros, su imposibilidad relativa, que es lo que precisamente acontece con el lucro cesante (futuro) y, en mayor medida, con la disminución o pérdida de la capacidad de ganancia. Por eso se ha dicho²⁹ que el uso de la equidad, como instrumento subsidiario de integración, se acomoda a las exigencias funcionales del resarcimiento del daño patrimonial, con referencia no sólo al lucro cesante, sino también, en ocasiones, a las consecuencias emergentes.

Pero, después de estas simples contestaciones –alguna de signo perogrullesco–, poco más puede añadirse. Sabemos que el lucro cesante es siempre un perjuicio futuro, si se toma como eje la fecha en que se produce el daño del que deriva; pero, si tomamos como referencia la fecha del enjuiciamiento liquidatorio de la indemnización pertinente, sabemos que ya es un perjuicio pretérito y que puede todavía ser también (o sólo) un perjuicio futuro³⁰; y,

²⁷ Son muchos los casos de la vida práctica en que puede discutirse el importe del perjuicio, pero no su existencia; y la solución entonces no puede consistir nunca en rechazar el resarcimiento.

²⁸ El art. 1226 del C.c. italiano establece: “*Valutazione equitativa del danno.- Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa*”. Sobre la valoración equitativa del daño en el Derecho italiano, *vide* el centón jurisprudencial de Valentina di GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, cit.; y, con un buen análisis doctrinal, el estudio de Raffaele ROSSI, *La liquidazione equitativa del danno*, en AAVV, *Il danno risarcibile*, dir. Giuseppe Vettori, Cedam, Padova, 2005, t. 2, pp. 1435-1510. Según expresa este último autor (pp. 1440, 1444, 1443, 1437), la utilización de la equidad exige *in primis* –como presupuesto indispensable– la prueba de la existencia del daño, aunque, naturalmente, la apreciación de ésta puede tener lugar perfectamente a través de la notoriedad (*damnum in re ipsa*); pero, si el daño existe y hay “lagunosidad” (*lacunosità*) en cuanto a los datos determinantes de la cuantificación, la equidad opera como válvula de seguridad, para superar las dificultades del cálculo e impedir la denegación del resarcimiento.

²⁹ Massimo FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, Zanichelli, Bologna, 1993, pp. 881, 876. En todo caso, dicho autor advierte (p. 880), con cierta rigurosidad, que el juez debe atenerse a las exigencias de la prueba cuando la ausencia de ésta se deba a la inercia o a la negligencia de la parte reclamante, de modo que debe acudir a la equidad sólo cuando la ausencia o insuficiencia de la prueba deriva de la imposibilidad relativa de proporcionarla.

³⁰ El problema de su determinación cuantitativa, cuando es futuro, estriba, según puntualiza Luis MUÑOZ SABATÉ, en que ha de calcularse mediante la utilización de un razonamiento predictivo, distinto por completo del retrodictivo que es el típico en la fijación de la mayor parte de las prestaciones resarcitorias (*La prueba de la*

aunque suene igualmente a Perogrullo (con frecuencia lo elemental y evidente resulta asaz insólito), debe enfatizarse que los daños futuros no están sustraídos al principio normativo de la reparación íntegra³¹.

Referida su condición de futurible al momento del enjuiciamiento en el que tiene lugar la determinación indemnizatoria, el lucro cesante ligado a la lesión temporal es un daño presente (pasado, al haberse irrogado ya), porque el juicio (penal o civil) se resuelve después de que el lesionado haya obtenido su curación; y, en este sentido, aparecen disminuidas las dificultades para plasmar la certeza de su existencia y su cuantía. Pero, cuando el lucro frustrado está ligado a una lesión permanente o a una muerte, se está ante un perjuicio futuro que, no obstante, está siempre presente parcialmente, pues hay, en el primer caso, el producido desde que quedan estabilizadas las secuelas hasta que se enjuicia el hecho dañoso, tratándose de un perjuicio consolidado que se diferencia del sucesivo que queda pendiente de consumarse; y hay, en el segundo caso, el generado desde la muerte hasta que el enjuiciamiento tiene lugar, tratándose igualmente de un perjuicio consolidado que también se diferencia del sucesivo que queda pendiente de consumación.

De esta forma, el efectivo daño futuro se muestra, según expresión de Adriano de CUPIS³², como la continuación de un daño presente que se está produciendo ya. A su vez, el lucro cesante es sólo de futuro, por ejemplo –supuesto paradigmático–, cuando el lesionado es un menor que, por razón de unas muy graves lesiones permanentes, queda privado de poder alcanzar capacidad productiva alguna.

Hay, pues, un concepto amplio de lucro cesante, que es comprensivo de la pérdida

prestación indemnizatoria, en *Tratado de probática judicial*, t. 4º [*La prueba de la culpa y el daño*], Bosch, Barcelona, 1995, cap. 5, p. 262), siendo necesario “teorizar”, que no “elucubrar”, sobre él y tomar como guía el curso ordinario de los acontecimientos, sin atribuir relevancia perjudicial a las meras hipótesis (p. 263), pero sin que los obstáculos para la concesión “del todo” se conviertan en dejar a la víctima “sin nada” (p. 265), que es lo que acontece con frecuencia. Dice en este sentido el argentino Héctor-Pedro IRIBARNE (*De los daños a la persona*, cit., pp. 124-125) que, en el trance de indemnizar los daños corporales, el juez tiene que traer al presente de la sentencia el pasado de los daños consumados y el futuro de los por consumir, haciendo referencia a que el juez ejerce, respecto de éstos, una función que, según expresión de Adriano de CUPIS, es profética (*El daño...*, cit., ap. 39, p. 322).

³¹ Así lo dice con acierto y contundencia Elena VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 133; obra que es la primera en la que en España se aborda con cierta entereza el estudio del daño corporal y de su valoración.

³² *El daño...*, cit., ap. 39, p. 321.

de efectivas ventajas, utilidades o ganancias (lucro cesante en sentido estricto) y de la pérdida de la capacidad para obtenerlas, lo que supone la frustración de unos provechos hipotéticos, pero ciertos en clave probabilística. Se trata de una distinción que aparece cristalizada en la norma del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema legal; dualidad descriptiva que mejora el mero enunciado general del art. 1106 C.c.

En el primer caso, la fuente y la generación inicial de la ganancia son anteriores a la producción del hecho que origina la cesación del lucro, mientras que, en el segundo, la fuente de la ganancia (y, por lo tanto, su generación) no se ha actualizado al tiempo de producirse dicho hecho. La pérdida de la capacidad productiva o de ganancia tiene lugar cuando hay disminución o pérdida de potencialidades, en virtud de lo que la magistrado argentina Matilde M. ZAVALA de GONZÁLEZ³³, especializada en el estudio del daño corporal y de sus diversas consecuencias perjudiciales, denomina el “desmedro de aptitudes”, estándose ante un cercenamiento, ponderable como daño verdadero, que corresponde a situaciones que no ofrecen diferencia alguna de carácter ontológico con el estricto lucro cesante³⁴, aunque la clave de su tratamiento y su casuística son parcialmente divergentes.

Efectivamente, el estricto lucro cesante exige su probanza mediante la demostración de la ocupación productiva a la que se dedicaba el lesionado, del período de su inactividad, del nivel de los ingresos que obtenía y de los que deja de obtener, realizándose así su ponderación *in concreto*. En cambio, el efecto patrimonial de una situación que implique la pérdida o disminución de las potencialidades económicas, sin estar referidas a unas ganancias específicas dejadas de obtener, se pondera *in abstracto*, partiendo de la prueba del impedimento.

En el primer caso, se está ante la frustración de unas ganancias específicas (individualizadas) que se obtendrían normalmente; y, en el segundo, ante el sacrificio de unas ganancias que, sin específica determinación, también se conseguirían conforme a la regularidad de las cosas. El profesional que resulta incapacitado para el ejercicio de su profesión sufre la cesación del lucro en el primer sentido; y el niño que resulta incapacitado para ejercer cualquier

³³ *Integridad psicofísica*, en *Resarcimiento de daños*, t. 2, *Daños a las personas*, vol. 2a, Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 1990, p. 297.

³⁴ *Ibidem*, p. 288.

profesión (o la mayor parte de las posibles profesiones) sufre la frustración del lucro en el segundo.

En ambos casos, hay un juicio de alta probabilidad, sin que la densidad de la certeza presumida (el porcentaje de realización de la probabilidad) sea mayor en un caso (el estricto lucro cesante) que en el otro (la pérdida de capacidad de ganancia), aunque la determinación cuantitativa es de dificultad diversa, pues es particularmente díscola en el caso de la pérdida de la capacidad de ganancia. De los dos criterios de medición, el concreto y el abstracto, el primero es, naturalmente, el principal, pues lo impone de suyo la naturaleza de las cosas, entrando en juego el segundo de forma supletoria, sin que pueda, de cualquier forma, quedar la materia relegada al puro decisionismo judicial, pues entonces se genera el riesgo cierto de caer en la arbitrariedad y en la anarquía, según ha denunciado la magistrada argentina antes mencionada; es decir, en la justicia del cadí, según la conocida expresión acuñada por Max WEBER.

Particularmente aporética es la determinación indemnizatoria correspondiente a la pérdida de la capacidad de ganancia cuando el lesionado no desempeñaba en el momento del hecho lesivo actividad productiva alguna, por cualquier razón (por ej., porque estuviera en situación de paro, porque no pudiera desempeñarla por razón de su edad o porque se encontrara todavía en fase de aprendizaje). Por eso, hay que realizar una cuidadosa ponderación de las circunstancias del caso concreto, para dar cumplimiento al mandato normativo (exigencia institucional) de la individualización dañosa. Yendo al caso más emblemático y más extremo, que es el del lesionado menor que queda incapacitado por completo para desenvolver actividad productiva alguna, es de justicia elemental que se le resarza su perjuicio patrimonial futuro, contraído a la imposibilidad de obtener rendimientos laborales; y hay que encarar entonces, naturalmente, el problema de valorarlo.

La cuestión radica, pues, en la concreción del parámetro que sustituya al que, en otro caso, está constituido por el nivel de los ingresos frustrados de la víctima. La primera aproximación conduce al salario mínimo interprofesional. Pero, como correctivo de este criterio, puede considerarse el nivel de ingresos correspondiente a la profesión de sus progenitorres,

partiendo de que normalmente las personas mejoran (o, al menos, igualan) su situación económica respecto de la de sus padres, con lo que el nivel de los ingresos familiares puede utilizarse como una referencia iniciadora³⁵. También puede acudir al nivel de la renta nacional *per capita*.

Hechas estas indicaciones, vamos agotando la escasa cultura sobre el resarcimiento

³⁵ La utilización del parámetro señalado ha sido objeto de fuerte crítica y contestación en el Derecho italiano. Así, el “caso Gennarino” fue resuelto por el Tribunal de Milán mediante S de 18 de enero de 1971 que declaró presumible que el hijo de un obrero manual habría de tener la misma ocupación que su padre, pudiéndose computar los rendimientos laborales de éste para calcular el lucro cesante (pérdida de capacidad de ganancia) de aquél, por su incapacidad laboral permanente. También hay el “caso Renatino” que fue resuelto por el Tribunal de Turín mediante S confirmada por la del Tribunal de Casación de 28 de agosto de 1997, tratándose en este supuesto del hijo de un abogado. La primera de las indicadas SS dio lugar a una furibunda crítica por parte de la doctrina que denunció el clasismo de la solución adoptada; pero esta crítica no tiene en cuenta que, cuando se trata de reparar los perjuicios patrimoniales, el instituto de la responsabilidad civil es esencialmente clasista (se tiene que reintegrar a cada perjudicado lo que pierde y lo que deja de obtener), pues le es ajena cualquier función conectada con la redistribución de las rentas y por eso no es tan descabellada la tesis que, sostenida por algún autor, entiende que el resarcimiento del perjuicio patrimonial consistente en la pérdida de la capacidad de ganancia por parte de un menor (o de un mayor que no ha tenido todavía ocasión de penetrar en el mercado laboral) que queda laboralmente incapacitado, debe realizarse computando la posición económica y social de la familia de la que forma parte, cual sostuvo la S del Tribunal de Casación antes mencionada. De esta forma, se acude al parámetro objetivo constituido por el nivel de las rentas laborales del progenitor del menor lesionado. Desechado tal parámetro por clasista, la jurisprudencia italiana ha acudido a otros parámetros objetivos como el constituido por el nivel anual de la renta *pro capite* (S del Tribunal de Génova de 12 de junio de 1972) o el constituido por el triple del montante anual de la pensión social; y, a su vez, se modulan tales parámetros con la circunstancialidad del caso concreto, pues se pondera que, si el lesionado, todavía improductivo, estaba cursando con aprovechamiento unos cursos superiores, se eleva la suma que resulta de la utilización aislada de cualquiera de cualquiera de esos parámetros iniciales. *Vide* al respecto Annamaria GALLOPPINI, *Il caso Gennarino, ovvero quanto vale il figlio dell'operario*, Democrazia e Diritto, 1971, pp. 255 ss.; Stefano RODOTÀ, *Una sentenza classista*, Política del Diritto, 1971, pp. 435-438.

Abordó también esta cuestión el Tribunal de Casación (Secc. 3ª) en S de 23 de julio de 1993, recaída en el “caso Massimino”. Fijada la correspondiente indemnización, la S de segunda instancia fue recurrida en casación por la parte actora con el argumento de que se había reconocido al menor la indemnización correspondiente a su menoscabo sicofísico (daño biológico), pero no se había ponderado el detrimento de su capacidad de ganancia. La aseguradora se había opuesto al resarcimiento por este último concepto afirmando que, al ser el lesionado menor de edad, no cabía resarcimiento alguno en concepto de lucro cesante ni por las invalideces temporales ni por las invalideces permanentes. El Tribunal de Casación acogió el recurso, argumentando que, efectivamente, al ser menor el lesionado y dedicarse a los estudios, no podía recibir indemnización en concepto de lucro cesante por sus lesiones temporales, pero sí por las lesiones permanentes, porque éstas estaban llamadas a incidir negativamente sobre la futura actividad laboral y, por tanto, sobre sus futuras ganancias, debiéndose calcular éstas con base en la “posición económica y social de la familia”.

Pero la discusión italiana sobre la pertinencia de cualquiera de esos parámetros es contemplada con asombro por el jurista español, pues nuestra práctica judicial lo que hace pura y simplemente es no utilizar ninguno de esos parámetros y acude exclusivamente a unas razones de equidad discrecional que se traducen en considerar que no pueden resarcirse las puras conjeturas, de modo que deja de resarcir el perjuicio patrimonial de que tratamos, pues lo que en otras latitudes se percibe como verosímil, aquí se capta como sueño ilusorio de fortuna. Por eso, en nuestro país, no hay discusión sobre el sentido justicial de los parámetros señalados (su posible clasismo), por la sencilla razón de que todos ellos se desechan de antemano, aunque es mejor decir que ni siquiera son objeto de la más mínima reflexión. Un perfecto ejemplo de bendición constitucional del desprecio del resarcimiento del lucro cesante sufrido por un niño que quedó absolutamente incapacitado para trabajar en el futuro, está constituido por la STC 4/2003 (Pte. Excmo. Sr. Cachón Villar) que –con expresión de Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN– espero se inserte dentro de unos años en la prehistoria española de la razón valorativa. Sobre ella, me remito a *El resarcimiento del daño emergente y del lucro cesante causado por las graves lesiones sufridas por un niño. Comentario a la STC 42/2003, de 3 de marzo*, Tráfico y Seguridad Vial, núm. 55-56, 2003, jul.-ag., Doc., Traf. 2236, pp. 5-16. Lamentablemente, debe denunciarse que en nuestro país la cuestión del resarcimiento del lucro cesante sufrido por un niño que queda completamente incapacitado para cualquier labor productiva en el futuro no

del lucro cesante³⁶, habiéndose de añadir la sólita fórmula de que no puede confundirse con el sueño de fortuna³⁷ y de que no lo constituye la pura conjetura.

La jurisprudencia viene repitiendo *ad nauseam*, desde hace más de cien años, que la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa, sin que puedan admitirse las dudosas y contingentes³⁸; y, en este caso, viene cumpliendo sus asertos, teniendo en cuenta que

se inserta ni en el ámbito de las *res certae* ni en el de las *res dubiae*, sino pura y simplemente en el de las *res absentes*, pese a la frecuencia con que constituyen *res adentes*.

En el Derecho colombiano, la jurisprudencia reconoce el resarcimiento del lucro cesante ligado a las lesiones permanentes impeditivas padecidas por un menor de edad. Así lo refleja Juan-Carlos HENAO PÉREZ, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 215, 319-320, dando cuenta de que se toma como base económica el valor del salario mínimo legal, calculándose la ganancia dejada de obtener desde la fecha de la mayoría de edad hasta el fin de la calculada vida productiva normal.

³⁶ Por eso los juristas españoles tienen todavía que asumir el reto de construir este concepto perjudicial, para tornarlo en verdaderamente resarcible de acuerdo con la pauta probabilística de la regularidad de las cosas (*id quod plerumque et saepe accidit*). Naturalmente, siguen vigentes todavía las palabras que expresara hace casi treinta años Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN en su *Estudio preliminar* a la obra básica de Adriano de CUPIS (*El daño...*, cit., p. 59), en el sentido de que, en materia de daños, hemos estado demasiado tiempo en la prehistoria del Derecho y que conviene recordar al juez que pondere las diversas circunstancias y aptitudes del perjudicado, sin olvidar que la certidumbre, dentro del campo hipotético del *lucrum cessans*, no puede revestir un carácter de absolutividad, bastando con que radique en una estimación fundada y razonable.

³⁷ Constituye un lugar común de la manualística civil, consonante con la jurisprudencia, hacer referencia a la expresión del pandectista Heinrich DERNBURG (en sus *Pandekten*) de que no puede identificarse el lucro cesante con los meros sueños de fortuna; frase que, sin leerse a su autor, toma la jurisprudencia de Hans-Albrecht FISCHER, a través de José-Pío CASTÁN TOBEÑAS. Concretamente se refiere aquel autor a que no puede prescindirse de la certeza del daño y a que las simples ilusiones de ganancia no pueden ser consideradas como lucro cesante, pues “el Derecho no tiene en cuenta las fantasías”; pero, a continuación, señala que hay lucro cesante cuando se frustra la fundada esperanza de obtener una ganancia según el curso ordinario de las cosas (*Pandette*, vol. 2, *Diritto delle obbligazioni*, trad. 6ª ed. Francesco-Bernardino CICALA, Fratelli Bocca, Torino, 1903, pp. 178-179).

³⁸ Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN apunta que “el problema del lucro cesante” nace de esta jurisprudencia, pues su carácter restrictivo conduce a la inevitable conclusión de que tal tipo de perjuicio es siempre dudoso o contingente y, por tanto, no resarcible, añadiendo que la misma “necesita alguna suavización” (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. 2, *Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 687). Pero la poca atención doctrinal que merece este concepto perjudicial se pone de manifiesto en su *Derecho de daños*, cit., donde sólo se recogen algunas referencias tópicas (pp. 323-324).

Ángel CRISTÓBAL MONTES se ha ocupado de resaltar que la ganancia dejada de obtener como perjuicio resarcible no es un concepto puramente imaginario que pertenezca al reino de la fantasía y la especulación, por más que carezca de actualidad, sino algo que permite su anticipación y reconstrucción sobre la base de datos sólidos y fiables, pues, aunque el futuro siempre es imprevisible e ignoto, en el mundo jurídico la secuencia de los acontecimientos esperados presenta márgenes de anticipación y confianza que permiten, dentro de límites razonables, saber qué habría sido de las expectativas si los acontecimientos hubieran discurrido con normalidad, sin que el lucro cesante pueda reducirse a algo quimérico y sin que pueda exigirse para su apreciación una prueba de realización imposible (*El incumplimiento...*, cit., pp. 253, 252).

Con ortodoxo equilibrio, Manuel ALBALADEJO GARCÍA dice que, si se exigiera la demostración absoluta de lo que se habría obtenido y se frustró, el resarcimiento quedaría impedido en aquellos casos en que probabilísticamente se habría obtenido dicho lucro; y que, si se exigiera sólo la demostración de la posibilidad de la ganancia, el resarcimiento se produciría en casos en que muy probablemente aquélla no se habría obtenido. Sentado ello, puntualiza que, cuando se afirma que el lucro cesante hay que probarlo, no se está exigiendo una prueba especial, de modo que vale que se presuma que se habría obtenido el lucro cuando tal obtención es lo normal de acuerdo con las circunstancias del caso, e incluso señala que en realidad se acomoda la jurisprudencia a esa estimación probatoria, pese a que literalmente exija una prueba demasiado rígida (*Derecho civil*, t. 2, *Derecho de obligaciones*, vol. 1, *La obligación y el contrato en general*, 10ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pp. 203-204).

Recién inaugurado el sistema legal valorativo, Jaime SANTOS BRIZ se hacía eco de que el mismo busca la total indemnidad y, partiendo de esta constatación, pero sin explicar lo que quería decir, decía que se generarían,

el lucro cesante futuro es casi siempre dudoso y contingente. Confundiendo además la falta de prueba del cabal importe del lucro cesante con la falta de prueba de su existencia, se insiste en que el supuesto perjudicado no puede obtener un enriquecimiento injusto a través de este capítulo dañoso. Se dice así que, para reconocer una indemnización, es preciso que “*el órgano judicial no tenga sombra de duda sobre la realidad del perjuicio*”³⁹; principio que conduce a lamentables resultados de marginación resarcitoria al identificarse las probabilidades con las meras hipótesis⁴⁰, a las que, como tales, no puede adjudicarse relevancia jurídica alguna.

En concreto, la jurisprudencia ha declarado que las ganancias frustradas se han de justificar “*derechamente*”⁴¹ y se ha referido reiteradamente a que la apreciación del lucro cesante se ha de encarar con “*prudencia*”⁴² *rigorista*, o con un “*criterio restrictivo*” o con un “*prudente criterio restrictivo*”⁴³, puntualizando que “*ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas*”⁴⁴; y que las ganancias dejadas de obtener “*no pueden derivar de meros cálculos, hipótesis o suposiciones*”, ni corresponde a “*beneficios posibles, inseguros o desprovistos de*

respecto del lucro cesante, los problemas que la jurisprudencia ha intentado solventar (*Responsabilidad civil en los accidentes de circulación*, La Ley, Las Rozas, 1996, pp. 164-165), sin especificar ni cuáles son tales problemas ni cómo la jurisprudencia ha intentado solventarlos.

³⁹ STS, Sala 3ª, de 12 de mayo de 1999, Pte. Excmo. Sr. González González (Ar. 3695).

⁴⁰ STS, Sala 3ª, de 11 de mayo de 1999, Pte. Excmo. Sr. González Rivas (Ar. 5029).

⁴¹ STS (Civil) de 12 de febrero de 1896 (Col. Legisl., vol. 1º, pp. 318 ss.).

⁴² También aquí se predica la virtud autolocutoria de la *iudicis prudentia*, afirmada como *iuris prudentia*.

⁴³ STS (Sala 1ª) de 22 de junio de 1967, Pte. Excmo. Sr. Ogáyar Ayllón (Ar. 2926). Reitera que el lucro cesante ha de ser objeto de una “*apreciación restrictiva*” la STS (Sala 1ª) de 8 de junio de 1996 (Ar. 4831) y acoge la expresión la STS (Sala 1ª) de 29 de diciembre de 2000 (Ar. 1474). Con docilidad jurisprudencial elevada a rango doctrinal, José-María NAVARRO MANRESA decía que los perjuicios están sometidos a la necesidad de una prueba robusta”, postulando que el art. 1106 C.c. tenía que ser objeto de una interpretación restrictiva (*Comentarios al Código civil...*, coment. art. 1106, p. 94); y pregonaba la excelencia de la “*prudencia forense*”, de efecto moderador, frente al “*apasionamiento del litigante*” (p. 95). Frente a una postura como la señalada, se alzaba Ángel OSSORIO GALLARDO quien, en rápida referencia al resarcimiento por causa de muerte, decía que “*poco vale el hombre, pero nuestros Tribunales le tasan demasiado barato*” (*El hecho, generador de obligaciones. Contribución al estudio de la responsabilidad sin culpa*, R. General Legislación Jurisprudencia, 1934/3, p. 259).

⁴⁴ Expresión que, ya contenida en las SSTs de 3 de noviembre de 1892 (Col. Legisl., t. 3, pp. 399 ss.) y 15 de octubre de 1915 (Col. Legisl., t. 52, pp. 212 ss.), recoge la STS (Sala 1ª) de 22 de junio de 1967, ya citada. Según esta paradigmática S, que es un remedo de frases de Hans-Albrecht FISCHER (*Los daños civiles...*, cit., pp. 43, 45, 46), “*el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios; y, para tratar de resolverlas, el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del normal curso de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y muestra jurisprudencia se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre*”. De “*rigor al menos razonable*” habla la STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 1993, Pte. Excmo. Sr. Casares Córdoba (Ar. 5340).

*certidumbre*⁴⁵, sin que el lucro cesante “*se pueda fijar objetivamente por el juzgador con fundamento en la equidad*”⁴⁶. Se ha dicho, en resolución, en algún concreto caso, que la pretensión del resarcimiento del lucro cesante constituía la “*sublimación absoluta de una valoración subjetivada de una probabilidad de perjuicio*”⁴⁷.

Pero el problema no estriba de suyo en esas concretas frases, pues también se dice que la apreciación del lucro cesante se ha de conectar con el curso normal de los acontecimientos mediante un cálculo de tipo probabilístico. El verdadero problema radica en que, combinada una y otra idea, la verdaderamente operativa es la primera, quedando la segunda en un mero enunciado literario carente de real encarnadura. Se ha dicho así en una S civil⁴⁸ que la apreciación del lucro cesante exige la posibilidad de haber podido obtenerse ganancias en caso de no haberse producido el evento causante de los daños, pero seguidamente se añade que es imprescindible probar rigurosamente que se dejaron de obtener, sin que lo sean las dudosas o contingentes y las que sólo están fundadas en esperanzas⁴⁹.

Ángel CRISTOBAL MONTES⁵⁰ ha resaltado que el reconocimiento del lucro cesante como concepto dañoso dotado de relevancia, y, por tanto, como partida resarcitoria, supone superar la arcaica visión –muy arcaica, desde luego, en términos estrictamente doctrinales– de que no se sufren más daños que los consistentes en la mutilación de activos

⁴⁵ STS (Sala 1ª) de 6 de mayo de 1967, Pte. Excmo. Sr. Ogáyar Ayllón (Ar. 2283).

⁴⁶ STS (Sala 1ª) de 6 de septiembre de 1991 (Ar. 6045).

⁴⁷ STS (Sala 3ª) de 25 de febrero de 1981, Pte. Excmo. Sr. Fernández Santamaría (Ar. 450).

⁴⁸ STS (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 1990, Pte. Excmo. Sr. Santos Briz (Ar. 10282). En su calidad de autor, el ponente de esta sentencia ha escrito que “no cabe condenar al pago de perjuicios probables cuya realidad exacta se desconoce” (*Responsabilidad... circulación*, cit., p. 158). Debe resaltarse que este autor capta perfectamente el sentido de las circunstancias excepcionales de índole dañosa, al decir que lo son las no previstas o las imprevisibles, pero encara su tratamiento afirmando que sería conveniente que el juez pudiera ponderarlas (p. 165), sin hacerse eco de que se está ante un concepto técnico que aparece perfectamente registrado en la norma del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema.

⁴⁹ Por eso debe acusarse que tiene un carácter excepcional la SAP de Huelva (Secc. 1ª) de 26 de enero de 1998 (Pte. Ilmo. Sr. Sánchez Ugena; Ar. civil, 1999/695), que declaró que las dificultades de la determinación y cuantificación del lucro cesante no pueden traducirse en exigir una prueba imposible (*probatio diabolica*).

⁵⁰ *El incumplimiento...*, cit., p. 250. El autor se refiere a que la admisión del resarcimiento de la ganancia frustrada supone un notable paso adelante en el camino de recomponer las cosas en la forma más próxima posible a la situación de la normalidad vulnerada, revelando una sensibilidad justicial propia de un estado de civilización avanzado, de modo que, en definitiva, el reconocimiento del lucro frustrado implica haber remontado la simple y poco evolucionada visión de que no hay más daño resarcible que el consistente en un quebranto, detracción o mutilación patrimonial, reiterando que dicha estima corresponde a una visión económico-jurídica que sólo puede darse en ordenamientos avanzados y en sociedades que han alcanzado un grado de desarrollo estimable; idea ésta fundamental que debe retenerse, por cuanto que ciertamente la falta de reconocimiento efectivo del lucro cesante como daño resarcible supone precisamente no haberse alcanzado ese grado avanzado de desarrollo económico-social.

patrimoniales, pasándose así a un grado de civilización más avanzada⁵¹.

Pero, a su vez, la concepción restrictiva del resarcimiento del lucro cesante se conecta con la concepción jurídica del liberalismo individualista al que se atuvo la primera legislación codificada, pues, aunque ya se afirmara su finalidad reparatoria, el instituto de la responsabilidad civil quedó, no obstante, construido a imagen y semejanza de la responsabilidad criminal, manifestándose ello en la instauración del monismo atributivo de la culpa que, además, quedó montado lógicamente sobre la presunción de inocencia del agente dañoso, en el entendimiento de que esa proyección, protectora del agente dañoso, a costa de la víctima, se producía respecto de la imputación y también respecto de la selección de los daños resarcibles y su cuantificación, con concreta manifestación en el tratamiento resarcitorio del lucro cesante, al exigirse una prueba cabal de su existencia, de su relación causal con el hecho del agente dañoso y de su precisa cuantificación (*in dubio pro debitore; in dubio contra creditorem*).

Se trata de una configuración primitiva (tosca e inmadura) del instituto de la responsabilidad civil, pues enfatiza la importancia de una función reintegrativa que de suyo le es ajena y que se alcanza a través de otros remedios jurídicos perfectamente diferenciados. De esta forma, el nacimiento de la responsabilidad civil se liga, de acuerdo con sus inequívocos antecedentes del Derecho romano, a la lesión de un derecho absoluto de índole patrimonial. Se trata de la que puede denominarse concepción quiritaria de la responsabilidad civil, pues el derecho subjetivo cuya violación da lugar por excelencia a la responsabilidad civil está constituido por el derecho de la propiedad, identificándose así este instituto con la privación o detrimento de activos patrimoniales.

Por eso fueron muchas las voces que proclamaron, en primer lugar, la irresarcibilidad de los daños y perjuicios de carácter personal, por no ser patrimoniales, es decir, por estar desligados del derecho de propiedad; y, en segundo lugar, la irresarcibilidad de

⁵¹ José-María PLANAS CASALS decía que, antes de aprobarse el C.c., muchos autores entendían que el resarcimiento debía consistir únicamente en la indemnización del daño sufrido, aunque otros entendían que también debía indemnizarse el lucro cesante (*Derecho civil español común y foral*, apuntes de clase revisados por Mariano Rubio Tudurí, Bosch, Barcelona, 1925, p. 156). Lo cierto es que se comprende que en una época preindustrial la defensa de la denominada propiedad estática se tradujera en concentrar la tutela aquiliana en los estrictos daños materiales, sin extenderla a la restauración de la ganancia dejada de obtener, que es más propia de la movilidad de las propiedades dinámicas.

cualesquiera intereses que no correspondieran a un concreto derecho subjetivo de carácter absoluto; tesis con hondo arraigo en el Derecho italiano y de la que se ha dicho que es ajena a nuestro Derecho, aunque lo cierto es que ha operado durante mucho tiempo, siendo manifestación de ella precisamente la preterición del resarcimiento del lucro cesante, en la medida en que se corresponde con una expectativa más o menos realizable, no inserta, desde luego, en un derecho subjetivo de carácter absoluto.

De esa concepción liberal, se ha hecho eco la SAP de Alicante de 31 de enero de 2000⁵², al afirmar que “*los órganos jurisdiccionales no deben sin más rechazar [la apreciación del lucro cesante], ya que sería... impedir, de forma injusta, toda indemnización de futuro, cuando la misma es afirmada y los intereses sociales que subyacen... merecen una interpretación de las normas no estrictamente sujeta a principios liberales superados en su vertiente procesal más radical y, desde luego, no compatible con una herramienta decimonónica del expediente formal de la carga de la prueba*”.

Pero lo cierto es que, en términos generales, esa concepción “liberal-individualista” que, proyectada sobre el lucro cesante supone su marginación, no ha sido todavía superada; y, en este sentido, Mariano YZQUIERDO TOLSADA se ha hecho eco de que nuestra jurisprudencia se muestra excesivamente prudente⁵³ en orden a la reparación de las ganancias frustradas, pues éstas parecen sonar casi siempre a conjetura, duda, contingencia y expectativa no contrastada⁵⁴, olvidándose que entre la ganancia posible y la segura existe el justo término de la ganancia probable o verosímil⁵⁵. Por eso, asevera con acierto, la alegación de perjuicios no es reconducible siempre al cuento de la lechera y es equivocado el criterio judicial de rechazar,

⁵² S citada por Elena VICENTE DOMINGO, *El daño*, en AAVV, *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. Luis-Fernando REGLERO CAMPOS, 2ª ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2003, capítulo 3º, ap. 74, p. 242.

⁵³ Más que prudente, se muestra rúcana y desconfiada, compaginando la normalidad del perjuicio con la excepcionalidad de su resarcimiento.

Señala Héctor-Pedro IRIBARNE (*De los daños a la persona*, cit.) que la prudencia como virtud judicial ha de ser entendida como juicio de la realidad (p. 25), es decir, como juicio de su conocimiento y como juicio de su ponderación; y no como simple cautela (p. 25), astucia (p. 29) o mezquindad (p. 43). En este sentido, debe tenerse en cuenta que, según puntualizaba Álvaro D'ORS PÉREZ-PEIX (*Una introducción al estudio del Derecho*, Rialp, Madrid, 1963, pp. 12-13), la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo y la prudencia en saber lo que es de cada uno.

⁵⁴ *Sistema...*, cit., p. 151.

⁵⁵ *Aspectos civiles del nuevo Código penal. Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 113.

como puramente hipotéticos, los daños caracterizados por la certidumbre de su probabilidad⁵⁶; y es que, en definitiva, en nuestro país, el lucro cesante, visto como futurible, parece encontrarse, en muchos casos, fuera del comercio de los hombres, al extenderse al *an* una incertidumbre que, en rigor, sólo afecta al *quantum*, de tal manera que la difícil prueba de la certeza de su importe se transmuta y se convierte en la certeza de la negación de su existencia⁵⁷.

Luis MEDINA ALCOZ ha señalado⁵⁸ que el rigor en la apreciación de la existencia del lucro cesante se ha mantenido, al menos en parte, como consecuencia de adoptarse posturas de signo positivista, porque el positivismo, en su expresión descarnada, es, en definitiva, el trasunto al mundo jurídico de las técnicas exactas propias de las ciencias naturales; y advierte que tales pautas se han reforzado por influjo de la concepción delincencional de la responsabilidad civil que, mantenida abiertamente en el siglo XIX y principios del XX, explica la existencia, aun hoy, de tendencias que, descuidando su función resarcitoria, restringen de algún modo el ámbito material del instituto; concepción que, proyectada sobre el área de los daños y perjuicios resarcibles, se ha traducido en la exigencia de una rigurosa demostración de su existencia y de su extensión, como si operara el altísimo estándar probatorio propio del Derecho penal, con el resultado paradójico de que la responsabilidad civil, cuando se encara bajo un prisma represivo, es menos reparadora que cuando aparece desligada de sus tradicionales tintes punitivos.

Conforme a la metodología señalada, la certeza constituye un requisito de carácter cuasi físico, dando lugar a que la probabilidad suene, sin más, a conjetura; y esto equivale, prácticamente, a negar la certeza de los daños invisibles, en el entendimiento de que, según se ha escrito⁵⁹, los lucros cesantes lo son siempre, apareciendo, en principio, como puros entes de razón; y concluye sus observaciones diciendo lo siguiente: “Si se maneja un juicio de probabilidad o verosimilitud, la cuestión resarcitoria del lucro cesante (en su doble proyección sobre el *an* y sobre el *quantum*) no puede despacharse con la frase de que, para ponderarlo, hay

⁵⁶ *Ibidem*, p. 117.

⁵⁷ *In omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam.*

⁵⁸ *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 395-396.

⁵⁹ Se refiere a José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. 2, vol. 3, *Responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 181.

que aquilatar las infinitas vicisitudes y contingencias que en la vida humana pueden darse (aleatoriedad del perjuicio) y que esta exigencia sirve para negarlo: entre el extremo de negar lo posible por ser incierto y el de afirmarlo como cierto hay la vía intermedia de la alta probabilidad estadística (*id quod plerumque accidit*) que lleva a reconocer la certeza de algunos daños estocásticos. En este orden de cosas, aun hoy da la sensación de que la jurisprudencia no sólo opera con un principio de presunción de inocencia, sino que, a veces, marca el instituto por el principio tendencial *pro reo* o *pro debitore* porque cualquier duda existente sobre la existencia y la cuantificación del daño se resuelve con la solución más favorable al agente dañoso, con detrimento de la víctima. Mas este principio es exactamente el contrario al que debe operar tendencialmente en el instituto de la responsabilidad civil que, en atención a su estricta función reparatoria, ha de estar presidido por el principio *pro victima*. Así las cosas, en caso de duda, la solución seleccionable es la que favorezca al perjudicado y no la que beneficie al agente dañoso”⁶⁰.

De todas formas, hay que ser históricamente comprensivos con lo que constituye el fenómeno de la preterición del resarcimiento del lucro cesante, pues no puede desconocerse que su compensación constituye, medido en términos de civilización, un “lujo” jurídico que durante siglos no era propiamente planteable ni, de plantearse, podía ser efectivamente realizado. Inmersos en una sociedad de clases, en las que los pudientes lo eran por razón de las rentas de sus propiedades estáticas y por la explotación del trabajo ajeno (esclavos, siervos), el resarcimiento del lucro cesante sólo tendría sentido real en la medida en que la muerte la sufriera un burgués y fuera causada también por un burgués (o, dudosamente, por un aristócrata), pero no, desde luego, si era producida por un menestral o un siervo que, de suyo, sería totalmente insolvente.

Por otra parte, podría pensarse que habría de prosperar el resarcimiento del lucro cesante en el ámbito de las relaciones entre comerciantes, pero precisamente es en el ámbito del

⁶⁰ *Idem*, p. 396. En nota a pie (1172), el autor denuncia la paradoja con que funciona el instituto de la responsabilidad civil cuando se acomoda a una concepción represiva o delincencial que desnaturaliza las exigencias de su cometido reparator, pues, aunque se pretende castigar al agente dañoso, opera el principio *pro reo* (lo que supone afirmar un principio *contra victimam*), en lo que refiere a la imputación; y, a su vez, opera el principio *pro debitore* (o *contra creditorem*), en lo que refiere a la determinación de la existencia del daño y su valoración.

Derecho mercantil donde no pudo desarrollarse este resarcimiento por su tendencia, como Derecho estatutario, a preestablecer el alcance del resarcimiento, en aras a la seguridad jurídica y a la celeridad de las relaciones entre comerciantes, con inclusión de sus vicisitudes patológicas.

También hay que considerar la idea de que el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte es meramente ilusoria por la imposibilidad de que el responsable pueda hacer frente a las necesidades de la familia del muerto, de tal manera que, sólo cuando se instaura y generaliza el seguro de responsabilidad civil, se activan las condiciones de que tal resarcimiento pueda convertirse en realidad.

Por eso, este resarcimiento sólo resulta posible cuando se alcanza un determinado nivel de desarrollo económico-social, cuando se afirma la prosperidad de las clases sociales y surge la expansión de las clases medias; y, desde luego, cuando se instaura el aseguramiento de la responsabilidad civil, porque sólo el fenómeno mutual permite el resarcimiento de un perjuicio que puede ser de un enorme alcance. Incluso, el daño moral puede ser valorado con amplitud cuantitativa cuando media la solvencia que proporciona la institución del seguro, tanto porque esté asegurada la actividad dañosa, como porque podría haberlo estado.

2.2.- Algunas notas sobre el resarcimiento del lucro cesante causado por el daño corporal, en la práctica judicial española

La sujeción a la cómoda técnica invertebrada de la globalidad⁶¹ ha dado lugar a que

⁶¹ Técnica de valoración que la jurisprudencia ha proclamado con reiteración y que, desde luego, cumple de forma pertinaz. Lo cierto es que el principio de globalidad constituía un denominador común en los diversos países latinos durante la primera mitad del siglo XX, pero, a partir de la segunda mitad, se empezó a superar en Francia, Bélgica e Italia, sin que la jurisprudencia española, ahogada en el cómodo regusto de la soberanía, se adaptara a las exigencias del postulado vertebrador.

Un ejemplo de valoración global de los daños y perjuicios causados por la muerte está constituido por la STS (Sala 1ª) de 5 de julio de 1983 (Pte. Excmo. Sr. Casares Córdoba), que corresponde al caso de un funcionario policial que disparó por la espalda a un detenido cuando estaba colocado con los brazos apoyados sobre una pared y en el momento en que un compañero le había colocado el grillete de unas esposas en la muñeca izquierda. Formulada la demanda contra la Administración General del Estado (Ministerio del Interior), se acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción tanto en primera como en segunda instancia, pero el TS estimó el recurso de casación deducido por la viuda, con aplicación de la doctrina de la evitación del peregrinaje de jurisdicciones, dando lugar a que mediante su segunda sentencia se resolviera el fondo del asunto. Aplicado pintorescamente el C.c. (arts. 1902, 1903), se estimó parcialmente la demanda, con fijación de la indemnización en los siguientes términos: *“es vista la procedencia de declarar... el derecho de la demandante y sus hijos al abono...*

en el Derecho español las indemnizaciones ligadas al daño corporal se hayan caracterizado centenariamente por la suprema elasticidad del daño moral, por la compatibilidad acrítica del resarcimiento civil con las prestaciones resarcitorias del orden laboral y por la virtual preterición del resarcimiento del lucro cesante, todo ello bajo el manto del principio de la reparación íntegra en su versión atmosférica⁶², marcada por la pura (y supuesta) equidad.

La equidad como método valorativo sólo tiene sentido con un carácter subsidiario,

de la postulada indemnización en cuantía que... ha de tomar en consideración, junto a las circunstancias reconocidas de edad del fallecido –29 años– y obligaciones familiares a su cargo –esposa y siete hijos–, el tiempo transcurrido entre el... desgraciado hecho –8 de junio de 1974– y el momento en que la decisión indemnizatoria se produce... al... tratarse... de una deuda de valor,... aunque sin llegar... a la cantidad solicitada [10.000.000,- Ptas.], ya que, aparte la concurrencia de una cierta conducta insumisa y, por tanto, débilmente culposa de la víctima, es patente que... la cifra solicitada excede a la que, en similares circunstancias, han venido señalando los Tribunales, por lo que habrá que contar con una prudente reducción de la misma cifrándola en 7.000.000,- Ptas., a distribuir por partes iguales entre la viuda... y sus hijos..., cantidad a la que se llega tomando en consideración cuantas notas individualizan el caso”.

Como puede verse, es absolutamente imposible determinar qué parte de la indemnización reconocida corresponde a los perjuicios de carácter personal y cuál a un eventual lucro cesante que ni siquiera se menciona, faltando dato tan elemental como el de la profesión del fallecido y su nivel de ingresos económicos, dando, en definitiva, la sensación de que el único perjuicio verdaderamente resarcido fue el personal padecido por la viuda del fallecido y por sus siete hijos menores.

Lo cierto es que ninguna de las Salas del TS ha construido una verdadera doctrina valorativa, aunque lo más aproximado a ella –lo menos alejado– puede pergeñarse a partir de las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo que, desde hace algunos años, en buena medida (pero con bruscos retrocesos), se viene ateniendo al principio de vertebración, cuando valora los perjuicios ligados a un daño corporal; y también cuando valora los perjuicios ligados a la pérdida de la libertad. En este sentido, son dignas de citarse las siguientes sentencias: de la Sala 4ª, de 3 de febrero de 1989 (Pte. Excmo. Sr. Martín Martín), y de la Sala 3ª (Secc. 6ª), 13 de octubre de 1998 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos) y 3 de mayo de 1999 (Pte. Excmo. Sr. González Navarro).

Adscrita al principio de discrecionalidad judicial en su expresión más absoluta, la STS (Sala 2ª) de 8 de noviembre de 1952 (Pte. Excmo. Sr. Lozano Escalona; Ar. 2007) declaró que el Tribunal sentenciador ha de fijar la indemnización “*con plena libertad de criterio*” y “*soberano criterio*”, “*sin que tenga que fijar previamente bases*” de su determinación. En el mismo orden de ideas, la STS (Sala 2ª) de 9 de enero de 1945 (Ar. 85), se hizo eco de que la sentencia de instancia había recogido el dato de que el interfecto era persona acomodada y que, dejando mujer e hijos, había desempeñado cargos de la administración municipal [se supone que bien retribuidos] y dirigía personalmente el cultivo de sus fincas, puntualizando el TS que se trataba de datos “*no obligatorios*” para utilizar la facultad de regulación de la indemnización por los daños y perjuicios causados. A su vez, la STS (Sala 2ª) de 17 de marzo de 1944 (Ar. 369) había declarado que el Tribunal *a quo* puede “*moverse libremente y con plena soberanía al graduar en cada caso particular el importe de los daños y perjuicios, en términos tan absolutos que su cuantía no cabe ser discutida en casación*”.

⁶² Sobre ello, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. I, *Los fundamentos*, cit., pp. 135-181. Perfecta expresión de la doctrina tradicional de esa preterición virtual es la SAP de Madrid (Secc. 3ª) de 06-06-2001, reputando como mera conjetura lo que es perjuicio indefectible, al casar la dificultad del *quantum* con la negación del *an*; postura de inhibición virtual que goza de gran predicamento y se remonta al pensamiento de los juristas romanos Marco-Antistio LABEÓN y Sempronio PRÓCULO (*Eod.*, 29, 3), quienes estimaban que, apresadas las reses de unos pescadores, la acción del daño injusto ejercitada por ellos no podía incluir la estimación de los peces que dejaran de pescarse, porque es incierto que se hubieran capturado.

Para un muestrario “tradicional” de SSTs (Sala 1ª) relativas al resarcimiento del lucro cesante por causa de muerte, me remito a ob. cit., t. III, vol. 2º, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit., pp. 198-216, donde registro y comento las de 5 de junio de 1956 (Pte. Excmo. Sr. Charrín Martín-Veña), 9 de abril de 1963 (Pte. Excmo. Sr. Bonet Ramón), 22 de junio de 1967 (Pte. Excmo. Ogáyar Ayllón), 12 de mayo de 1969 (Pte. Excmo. Sr. Bonet Ramón), 26 de mayo de 1985 (Pte. Excmo. Sr. Fernández Rodríguez), 17 de abril de 1995 (Pte. Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada Gómez), 4 de noviembre de 1996 (Pte. Excmo. Sr. Morales Morales) y 13 de julio de 1999 (Pte. Excmo. Sr. García Varela). Pese a las habilidosas matizaciones de su lenguaje, influido por las precisiones de Manuel ALBALADEJO GARCÍA, sigue inserta en la tradición restrictiva la STS (Sala 1ª) de 5 de noviembre de 1998 (Pte. Excmo. Sr. O’Callaghan Muñoz).

cuando es imposible valorar estrictamente el daño. Por eso opera como mecanismo valorativo para cuantificar los daños extrapatrimoniales, salvo que se haya establecido legalmente su valor. A su vez, respecto de los daños y perjuicios patrimoniales, la equidad sólo ha de operar vicariamente, en la medida en que no puedan manejarse parámetros de carácter objetivo (es decir, real) con los que fijar su (bastante) preciso importe.

Según ha resaltado la magistrado argentina Matilde M. ZAVALA de GONZÁLEZ⁶³, la invocación de la equidad, del prudente arbitrio judicial y de la ponderación de las circunstancias concretas –las cuales no explican de suyo una específica cuantía indemnizatoria–, esconde la ausencia de criterios rectores y la remisión a una pura decisión carente de valor demostrativo, sin que quepa, además, la posibilidad efectiva de su censura.

Se actúa así con la libre convicción –desligada normalmente de una previa reflexión – y se renuncia de antemano a utilizar un método de cierta objetividad que sirva para dar la misma respuesta a supuestos similares, sin que la motivación de los fallos sea expresión de una sana crítica racional. De esta forma, las soluciones judiciales causan perplejidad, porque casos análogos reciben respuestas muy dispares.

El método equitativo funciona, en definitiva, como el pretexto encubridor de una ausencia de criterios efectivos, con base en la afirmación cierta de que no existen pautas fijas y de que la indemnización no puede ser el producto de un cálculo preciso que no se intenta y del que se prescinde al dar preferencia a un arbitrio judicial que se caracteriza, en su exclusividad, por una elasticidad sobrecogedora, pues lo cierto es que la jurisprudencia ofrece una franca resistencia a la aplicación de criterios matemáticos para calcular el lucro cesante⁶⁴.

Con cierta expresión eufemística, Ángel CRISTÓBAL MONTES se ha referido a que la jurisprudencia de nuestro TS no es precisamente “abierta y generosa” (*El incumplimiento...*, cit., p. 259). A su vez, José-Luis LACRUZ BERDEJO/Jesús DELGADO ECHEVERRÍA se han referido a que tradicionalmente la jurisprudencia ha sido “parsimoniosa” respecto del resarcimiento del lucro cesante, puntualizando que la dificultad de su determinación no debería llevar a una denegación habitual que es contraria a la voluntad del Legislador que, dictó el art. 1106 C.c. casi en exclusiva para que el mismo fuera reparado (José-Luis LACRUZ BERDEJO [*et alii*], *Elementos de Derecho civil*, t. 2, *Derecho de obligaciones*, vol. 1, *Parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 208).

⁶³ *Integridad psicofísica*, cit., p. 500.

⁶⁴ De tal resistencia se hizo eco ya hace años Jaime SANTOS BRIZ (*La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 2ª ed., 1977, p. 279; y *Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil*, en AAVV, *Lecciones sobre seguro de responsabilidad civil*, Inese/Caser, Madrid, 1989, p. 58) cuando decía que nuestra jurisprudencia había sido siempre refractaria utilizar patrones fijos en el cálculo de las

Así las cosas, la práctica judicial resuelve la cuestión apuntada acudiendo a uno de los posibles extremos, optando por el método equitativo y marginando por completo el matemático-estadístico, sin tener en cuenta que la solución razonable resulta de su combinación, mediante la modulación equitativa de los elementos que proporciona la utilización del instrumento matemático financiero. Es cierto que no existen ni pueden existir pautas rígidas, pero, perteneciendo lo jurídico al reino de lo razonable (que no de lo seguro), hay que hallar un umbral mínimo de seguridad que, compatible con la flexibilidad del método equitativo, sólo puede conseguirse mediante el uso regular de datos estadísticos y fórmulas científicas de signo matemático⁶⁵.

En relación con el lucro impedido por la muerte, la racionalidad valorativa pasa por apreciar el dato aportado por las tablas estadísticas de supervivencia (como hizo virtualmente la STS, Sala 2ª, de 4 de noviembre de 1996), sin trasmutarlo en parámetro de seguridad indefectible. Pero debe tenerse conciencia de que el monismo tradicional del método equitativo ha funcionado en realidad como una limitación encubierta de los daños y perjuicios resarcibles, sin base legal alguna. Lo cierto es que, para medir la previsibilidad ordinaria de las consecuencias perjudiciales en que consiste el lucro cesante como daño futuro, tiene forzosamente que “armarse un rompecabezas”⁶⁶ y manejarse una serie diversa de parámetros entre los que figuran como básicos lo que deja de obtenerse y habríase obtenido (ganancia frustrada) y el período de tiempo al que afecta esta situación (probabilidad de vida útil); y ya sabemos que recomponer un *puzzle* es tarea que puede ser muy difícil, pero exitosa si se

indemnizaciones derivadas del daño corporal. Acomodado a la práctica judicial, dicho autor ha escrito que “no cabe condenar al pago de perjuicios probables cuya realidad exacta se desconoce” (*Responsabilidad civil en los accidentes automovilísticos*, Edit. La Ley, Las Rozas, 1996, p. 158). Es la idea a la que se atenía en 1965 José-María REYES MONTERREAL cuando decía que el lucro cesante ha de ser “cierto en su producción” y “conocido exactamente en su *quantum*” (*Comentarios a la Ley de uso y circulación de vehículos de motor*, Edit. Nauta, Barcelona, 1965, p. 294).

En el mismo sentido, con diagnóstico acertado, Jesús PINTOS AGER se ha referido a que, dentro de nuestro ordenamiento, la jurisprudencia se ha mostrado reacia a aceptar las predicciones de ingresos con base en cálculos probabilísticos comúnmente aceptados por la ciencias sociales y que la fórmula de la casi absoluta discrecionalidad judicial no ha demostrado en absoluto su solvencia en orden a la consecución del principio de la reparación íntegra del daño, sirviendo para avalar precisamente lo contrario (*Baremos, Seguros y Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 356-357).

⁶⁵ Matilde M. ZAVALA de GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 500-501.

⁶⁶ Expresión que es del argentino Ricardo-Luis LORENZETTI, *La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante*, en AAVV, R. Derecho Privado Comunitario, núm. 1, *Derecho a la persona*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995, p. 134.

examinan las piezas con atención y con tesón.

Sumida nuestra jurisprudencia en el método equitativo de valoración, en su secante versión monista, la idea de cualquier cálculo matemático financiero le es ajena por completo; y es evidente que, sin prescindir de la equidad, cualquier ponderación mínimamente seria del lucro cesante causado por la muerte o por el impedimento productivo ligado a las lesiones permanentes pasa por la necesidad de fijar unas bases ciertas (concreción anual de las pérdidas económicas y período probable durante el que éstas se producen), aplicando después, en su caso, los cálculos instrumentales que proporciona el saber actuarial⁶⁷.

En 2002, Santiago CAVANILLAS MÚGICA⁶⁸ resaltaba que, en los últimos años, la Sala 2ª del TS había empezado a apartarse de la conceptualización restrictiva del resarcimiento del lucro cesante y ponía como ejemplo las SS de 17 de julio de 1995 y 21 de noviembre de 2000, que corresponden a supuestos ligados a un daño material; pero no citaba (porque no la hay) sentencia alguna que, dentro de la misma línea de apertura, se ocupe del lucro cesante derivado de un daño corporal.

⁶⁷ De todas formas, debe puntualizarse que los cálculos para la medición cuantitativa del lucro cesante causado por la muerte han de realizarse mediante las concretas operaciones aritméticas a las que me refiero en el texto, sin que sea necesario acudir al respecto a la pericia actuarial. En este sentido, Ricardo de ÁNGEL YÁGÜEZ se hace eco de la opinión que al respecto expresara el profesor inglés J. R. SPENCER *La quantification du dommage dans les pays de common law*, en AAVV, *L'évaluation du préjudice corporel dans les pays de la CEE. Actes du Colloque du 18 novembre 1988*, dir. André Dessertine, Litec, Paris, 1990, p. 182) respecto a que los jueces ingleses no son partidarios de acudir a pruebas de este tipo, haciéndose eco de una S de 1985 en la que el Tribunal declaró que las predicciones de los actuarios no están llamadas a ser más exactas que las de un astrólogo, aunque, en todo caso, serían menos divertidas.

Lo cierto es que la utilización del método actuarial para efectuar una capitalización de las erogaciones económicas que habría de recibir el perjudicado, de no haber fallecido su causahabiente, sólo tiene sentido en la medida en que el cálculo de la duración del lucro cesante se proyecte sobre períodos particularmente largos, pero no cuando se proyecta sobre períodos más bien cortos, pues el supuesto beneficio que puede obtenerse por la aplicación escueta de la regla del multiplicante y multiplicador, con la ventaja de percibir anticipadamente todo el importe calculado, se compensa con el dato verdaderamente cierto de que el perjuicio económico podría ciertamente haber tenido una mayor duración y haberse cifrado en un mayor importe, sin que el reajuste disminuidor que supone la capitalización suponga un elemento de ventaja judicial digno de consideración. Téngase en cuenta que, incluso, cuando se trata del lucro cesante padecido presuntivamente por un corto período de tiempo, como sucede con el que sufren los hijos cuando ya han alcanzado una determinada edad (se supone que el lucro cesante se prolonga hasta que cumplen los 26 años) no deja de ser parcialmente una ficción, porque es evidente que, no sólo serían normalmente beneficiarios del ahorro de su progenitor, sino que habrían seguido siendo beneficiarios de determinadas erogaciones económicas de las que se prescinde para calcular el resarcimiento cuando se utiliza la regla del multiplicante y multiplicador con el límite temporal que se propone en el texto. Por eso entendemos que carece de particular sentido el que el cálculo del lucro cesante causado por la muerte tenga que efectuarse mediante la utilización de estrictas reglas de capitalización del parámetro básico, en atención a los años de la duración presunta del perjuicio.

⁶⁸ *Efectos...*, cit., pp. 80-81.

La falta de vertebración judicial de las indemnizaciones se presta a que quienes tratan de desentrañarlas acudan a las interpretaciones más dispares. Unos sostienen que constituyen, en general, una espléndida reparación del perjuicio moral, con preterición del lucro cesante⁶⁹. Otros opinan lo contrario; y, en este sentido, se ha dicho que, ante las dificultades probatorias, la reparación del lucro cesante suele ponderarse bajo el ropaje de la perjudicialidad moral⁷⁰; conclusión plausible, si no fuera porque se reconocen indemnizaciones coincidentes en supuestos en que el lucro cesante brilla intrínsecamente por su ausencia.

Lo cierto es que el concepto dañoso del lucro frustrado ha interesado muy poco a nuestra doctrina⁷¹, sin que haya sobre él ninguna monografía ni tampoco estudio doctrinal alguno de entidad⁷², limitándose los autores a definirlo y a hacerse eco (complacientemente, unos; críticamente, otros) del sentido restrictivo con que el TS lo maneja. Siendo un concepto ajeno a la preocupación y ocupación de los autores, su desinterés se ha extendido, naturalmente, al lucro cesante que deriva de un daño corporal⁷³.

⁶⁹ Es lo que pienso y es la postura a la que se atiene Klaus-Jochen ALBIEZ DOHRMANN (*El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo*, R. Derecho Privado, 1998/5), quien resalta que en nuestra práctica judicial el daño moral ocupa el lugar central de la reparación del daño personal (corporal), teniendo un rango secundario el resarcimiento de las ganancias económicas frustradas, recalcando que el mecanismo de la globalidad tiene una incidencia negativa sobre la reparación del lucro cesante ligado al expresado daño, “como si fuera más importante reparar el daño biológico que las pérdidas sufridas” (p. 362). A su vez, dicho autor se hace eco de la rigorista y restrictiva postura con que el TS aborda el tratamiento resarcitorio del lucro cesante, señalando que falta en su doctrina la construcción de unas bases con que calcular la cuantía indemnizatoria por las ganancias perdidas, sin que distinga entre las pérdidas probables o razonables y las que son sólo futuribles, confundiendo la cuestión del nexo causal del lucro cesado con el daño personal (cuestión del *an*) y la de su cuantificación (cuestión del *quantum*), en el entendimiento de que, acreditado aquél, la determinación del importe indemnizatorio debe moverse en un juicio de razonabilidad o probabilidad, mediante un cálculo que es incompatible con la técnica global (pp. 363-364).

⁷⁰ Fernando GÓMEZ POMAR, *Daño moral*, R. electr. InDret (www.indret.com), 1999. De la misma opinión parece ser Elena VICENTE DOMINGO, pues apunta que la práctica judicial, al fijar las indemnizaciones, disuelve con frecuencia el daño estrictamente personal, dado que queda reducido de forma exclusiva a la estimación de sus consecuencias económicas (*Los daños corporales...*, cit., pp. 144-145).

Expresado mi disenso frente a tales opiniones, lo cierto es que las sumas satisfechas por perjuicios personales apenas sirven para hacer frente a las necesidades materiales que ha generado la situación lesiva, de modo que no cumplen la función consoladora y paliativa que corresponde a su reconocimiento, porque la necesidad del pan precede a la necesidad del consuelo.

⁷¹ No le ha interesado verdaderamente el daño y por ello no le ha interesado, naturalmente, el lucro cesante.

⁷² De ello se ha hecho eco Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 394; y, a tal efecto, señala (nota 1163 pie p. cit.) que el civilista Luis-Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ ha escrito que la doctrina española sobre el lucro cesante se caracteriza por su “oscuridad y por su “notable desconcierto” (*Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, en AAVV, *Homenaje al profesor Jordano Barea*, Academia Sevillana Notariado/Edersa, Madrid, 1991, p. 181).

⁷³ Sobre la valoración del lucro cesante derivado del daño corporal, padecemos en nuestro país un vacío doctrinal asaz sobresaliente. Abandonado al más puro casuismo judicial, es tema doctrinalmente marcado por una serie de lugares comunes que, por su simplicidad y por su superficialidad, son distorsionadores y, desde luego, de justicia disolvente. De forma elemental pero bastante útil, con referencia a los mecanismos con que encarar la materia de forma terrenal, me he ocupado de ello en *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 2º, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit., pp. 162-197. Vide, como botón de muestra, Francisco-Javier TIRADO SUÁREZ, *Notas sobre el lucro cesante*, R. General Derecho, núm. 372, 1975, sept., pp. 825-837, que es, antes de 1995, uno de los pocos

Pero, si se maneja un juicio de probabilidad o verosimilitud, que es al que siempre tiene que acudir, no puede despacharse la cuestión resarcitoria del lucro cesante (futuro) derivado de un daño corporal con la frase de que, para valorarlo, es preciso ponderar las infinitas vicisitudes y contingencias que afectan a la vida humana (aleatoriedad intrínseca del perjuicio), deduciendo así que hay que oponerse drásticamente a la utilización de la regla del multiplicante y del multiplicador⁷⁴, pues, entre el extremo de negar lo posible como incierto y el de reconocerlo como cierto, hay la vía intermedia de la probabilidad estadística (*id quod plerumque accidit*)⁷⁵, sin que ello suponga rendir tributo a delirios aritméticos⁷⁶.

Se ha dicho así que la apreciación del lucro cesante no exige que haya una seguridad

artículos que se han dedicado a la materia. En él se menciona el lucro cesante que puede causar el daño corporal, pero se estudia sólo (después de todo el autor es un mercantilista) el ligado a los incumplimientos contractuales y al daño material.

En relación con el sistema de valoración, es digno de particular mención el artículo de Klaus-Jochen ALBIEZ DOHRMANN, *El tratamiento del lucro cesante...*, pp. 361-385. *Vide* también Ramón BONFILL SALVADÓ, *Derecho de la circulación (segunda parte)*, Iber Law, Boletín Despacho Bonfill, 1997, mayo, pp. 5-9; Miguel CARMONA RUANO, *Daño patrimonial y daño moral en el sistema de la Ley 30/95*, R. Responsabilidad Civil Circulación Seguro, 1998/11, pp. 608-620; José-Manuel MAZA MARTÍN, *El resarcimiento del menoscabo material. El daño emergente y el lucro cesante*, en AAVV, *Valoración de los daños corporales. el sistema de la Ley 30/95*, dir. Mariano Medina Crespo, Seaida/Edit. Española Seguros, Madrid, 1998, pp. 311-327; Luis-Fernando REGLERO CAMPOS, *La reparación del lucro cesante derivado del daño corporal*, ponencia III Curso sobre *Valoración de los Daños Corporales*, dir. Mariano Medina Crespo, Seaida, Madrid, 1998, dic., t.m. 19 pp; María-Pilar ROMERO SEBASTIÁN, *¿Y el lucro cesante...?*, Foro Jurídico Pelayo, núm. 14, 1999, oct., pp. 10-13 y Boletín Comisión Derecho Circulación Responsabilidad Civil Seguros, I. Colegio Abogados Zaragoza, núm. 28, 2000, marzo, pp. 57-58; y Juan-Antonio XIOL RÍOS, *Daño patrimonial y daño moral en el sistema de la Ley 30/95*, Revista Responsabilidad Civil Circulación Seguro, 1999/6, pp. 305-314 y en AAVV, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, dir. Luis Martínez-Calcerrada Gómez, Cera, Madrid, 2001, t. 2, pp. 1663-1667. La lectura de estos trabajos permite comprobar la divergencia de criterios interpretativos que genera el sistema legal. Sin la profundidad requerida y sin superar, por tanto, los lugares más comunes, Laura GÁZQUEZ SERRANO, se ha ocupado del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte en *La indemnización por causa de muerte*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 100-112.

⁷⁴ Para esta visión extremadamente clásica y, por lo tanto, conformista y restrictiva del tratamiento que merece el lucro cesante causado en el futuro por el daño corporal, *vide* Ricardo de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 124, 140, 141. Enfatiza, en concreto, dicho autor que, cuando hablamos de pérdida de ingresos, estamos en presencia de un capítulo indemnizatorio cuya valoración encierra una enorme carga de subjetividad y aleatoriedad (p. 140).

⁷⁵ Según ha estudiado Luis MEDINA ALCOZ en su tesis doctoral (*Responsabilidad patrimonial por acto administrativo y pérdida de "chance"*, Univ. Bologna, 2003, pp. 375-389), se puede estar ante una alta probabilidad o ante una probabilidad de menor rango, pero que no es una mera posibilidad. En el primer caso, se está ante el lucro cesante, mientras que en el segundo se está ante el daño por oportunidad perdida. Muy interesante en este sentido, es la teoría que despliega sobre la triple posibilidad (posibilidad genérica o ilusoria; posibilidad específica que corresponde a una probabilidad apreciable; y posibilidad superespecífica o perfecta que corresponde a una alta probabilidad), con el compromiso de sus respectivos porcentajes (hasta el 10%; desde el 11% al 74%; y desde el 75%). Su estudio es imprescindible para acceder en lengua castellana al conocimiento del daño por pérdida de oportunidad, e incluso para captar la significación del lucro cesante como concepto perjudicial.

⁷⁶ Téngase en cuenta que, después de todo, el responsable del daño es quien impide que se sepa si la probabilidad se hubiera convertido en realidad y, entre la virtualidad de un principio *pro victimario* y un principio *pro victima*, debe optarse, naturalmente, por éste. Por eso hay que precisar el concepto de daño cierto, para incluir en él los daños estocásticos.

absoluta, pero que tampoco es de recibo una irrestricta apreciación subjetiva de la ganancia, pues procede cuando se esté ante una probabilidad objetiva, es decir, ante un provecho esperado y racionalmente esperable, ante una utilidad no meramente posible, sino probable, pues, en definitiva, cuando se está ante el lucro cesante, el jurista se mueve en el campo de lo razonable, de lo que suele acontecer, de lo que la experiencia muestra como ordinario, de lo que no cabe aventurar porque el sesgo normal de las cosas lo presenta como algo que suele producirse normalmente⁷⁷.

Sobre el lucro cesante se ha escrito que tanto la apreciación de su existencia como su cuantificación están montadas sobre una argumentación de signo probabilística; que, cuando una probabilidad es tan alta que se encuentra rayana en la certeza, jurídicamente se afirma la certeza; certeza, que en términos de pura ontología, es una certeza relativa (y, por tanto, una incertidumbre), pero que opera como certeza (como si fuera absoluta) cuando se trasplanta al ámbito de la ontología jurídica⁷⁸. El lucro cesante es siempre, en puros términos filosóficos, un daño estocástico, probabilístico, pero se afirma su existencia sólo cuando es muy alto el grado de probabilidad de que se haya producido, de acuerdo con las reglas de la sana crítica que, en este punto, se concretan en la apreciación de la normalidad y regularidad de los acontecimientos venideros (en relación, desde luego, con la fecha en que se produce el hecho supuestamente dañoso y, en particular, en relación con la fecha en que se produce su enjuiciamiento como hecho ilícito civil), de acuerdo con un mecanismo apreciativo *rebus sic stantibus* y con la regla que encierra el apotegma *quod plerumque et sæpe accidit*; mecanismos con los que la incertidumbre necesaria de unas probabilidades se torna en certeza, pero que son incumplidos cuando se acude a un enfoque de signo restrictivo⁷⁹.

Por su emblemática expresión, traigo a colación la SAP de Madrid (Secc. 6ª) de 24 de mayo de 1991⁸⁰, resolutoria de apelación dimanante de un juicio de faltas y que contiene la siguiente doctrina: *Si bien es cierto que el perjudicado ha sido un excelente profesional... que tenía un futuro muy prometedor, dada su alta formación y dedicación al trabajo, no cabe fijar*

⁷⁷ Ángel CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., pp. 254-255.

⁷⁸ Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 394.

⁷⁹ *Ibidem*

⁸⁰ Ilmo. Sr. Serrano Gassent.

una indemnización por los ingresos futuros, dado que nadie puede saber si... se hubieran producido, pues la persona humana puede fallecer en cualquier momento,... de forma natural o accidental, truncándose de esta forma esos ingresos futuros, o... puede suceder cualquier situación que limite o elimine tales ingresos, como puede ser el cierre de la empresa. Por ello este juzgador entiende que no es posible fijar una indemnización sobre una cosa futura⁸¹ o contingente, lo que determina la procedencia de suprimir la indemnización fijada por tal concepto.

En virtud de tal declaración, se suprimió la partida de 100.000.000,- Ptas. que la *S a qua* había fijado en concepto de lucro cesante derivado de una gran invalidez. Establecida una indemnización importante por los perjuicios morales causados por las lesiones permanentes (75.000.000,- Ptas.) y otra por los perjuicios patrimoniales consistentes en la necesidad de ayuda de tercera persona (renta vitalicia de 5.000.000,- Ptas. anuales, sujetas a actualización a través del IPC), no se reconoció al lesionado cantidad alguna por sus frustrados lucros.

Adviértase que, de acuerdo con la lógica de esta resolución, el perjuicio fisiológico de las lesiones permanentes de un niño o de un joven no podría ser valorado en cuantía superior a las de un cincuentón o de un anciano, pues cualquiera de ellos “puede fallecer en cualquier momento”⁸². Es evidente que, si el *tempus*, la presunta duración (dada la normal supervivencia), se computa para valorar el perjuicio personal causado por las lesiones permanentes, el mismo parámetro básico debe manejarse para calcular el lucro cesante causado por la muerte o por la lesión permanente impeditiva, aunque, en estos casos, tenga que conjugarse con otros parámetros de diverso signo; y, si ello se desconoce, se está manejando una doble vara, al modo

⁸¹ Adviértase que, en definitiva, oponiéndose esta sentencia a las aportaciones más elementales de la cultura del daño corporal, niega rango resarcible nada menos que al daño futuro; siendo una sentencia que incurre en una incoherencia típica, pues niega la resarcibilidad del daño material futuro y, en cambio, no tiene ningún inconveniente en valorar el perjuicio fisiológico en su proyección sobre el futuro. Sobre ello, insisto en el texto.

De cualquier forma, nos podemos imaginar lo que habrá pensado este perjudicado cuando, al cabo de los años haya comprobado que no se ha muerto y que, por tanto, sigue sufriendo, sin haber sido resarcido, las consecuencias económicas perjudiciales (lucro cesante) de su accidente; o cuando haya comprobado que la empresa en que trabajaba no cerró, sino que prosperó.

⁸² La jurisprudencia española ha acudido también al sorprendente argumento de la aleatoriedad de la supervivencia para denegar el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte, refiriéndose la incertidumbre de las expectativas de vida tanto a la víctima primaria como a las víctimas secundarias (perjudicados). Así, en el “caso del anciano horticultor” resuelto por la STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 1996 (Pte. Excmo. Sr. Morales Morales). Para su estudio, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. 3, vol. 2, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit., pp. 205-210.

de la de la catedral jaquesa.

Cuando el mismo perjuicio fisiológico se valora con cuantías diversas en un joven y en un anciano, debe tenerse conciencia de que se está computando, desde luego, el daño presente, pero, sobre todo, el daño futuro, de modo que se pondera la futuridad⁸³, ponderándose que el perjuicio del primero está llamado a durar más que el del segundo; y ello, naturalmente, con independencia de que un concreto anciano pueda vivir muchos más años de los normales (cosa altamente improbable) y que un concreto joven pueda, por cualquier circunstancia, vivir mucho menos de lo que corresponde al índice estadístico de supervivencia (cosa que es también bastante improbable)⁸⁴.

Sin llegar al extremo señalado, es también resaltable la SAP de Barcelona (Secc. 15ª), de 3 de febrero de 1998⁸⁵, que confirmó que se hubiera reconocido a la viuda de un notario de Madrid (de 42 años) y con unos altísimos ingresos netos anuales durante 1992 (cifrados en 83.467.775,- Ptas.), una indemnización de 30.000.000,- Ptas. y otra de 15.000.000,- Ptas. a cada uno de sus cuatro hijos menores; sin diferenciar, en uno y otro caso, los perjuicios morales y los patrimoniales. Téngase en cuenta que la viuda había reclamado para sí algo más de 300.000.000,- Ptas. en concepto de lucro cesante y 10.667.000,- Ptas. por daño moral y para cada uno de sus hijos 75.785.217,- Ptas. por lucro cesante y 2.666.750,- Ptas. por daño moral.

Dado el carácter vertebrado con que se formularon las pretensiones indemnizatorias (estructuradas mediante un desglose básico de partidas), no podía reconocerse a la viuda, en concepto de daño moral, una suma superior a la solicitada, por lo que, suponiendo que se atendiera ésta al máximo (cosa que no parece en absoluto disparatada, si tenemos en cuenta lo que en esa época se reconocía por tal concepto a cualquier viuda, aunque no hubiera perjuicios patrimoniales de relevancia), tiene que llegarse a la conclusión de que se le reconoció por lucro cesante una suma que no alcanzaba los 20.000.000,- Ptas., como si las erogaciones económicas

⁸³ Concepto empleado por el civilista uruguayo Jorge PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Barreiro Ramos, Montevideo, 1954, ap. 206, p. 366.

⁸⁴ Por eso las tablas de algunos Tribunales italianos adjudican mayor cuantía a la lesión permanente de la mujer que a la del hombre, sobre la base de que los dos tengan la misma edad, pues se parte de la verificación estadística de que es mayor el nivel de la supervivencia femenina.

⁸⁵ Pte. Ilma. Sra. Montolío Serra. Agradezco a Juan-María Xiol Quingles, letrado de la aseguradora demandada, que me proporcionara esta sentencia, con los antecedentes del caso.

que, a lo largo de una vida normal, le habría proporcionado su marido (la *quota commodi*) se redujeran a tal cantidad, cuando su nivel de ingresos anuales era cuatro veces superior, de tal manera que puede considerarse que, como mucho, se valoró el lucro cesante padecido durante el primer año y medio de viudedad, con desprecio del que había de padecer en el tiempo sucesivo⁸⁶.

A su vez, dada la parca suma reclamada en concepto de daño moral para cada uno de los hijos menores (2.666.750,- Ptas.), la indemnización que se les reconoció supone que el lucro frustrado se valoró *per caput* en suma que no llegó a 12.500.000,- Ptas., cantidad que podrá parecer escasa o no excesiva, pero que, en todo caso, es superior a la que normalmente hoy se reconocería mediante la aplicación ordinaria del sistema legal valorativo, al incrementarse la indemnización básica con la aplicación de un porcentaje de incremento del 75% correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos, en la medida en que se entienda irresarcible el importe superior del lucro cesante realmente padecido, quedando conceptuada la norma de tal factor como una regla privativa para el resarcimiento del lucro cesante, pero con la pintoresca característica de que su importe no puede nunca ser equivalente al valor legal del perjuicio existencial (ordinario) causado por la muerte⁸⁷.

2.3.- Algunas ideas elementales sobre los parámetros a manejar para resarcir el lucro cesante causado por la muerte

⁸⁶ Debe, en todo caso, recalarse que, frente a la tesis de la preterición virtual, no es admisible el extremo de un reconocimiento paranoide del lucro cesante, porque éste ha de basarse en la normal probabilidad y no en la mera posibilidad. Pero, desde luego, no procede que se dé a la probabilidad el tratamiento que merece la mera posibilidad, que es lo que acontece con enorme frecuencia en la práctica judicial.

De acuerdo con lo que considero duración presuntiva del lucro cesante sufrido por el cónyuge del fallecido y suponiendo que la convivencia matrimonial se hubiera prolongado durante diez años, adjudicada a la viuda una *quota commodi* del 16%, su lucro cesante se habría cifrado en 133.548.440,- Ptas. ($83.467.775 : 100 \times 16 = 13.354.844$; y $13.354.844 \times 10 = 133.548.440$ Ptas.). Este cálculo está realizado sobre la base de que durante los diez años, el hijo mayor seguiría siendo económicamente dependiente. De todas formas, de la suma indicada tendría que deducirse el importe de la pensión de viudedad correspondiente a los diez años computados.

⁸⁷ De acuerdo con lo que consideramos duración presuntiva del lucro cesante sufridos por los hijos económicamente dependientes del fallecido y suponiendo que el mayor tuviera 9 años al tiempo del fallecimiento de su padre, le correspondería una indemnización cifrada en 212.842.828,55 Ptas. ($83.467.775,- \text{ Ptas.} : 100 \times 17 = 14.189.521,75$; $14.189.521,75 \times 15 = 212.842.828,55$ Ptas.); y, suponiendo que el hijo menor tuviera 1 año, le correspondería una indemnización cifrada en 354.738.043,80 Ptas. ($83.467.755 : 100 \times 17 = 14.189.521,75$; $14.189.521,75 \times 25 = 354.738.043,80$). De todas formas, de las sumas indicadas, tendrían que deducirse los importes correspondientes a las pensiones de orfandad.

Señala Héctor-Pedro IRIBARNE⁸⁸ que los modelos matemáticos y actuariales deben ser objeto de especial atención como instrumentos con que cuantificar el alcance de los perjuicios económicos futuros, denunciando que la práctica judicial los margina por completo. Se hace eco⁸⁹ así de que los jueces desdeñan habitualmente las previsiones actuariales y los simples cálculos financieros, utilizando el requisito de la certeza del daño resarcible como pretexto para prescindir de la medición de los perjuicios irrogados efectivamente. Con el método matemático, puntualiza⁹⁰, no se trata de realizar un vaticinio dotado de absoluta certeza, sino de obtener una proyección razonable del perjuicio producido, de acuerdo con la regularidad de las cosas (*quod plerumque fit*); y en este sentido, la matemática constituye una herramienta que, a través de la estadística y la probabilidad, resulta imprescindible como instrumento racional.

Siguiendo a Acdeel-Ernesto SALAS, insiste el expresado autor⁹¹, la fijación de las indemnizaciones mediante el empleo de la matemática financiera es preferible al grosero empirismo de la jurisprudencia, cuyas soluciones, por carecer de base firme, son siempre

⁸⁸ *De los daños a la persona*, cit., p. 17. Efectúo esta cita porque lo que el autor dice del Derecho argentino es perfectamente predicable del español. Curiosa y sorprendentemente, este autor acepta el criterio de Jorge-Joaquín LLAMBIAS de que el daño patrimonial experimentado por la viuda y los hijos menores como consecuencia del fallecimiento de su marido y padre, al quedar privados del sostén económico que éste les proporcionaba, no puede considerarse como un lucro cesante, sino como un daño emergente (p. 87); conceptualización que debe rechazarse, pues es claro que ese sostén del que se ven privados no constituye algo que salga de su patrimonio (daño emergente), sino algo que deja de entrar en el (lucro cesante): no es un *maleficium* que se sufre, sino un *beneficium* del que deja de gozarse.

Ejemplo sincero del expreso desdén por las fórmulas matemáticas/actuariales se halla en la SAP de Toledo (Secc. 2ª) de 15 de septiembre de 1998 (Ilmo. Sr. Cruz Mora) que contiene la siguiente declaración: “*los argumentos que suelen emplearse para tratar de probarlo [el lucro cesante derivado de unas lesiones permanentes impositivas] son matemáticamente correctos, pero en justicia inaceptables, ya que las fórmulas a largo plazo, para determinar el montante económico que una persona puede obtener a lo largo de su vida laboral, no conjugan elementos que de ordinario alteran las exactitudes numéricas..., convirtiendo cualquier programa de sumas, restas y multiplicaciones... en el cuento de ‘La Lechera’, traducido jurídicamente como enriquecimiento injusto, porque no hay relación entre la situación que el daño genera (tiempo presente) y el momento en que se indemniza (final de la vida laboral de la víctima). Por eso, la jurisprudencia creó fórmulas no matemáticas que se resumían en el prudente... y ponderado arbitrio del juzgador*”.

Luis BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO se ocupaba en 1965 de la determinación cuantitativa de la indemnización por lucro cesante ligado a un daño corporal y parecía decantarse por el uso del “cálculo matemático en base de los ingresos anuales de la víctima”, pero puntualizaba que tal parámetro constituía un punto de partida que no podía ser objeto de aplicación inexorable, aunque debe tenerse en cuenta que, al hacer esta observación, se estaba refiriendo a la necesidad de ponderar perjuicios diversos de los del lucro cesante, haciendo alusión clara a la perjudicialidad estrictamente personal (*El seguro obligatorio de vehículos a motor y su proyección indemnizatoria*, I. Colegio Central Titulares Mercantiles, Madrid, 1965, pp. 60-61). Debe resaltarse que estamos ante uno de los pocos autores que hace ya bastantes años se ocupó con sentido técnico y práctico de la cuestión relativa a la valoración del daño corporal y de sus consecuencias perjudiciales; y que la obra citada constituye un inequívoco antecedente doctrinal del actual sistema legal valorativo, según se demuestra por la utilización de conceptos manejados por el referido autor (“factores de corrección”, “circunstancias personales”, “circunstancias familiares”, pp. 69, 82, 83, 112, 113), lo que demuestra que la manejaron los redactores originarios del sistema de 1991.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 137.138.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 140.

⁹¹ *Ibidem*, p. 649.

sospechosas de arbitrariedad; y, retomando, a través de aquél, una frase de Guido GENTILE⁹², asevera que el método matemático es exacto en su lógica demostrativa, justo en su finalidad integradora y simple en su aplicación contable, afirmándose⁹³ como instrumento indispensable para proporcionar un resarcimiento razonable.

Sólo venciendo la tenaz resistencia que ofrecen los juristas -abogados y jueces; jueces y abogados- frente al cálculo matemático, puede llegarse a una determinación más objetiva (menos subjetiva) de las indemnizaciones reparadoras del lucro cesante⁹⁴, poniéndose término a las pautas secretas del quehacer judicial y a la tosquedad de las operaciones aritméticas que, en algún caso aislado, se efectúan⁹⁵. Siendo frecuente que las sentencias desdeñen las conclusiones de las pericias actuariales, despreciando su ciencia, debe realizarse un serio esfuerzo para superar el rechazo que el hermetismo de la matemática produce en el mundo judicial⁹⁶. Alumbrada por los datos que proporciona la estadística, la evaluación de la probabilidad constituye el único soporte racional para calcular el importe de las indemnizaciones por los daños futuros causados en caso de muerte y de incapacidad permanente⁹⁷, conjugando las dos variables básicas: el tiempo relevante, es decir, la duración del perjuicio, y el alcance económico de éste⁹⁸.

En el caso de la muerte, la conjugación de la edad de víctima y perjudicados permite afinar el lapso durante el cual es razonable suponer que los vivos recibirían las aportaciones económicas procedentes del pariente fallecido⁹⁹, pues la valoración del lucro cesante causado por la muerte consiste, precisamente, en determinar el valor actual de la parte que, de las rentas

⁹² *Problemi insoluti nella valutazione del danno alla persona*, Responsabilità civile e previdenza, 1951, p. 289.

⁹³ IRIBARNE, ob. cit., p. 652.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 648-650.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 651. Ejemplo de la tosquedad a la que se hace referencia es el cálculo de la SAP de La Rioja de 16 de octubre de 2000, que se estudia después (apartado 4.1).

⁹⁶ *Ibidem*, p. 666.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 653.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 654.

⁹⁹ *Idem*. La STS (Sala 1ª) de 17 de febrero de 1956 declaró que, en caso de muerte, la esposa y los hijos del fallecido, que se ven privados de los recursos que con su trabajo éste les proporcionaba para su subsistencia, sufren un daño material directo, además del daño de carácter moral; y la STS (Sala 4ª) de 17 de julio de 1985 declaró que la reparación integral del daño, como principio general del ordenamiento jurídico, exige que, en caso de muerte, los familiares del fallecido conserven el nivel de ingresos que éste les aportaba. Como es sabido, no son frecuentes en nuestra jurisprudencia las declaraciones de este tipo, pero cuando las mismas se producen, se corresponden con una proclama literaria de buenas intenciones, pues no va acompañada del más mínimo esfuerzo por convertirla en efectiva.

obtenidas por el interfecto, habrían correspondido a sus familiares inmediatos¹⁰⁰. Con determinación de las aportaciones económicas de la víctima, como presupuesto material de los cálculos precisos, debe computarse, a su vez, el período de tiempo durante el cual las recibirían normalmente los diversos perjudicados, teniendo en cuenta la edad de aquella¹⁰¹ y la de cada uno de éstos, en el entendimiento de que ha de atenderse siempre a la mayor¹⁰²; y con fundamento en tales datos, debe efectuarse la atribución indemnizatoria a cada perjudicado, de forma separada.

¹⁰⁰ Se trata de valorar el *pretium mortis* y no el *pretium vitæ* o *pretium mortui*, pues el difunto sufre la pérdida de la vida, pero son sus familiares allegados quienes sufren las consecuencias perjudiciales de su muerte y el resarcimiento *mortis causa* se proyecta en exclusiva sobre dichas consecuencias para neutralizarlas o paliarlas.

Señala Massimo FRANZONI (*La liquidazione del danno alla persona*, cit., nota 20 pie p. 78) que la fijación de una cantidad como *pretium mortui* se corresponde con la antigua figura del veregildo –*Wehrgeld*–, propia del Derecho germánico, en virtud de la cual el homicida tenía que abonar una suma de dinero a los familiares del muerto si quería evitar su venganza. A su vez, la atribución de la indemnización a los herederos del fallecido es heredera de esta vieja concepción que sólo se supera cuando el resarcimiento se adjudica a quienes resultan perjudicados por razón de la muerte y en virtud de su propio perjuicio.

Mediado el siglo XVI nuestro Domingo de SOTO ya se planteaba, partiendo de las aportaciones de la doctrina precedente, la cuestión del resarcimiento por causa de muerte y de su concreta adjudicación a los diversos perjudicados (*De Iustitia et de Iure* [1556], edición facsimilar, versión castellana Marcelino González Ordóñez, introducción Venancio Diego Carro, Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1967, Libro 4, Cuestión 6, Artículo 3, pp. 337-340). Invocaba la opinión de algún autor en el sentido de que el homicida debe dar a los herederos del muerto tanto cuanto éste, a juicio de personas discretas (*iudicium prudentium*), hubiera ganado durante toda su vida; y asumía el criterio de Juan DUNS ESCOTO de que el homicida debe estar obligado a sostener a la familia del muerto, no sólo a la mujer y a los hijos, sino también a sus padres y parientes que vivieren de su labor (pp. 338-339). Pero se hacía eco de las dudas que suscitaba la determinación de las personas a las que había de hacerse la restitución y decía que “es necesario poner moderación en esta manera de pensar” (p. 336); y, afirmado que la restitución se había de hacer a favor de los herederos forzosos, negaba que tuvieran que ser resarcidos los hermanos y otros parientes de inferior grado, sin que, respecto de éstos, el homicida hubiera de asumir obligación alguna, pues “de lo contrario también tendría la obligación de sostener a los amigos y criados”. Reducido así el elenco de perjudicados, decía que la razón de la restitución se halla en que “el hombre es, en cierta manera, un bien, no sólo para sí, sino también para su mujer, para los hijos y para los padres”, de modo que “quien mata a un hombre, priva a aquéllos de un bien” p. 339).

¹⁰¹ Olvidada la cuestión del resarcimiento del lucro cesante derivado del daño corporal tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia (pese a su enorme importancia), nuestros juristas clásicos asumieron el criterio de que, en los casos de lesiones corporales y de muerte, tenían que repararse las obras (*opera*) que dejaron de realizarse como consecuencia de tales daños; y, en el caso de fallecimiento, había que computar los años que el difunto pudo haber vivido, de acuerdo con las normas recogidas por Gneo-Domicio-Anneo ULPIANO, con referencia a la *Lex Falcidia*. De ello se hace eco Antonio ALONSO-CORTÉS CONCEJO en su tesis doctoral (*Fundamento de la responsabilidad civil delictual*, Seu, Colegio Mayor San Jorge, Valladolid, 1960), con citas de Antonio GÓMEZ (p. 134), Diego de COVARRUBIAS LEIVA (p. 132), Luis de MOLINA (p. 138) y Jacobo CÁNCER (p. 145); y recoge que José SESSÉ, en sus *Inhibitionum et Magistratus Iustitiæ Aragonum* (Barcelona, 1602), puntualizaba que, fijado lo que pudo ganar el fallecido con su industria, había que descontar lo que hubiera consumido a lo largo de su vida (p. 147).

En su comentario a la Ley Falcidia sobre herencias, dice el jurista Emilio MACER que, según fijaba Domicio ULPIANO para los alimentos, la computación del tiempo se ha de hacer de la siguiente forma: desde la primera edad hasta los 20 años, se han de computar 30 años para la prestación de la Falcidia; de los 20 años hasta los 25, se han de computar 28 años; de los 25 hasta los 30, 25; de los 30 hasta 35, 22; de los 35 hasta 40, 20; de los 40 años hasta 50, se han de computar los años que faltaren a su edad para los 60; de los 50 hasta 55, 9; de 55 hasta 60, 7; y desde 60 años, cualquiera que sea la edad, la de 5; y que de la misma regla hay que valerse para hacer la computación del usufructo, aunque se acostumbró a hacer la computación de 30 años desde la primera edad hasta los 30; y desde los 30 años se ha de hacer la computación de tanto años cuantos se ve que faltan para los 60; luego nunca se hace la computación por más de 30 años.

¹⁰² En el Derecho colombiano, la determinación judicial del importe del lucro cesante causado por la muerte o por una lesión permanente impeditiva se efectúa distinguiendo entre el “perjuicio consolidado” y el “perjuicio no consolidado”, siendo el primero el que se ha producido ya al tiempo de dictarse la sentencia liquidatoria de la indemnización y siendo el segundo el perjuicio futuro que se produce desde la fecha de la sentencia hasta el

A tal efecto, debe acudir a una serie de presunciones sucesivas, impuestas por el conocimiento de la realidad normal (*notitia rerum*), siendo en este caso imprescindible manejar los datos estadísticos actualizados que proporcionan los estudios sociológicos¹⁰³. Normalmente, se calcula que el cónyuge superviviente se beneficiaba de la mitad de las rentas obtenidas por el fallecido cuando no hay otros familiares dependientes (hijos, padres); o que el grupo familiar restante, formado por el cónyuge y un sólo hijo, se nutría de las dos terceras partes de esas rentas; o de tres cuartas partes, si son dos los hijos dependientes. Establecida así la renta útil, deben ponderarse los años durante los cuales la habría obtenido cada perjudicado; y, a tal efecto, se presume que el cónyuge viudo la habría obtenido hasta el final de la vida del interfecto, o hasta el final de su vida laboral, utilizándose una tabla de supervivencia para calcular la duración probable de la vida del fallecido, aunque se acude a la del perjudicado, si es menor por ser de edad superior¹⁰⁴. Posteriormente, veremos que esta duración no puede presumirse hoy, dado que el matrimonio ha dejado de ser vitalicio, en un enorme número de casos.

En todo caso, la fecha efectiva o hipotética de la jubilación debe ser tomada en consideración, utilizando como parámetro el importe anual de la pensión consiguiente, con detracción del importe de la pensión de viudedad, en su caso, realizándose la *compensatio lucrum cum damno*¹⁰⁵.

momento en que se calcula que cesa la producción del perjuicio, que corresponde, en el caso de la muerte, al término de la vida probable de quien resultó fallecido, es decir, al completarse su supervivencia probable, y, en el segundo caso, a la fecha en que habría de ponerse término a la vida productiva del lesionado. Así lo explica y demuestra con estudio de sentencias Juan-Carlos HENAO PÉREZ, *El daño...*, cit., pp. 132-137, 284-335.

¹⁰³ Según expresa Jesús PINTOS AGER, el lucro cesante o renta dejada de percibir por la víctima herida, o por los familiares dependientes de la víctima fallecida, es verificable mediante la observación de la ganancia obtenida hasta el momento del accidente y con el empleo de los métodos de predicción y cálculo actuarial, bien desarrollados por las ciencias sociales, por el período durante el que es probable que se hubiera continuado devengando; y que, cuando la víctima no contaba con ingresos conocidos o estimables (niño, estudiante, parado), el cálculo debe apoyarse también en el análisis probabilístico, con asimilación del nivel de rentas del grupo en el que la víctima pueda insertarse (*Baremos...*, cit., pp. 192-193).

¹⁰⁴ Edoardo BONASI-BENUCCI resaltaba en 1955 la necesidad de ponderar tal circunstancia (*La responsabilidad civil*, trad. 1º ed. [1855] Juan-Ventura Fuentes Lojo y José Peré Raluy, Bosch, Barcelona, 1958, p. 104).

¹⁰⁵ Sobre el significado y la operatividad de esta figura –muy maltratada en nuestro país tanto por la doctrina como por la jurisprudencia–, con sus tres manifestaciones diferenciadas, me remito a Mariano MEDINA CRESPO/María MEDINA ALCOZ, *La “compensatio lucrum cum damno” en la responsabilidad extracontractual. La denominada teoría del descuento*, Revista Responsabilidad Civil Circulación Seguro, 2005/3, pp. 16-28 (con corrección de errata en 2005/5, p. 3). *Vide* también Encarnación ROCA TRÍAS, *Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño*, en AAVV, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, cit., pp. 4251-4277, donde se muestra partidaria de la utilización técnica de esta figura para evitar el indebido cúmulo de indemnizaciones que corresponden a un mismo daño.

La fórmula adoptada se contrae a la capitalización de los rendimientos económicos que el fallecido obtenía por su trabajo en el momento del fallecimiento, computándose la cuota de la que se beneficiarían los perjudicados (multiplicando) y teniendo en cuenta el período de tiempo durante el cual se obtendrían aquellos rendimientos (multiplicador)¹⁰⁶, con previa deducción de los beneficios generados, en su caso, por la muerte.

El art. 10:103 de los “Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil” (2005, mayo) contempla, bajo el título de “*beneficios obtenidos mediante el evento dañoso*”, la operatividad de la *compensatio lucro cum damno*, estableciendo al efecto: “*al determinar la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio*”. No parece, ciertamente, que el último inciso de este artículo de signo doctrinal sea un dechado de claridad en orden a la compensación (o no) del daño padecido y el lucro obtenido mediante el evento dañoso, aunque ya sería un avance importante que en nuestro Derecho legislado se introdujera un precepto de tal tenor.

Durante muchísimos años, el TS (tanto la Sala 1ª como la 2ª) se ha venido ateniendo al criterio de la plena compatibilidad de las diversas fuentes resarcitorias, traduciendo ello en que la prestación proporcionada por la Seguridad Social al trabajador lesionado, o a los familiares del trabajador fallecido, es absolutamente compatible con la indemnización que corresponda por el capítulo de la responsabilidad civil, sin que la primera disminuya el importe de la segunda. Al mismo criterio se ha venido ateniendo la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS, según pone de manifiesto la S (Sala 4ª) de 15 de abril de 1988, que declaró que, al fijar el valor de los perjuicios morales y económicos causados por el fallecimiento de quien proporcionaba su sustento a esposa e hijos, no pueden deducirse de la indemnización las cantidades correspondientes a las pensiones de viudedad y orfandad.

Sobre “el vicioso principio de la compatibilidad de las fuentes resarcitorias”, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. I, *Los fundamentos*, cit., pp. 170-181, 283-284, y t. III, vol. 1, *Las reglas generales...*, cit., pp. 142-144. La clave “sociológica” estriba en que no podía plantearse seriamente la realización de ese descuento cuando el resarcimiento del lucro cesante brillaba siempre por su ausencia esplendorosa. De todas formas, pese al sentido equilibrado con que suele autorretratarse la jurisdicción, lo cierto es que, unas veces, no llega y, otras, se pasa, pues, frente al criterio jurisprudencial de compatibilizar esos resarcimientos, hay en la actualidad la tendencia exactamente contraria, que es a la que se atiene la Sala de lo Social, que sostiene con acierto que las sumas percibidas por el trabajador, o por los familiares del trabajador fallecido, con cargo a las coberturas sociales, han de ser descontadas de la indemnización que corresponda por el capítulo de la responsabilidad civil, pero no tiene en cuenta que ese descuento ha de operar exclusivamente para disminuir o negar la indemnización correspondiente al lucro cesante, sin que puedan compensarse las cantidades sociales con las que correspondan en concepto de perjudicialidad personal. Ejemplo señero es la S de 9 de febrero de 2005 (Pte. Excmo. Sr. Sánchez-Pego Fernández) que, en recurso de casación para la unificación de doctrina, anula la STSJ de Asturias de 12 de septiembre de 2003, que había fijado al trabajador frente a su empresario una indemnización en concepto de responsabilidad civil por cuantía de 207.438 €, al estimar el recurso de suplicación deducido contra la SJS que había desestimado totalmente la demanda, con base en que la capitalización de la pensión vitalicia reconocida al lesionado por su invalidez permanente absoluta ascendía a 217.407,89 €, siendo la misma equivalente al 100% de una base reguladora de 197.815 Ptas., habiendo percibido además el trabajador 5.250.000,- Ptas. en concepto de indemnización por invalidez permanente absoluta con base en el correspondiente convenio colectivo.

En mi concepto, no cabe la compensación de cantidades correspondiente a conceptos heterogéneos, por lo que no cabe que las sumas percibidas con cargo a la Seguridad Social, que tienen el efecto de disminuir o impedir el lucro cesante, se compensen con las cantidades que han de corresponder por los diversos perjuicios de carácter personal. La cuestión podría plantearse respecto al importe percibido en virtud del seguro de accidentes concertado por la empresa en cumplimiento del convenio colectivo de trabajo. A tal efecto, hay que determinar la naturaleza de la indemnización que se percibe con cargo a dicha póliza, pues puede entenderse que constituye una especie de complemento salarial cuya finalidad consiste en impedir o disminuir el lucro cesante o en que se trata de una cobertura que sirve para satisfacer perjuicios estrictamente personales. Si tal póliza amparara perjuicios económicos, su importe tendría que tenerse en cuenta en orden a la fijación de la indemnización pertinente por el capítulo del lucro cesante, al entender que la cantidad percibida disminuye o impide el nacimiento de dicho lucro. Si la indemnización percibida corresponde a perjuicios de carácter personal, no podría ser objeto de compensación ni, respecto del resarcimiento del lucro cesante, ni tampoco respecto del resarcimiento por perjuicios personales, debido a que, en este segundo caso, la ausencia de un concreto valor de los perjuicios personales hace perfectamente posible la compatibilidad de las diversas fuentes resarcitorias, sin que hubiera de producirse al

Es obvio que el conjunto de las aportaciones dedicadas a sus familiares no puede coincidir con el de los ingresos que habría obtenido el fallecido durante el resto de su vida, de no haberse producido su muerte; y esta consideración lleva a deducir la parte correspondiente a los propios consumos del fallecido (la denominada *quota sibi*, la cuota de autoconsumo o de los

respecto la más mínima disminución.

Muy precisa es, en ese sentido, la STJ de Navarra de 26 de noviembre de 1994 (Pte. Excmo. Sr. Fernández Urzainqui; Ar. 9029), en la que, después de señalar que la jurisprudencia ha venido declarando la compatibilidad de las responsabilidades de índole laboral con las de índole estrictamente civil, señala que tal independencia e incompatibilidad no significan que la fijación del *quantum* de las indemnizaciones civiles haya de efectuarse con abstracción de las prestaciones percibidas por imperativo de la normativa laboral, aunque seguidamente puntualiza, y esto es lo que nos interesa en este concreto particular, que su consideración es improcedente respecto del cálculo de la indemnización por daños cualitativamente distintos de los que son objeto de la cobertura social, como son los daños morales.

Para que se capte de forma plástica el carácter vitando de la tesis de compensar cualesquiera daños con cualesquiera lucros, basa con pensar en que, llevado este principio indiscriminador a sus naturales consecuencias, tendría que disminuirse la indemnización que ha de corresponder por perjuicios personales (morales) a los padres de un menor fallecido, como consecuencia que tener que computar el ahorro económico que les supone su muerte. Una cosa es que este efectivo ahorro se compense con las eventuales ventajas que podrían obtener los padres en el futuro por alguna ayuda económica del hijo y otra que pretenda compensarse ese ahorro con el precio del dolor, que es el concepto que se utiliza tradicionalmente para definir el perjuicio personal de rango existencial que sufren los padres como consecuencia de la muerte de un hijo.

Aunque constituye sólo una insinuación, la idea de que la intolerable duplicidad de indemnizaciones sólo es predicable respecto de las partidas que afecten al patrimonio económico de la persona, y no a su patrimonio inmaterial, aparece apuntada en la STS (Sala 1ª) de 19 de junio de 1984 (Pte. Excmo. Sr. Serena Velloso, Ar. 3250).

¹⁰⁶ De forma tan nítida como elemental (aunque, desde luego, desconocida por la doctrina jurisprudencial predominante), decía Emilio GÓMEZ ORBANEJA en 1950 que el lucro cesante causado por la muerte se concreta, según la *communis opinio*, en la capitalización de aquella parte de los ingresos del difunto que reservaba o estaba en condiciones de reservar al perjudicado (*Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, t. 2, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1951, p. 411). De forma manifiestamente insular, la STS de 12 de mayo de 1969 atendió a la suma “*que resulta financieramente del valor actual del 80% de los ingresos anuales del finado en función de la vida computada estadísticamente*”. En nuestro país, brillan normalmente por su ausencia declaraciones jurisprudenciales tan elementales como la de que, en caso de fallecimiento, la reparación íntegra exige la conservación del nivel de ingresos que el fallecido aportaba a sus familiares (SSTS, Sala 4ª, de 16 de noviembre de 1974 y 12 de julio de 1985), o, como la de que, en caso de invalidez permanente, el resarcimiento ha de consistir en el mantenimiento de los niveles de renta que antes del siniestro obtenía el lesionado, mediante una suma alzada que asegure su consecución (STS, Sala 4ª, de 2 de febrero de 1980).

La STS (Sala 1ª) de 5 de mayo de 1956 (Pte. Excmo. Sr. Charrín Martín-Veña) fijó en 50.000,- Ptas. la indemnización por la muerte de dos marineros que estaban casados y que tenían cada uno un hijo menor, declarando que era cantidad “proporcionada a los medios de vida que obtenían con su trabajo los interfectos”, consistiendo éstos en unos ingresos anuales cifrados en suma superior a las 10.000,- Ptas. Sobrecoige pensar que la indemnización reconocida (que, por cierto, fue la solicitada por las viudas) cubriera el lucro cesante padecido por los perjudicados; y ello sobre la base de que dicha suma correspondiera sólo al resarcimiento del lucro cesante, sin incluir la reparación de los perjuicios personales causados. Para un estudio sintético de esta sentencia me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 2, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit., pp. 198-199, siendo sentencia citada por Juan-Ventura FUENTES LOJO y José PERÉ RALUY, en sus anotaciones a Edoardo BONASI-BENUCCI (*La responsabilidad civil*, cit., p. 112), poniéndose como ejemplo de que, en su fecha, las indemnizaciones que se establecían por muerte en España eran irrisorias.

Uno de los pocos casos en que se ha resarcido verdadera y demostradamente el lucro cesante causado por la muerte está constituido por la STS (Sala 3ª, Secc. 6ª), de 13 de diciembre de 2001 (Pte. Excmo. Sieira Míguez; Ar. 2002/5183), que anuló en recurso de casación la STSJ de Baleares (Secc. 1ª), de 31 de julio de 1997, apreciándose la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma por el fallecimiento del conductor de un vehículo por cuyo parabrisas penetró una roca desprendida de un lado de la calzada. Apreciada la responsabilidad patrimonial, el TS abordó de forma escueta, pero bastante precisa, dentro de lo que es normal, el resarcimiento de los perjuicios

gastos personales de la víctima)¹⁰⁷, atendiendo sólo a sus efectivas erogaciones (la *quota quibus*; *quota commodi*, *quota emolumentum*, *quota beneficii*, *quota quæstus*, *quota utilitatis* o *quota lucri*), aplicando un porcentaje proporcionado por el conocimiento de la realidad y las reglas de la sana crítica. Cualquier sentencia que se atenga estrictamente a los ingresos del fallecido y considere que coinciden con el lucro frustrado de los perjudicados por su muerte, sin computar reductoramente la *quota* de autoconsumo (la *quota propria* de la víctima), es sencillamente irracional, pues da lugar a una sobrerestauración (enriquecimiento injustificado) que, sobrepasando los límites intrínsecos de cualquier resarcimiento, vulnera por exceso el principio de la reparación plenaria¹⁰⁸.

causados a la esposa del conductor y a sus dos hijos, mediante la siguiente fundamentación: *Estimada como ajustada a Derecho la cantidad de 18.000.000,- Ptas. en concepto de daños morales para cubrir los causados a la esposa y dos hijos del fallecido, siendo... la... solicitada,... queda por determinar la... que debe ser indemnizada por lucro cesante y que los recurrentes cifran en 22.440.000,- Ptas., a razón de 170.000,- Ptas. mensuales durante los 11 años de vida profesional que restaban al fallecido por ser ésta la diferencia entre sus ingresos, que dicen ser de 200.000,- Ptas... y la pensión que queda a los recurrentes de 29.953,- Ptas. En este punto, pese a lo que sostienen los recurrentes, de la prueba documental aportada resulta que los ingresos netos del fallecido, por rendimiento empresarial [taxista], eran en 1993 de 1.316.000,- Ptas... que figuran en su declaración de renta... Así las cosas, el lucro cesante resulta en 80.000,- Ptas. mensuales, una vez redondeadas las diferencias, razón por la que esta Sala estima que por tal concepto debe fijarse como indemnización la cantidad de 10.560.000,- Ptas., lo que da un total por todos los conceptos de 29.027.441,- Ptas.*

¹⁰⁷ La expresión *quota sibi* aparece expresamente recogida en la S del Tribunal Italiano de Casación de 16 de mayo de 2000 (núm. 6321), según registra Marco ROSSETTI (*Il danno da lesione della salute*, cit., p. 1085). A su vez, el dato material de la *quota sibi* aparece perfectamente recogido en la STS (Sala 1ª) de 12 de mayo de 1969 (Pte. Excmo. Sr. Bonet Ramón), al declarar que la suma fijada como indemnización para la viuda y los hijos del fallecido era cantidad inferior a la que resultaría financieramente del valor del 80% de los ingresos anuales del finado en función de la computación estadística de su vida media; pronunciamiento importante pero que, a la postre, pasó desapercibido, al no haber tenido en cuenta la jurisprudencia ulterior la base técnica a la que correctamente se atenía para la determinación cuantitativa del lucro cesante causado por la muerte.

¹⁰⁸ Dado que el párrafo primero del art. 1802 del C.c. de Puerto Rico es exactamente nuestro art. 1902 (el párrafo segundo del precepto puertorriqueño es un añadido establecido en 1956 para regular correctamente el efecto reductor asociado a la concurrencia de la culpa de la víctima, al objeto de evitar los efectos de la compensación abstracta que impone la doctrina anglosajona de la *contributory negligence*), es interesante hacer una referencia puntual al tratamiento resarcitorio que en dicho país recibe el lucro cesante en caso de muerte, a la luz de la jurisprudencia de su TS, que opera al respecto con los siguientes ingredientes: cálculo del importe de los ingresos netos de la víctima, deducción del importe imputado al propio consumo de la víctima y proyección de la diferencia resultante sobre la duración estimada de la vida productiva de la víctima; de modo que se fija la indemnización mediante la sencilla multiplicación de la cifra inicialmente obtenida por el número de años de la presumible vida productiva de la víctima. Sobre ello, *vide* Ronald MARTÍNEZ CUEVAS –perito economista en casos de lucro cesante–, *El estimado del valor del lucro cesante por muerte o incapacidad en Puerto Rico*, R. Jurídica Universidad Pto. Rico, núm. 64, 1995, pp. 75 ss. y *El estimado de la pérdida de ingresos personales y el lucro cesante*, R. Colegio Abogados Pto. Rico, 2003, pp. 104 ss. Dicho autor critica que el TS se atenga siempre como magnitud uniforme a una reducción por autoconsumo de una tercera parte de los ingresos netos de la víctima, sin ponderar las variables constituidas por el número y edad de los familiares dependientes. A su vez, critica también que se fije como tope de la vida productiva de la víctima la edad de 65 ó 70 años, pues ello se traduce en indemnizaciones exageradas. En el caso *Viuda de Serrabals v. Abella Hernández* (1964), la indemnización por lucro cesante, para la viuda de la víctima (abogado) y su hija menor, se estimó en 10.100 \$ anuales, proyectados sobre una vida esperada de 38 años; en el caso *Sánchez v. Liberty Mutual Insurance Company* (1971), la indemnización por lucro cesante para los padres de una fallecida se estimó en 4.691 \$ anuales que se proyectaron sobre una vida esperada de 39 años; en el caso *Suro v. ELA* (1981), la indemnización por lucro cesante, para la viuda de la víctima (abogado) y sus tres hijas, se estimó en 30.695 \$ anuales, que se proyectaron sobre una vida esperada de 22 años; y en el caso *Colón v. AFF* (1982), la indemnización por lucro cesante para la viuda del fallecido (ingeniero) y sus tres hijos se estimó en 24.500 \$, que se proyectaron sobre una vida esperada de 35 años. Es particularmente útil consultar el artículo del abogado y notario puertorriqueño Pedro MALAVET VEGA,

Por otra parte, cuando el fallecido no desenvolvía actividades productivas en el mercado laboral, sino que se dedicaba a las labores hogareñas, éstas deben ser igualmente ponderadas; y, en este sentido, la mensuración de las consecuencias económicas ligadas a la muerte del ama de casa pasa por determinar los costos de su sustitución, computando el número de horas dedicadas, mediante la construcción de unas reglas de carácter presuntivo con las que ponderar el número y la edad de las personas que conformaban el hogar familiar. Este cálculo hay que hacerlo normalmente en el caso de la mujer casada (esposa, madre), aunque estuviera incorporada al mercado laboral, pues la experiencia demuestra que es ella la que, fundamentalmente, sigue atendiendo las exigencias de la actividad doméstica. En todo caso, el importe anual del salario mínimo interprofesional puede proporcionar una base razonable (aunque proyectada a la baja) para la realización del correspondiente cálculo.

En el trance de fijar un resarcimiento por perjuicios económicos, no hay, en definitiva, más perspectiva que la económica, de modo que hay que encarar las cuestiones del *an* y del *quantum* con despojo de cualquier circunstancialidad estrictamente personal (moral). Se trata de una perspectiva impuesta por el principio de vertebración, de modo que, dado que hay que valorar separadamente los perjuicios personales/morales (con sujeción básica al principio igualitario) y los patrimoniales (sin sujeción al expresado principio), ni la cuantificación de los primeros puede hacerse depender de circunstancias de índole económica, ni la de los segundos puede resultar condicionada por circunstancias de índole moral o afectiva.

Por eso, cuando se trata de sopesar los efectos perjudiciales ligados a la muerte de un hijo menor, hay que fijar, en primer lugar, el valor de los perjuicios personales y, en este

*Derecho de Daños y "Law of Torts". La experiencia de Puerto Rico en Derecho codificado y "common law", en AAVV, Derecho de Daños, coord. Luis Ribó Durán, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 121-146, donde, al tratar de la valoración de los daños personales en el Derecho Puertorriqueño, pone de manifiesto que lo usual es que se fijen indemnizaciones separadas para los perjuicios personales de los familiares de la víctima y para el lucro cesante, siendo calculado éste tal como antes ha quedado expresado. Así, en el caso *Pérez Cruz v. Hospital La Concepción* (1984), se fijó como indemnización para la viuda del fallecido, de 43 años, la suma de 40.000 \$ y para el hijo una suma de 15.000 \$, fijándose por lucro cesante por una vida útil adicional de 27 años la cantidad de 110.055 \$; y en el caso *Escobar Galarza v. Banuchi Pons*, por la muerte de una mujer casada de 29 años, se fijó para el viudo por la pérdida personal 50.000 \$ y por lucro cesante 45.000 \$, reconociéndose 16.000 \$ por la pérdida de la madre a cada uno de los tres hijos menores.*

sentido, hay que empezar por los básicos¹⁰⁹ que han de ponderarse de acuerdo con la (igualitaria) regulación legal, siguiendo la valoración de los eventuales perjuicios personales de carácter extraordinario (factores de corrección)¹¹⁰, para, finalmente, atender, en su caso, la posible existencia de circunstancias excepcionales de índole personal¹¹¹ que reclamen objetivamente la fijación de un complemento indemnizatorio de signo individualizador; y, tras todo ello, hay que abordar, en segundo lugar, la cuestión del valor de los perjuicios económicos, computando en exclusiva las circunstancias que determinan su existencia y, de apreciarse ésta, las circunstancias determinantes de su alcance cuantitativo.

El magistrado italiano Marco ROSSETTI¹¹², gran especialista en temas de daño corporal y asesor al respecto durante varios años del TC de su país, dice que, por muy doloroso que resulte y aunque pueda sonar a cínico, cuando se trata de valorar los perjuicios económicos que los padres sufren por la muerte de un hijo menor, no puede marginarse que esta muerte hace desaparecer las cargas de alimentación, mantenimiento y educación, de modo que procede la *compensatio lucri cum damno*, pues la pérdida de la eventual contribución económica que el hijo podría haber proporcionado en el futuro a sus padres (*lucrum cessans*) queda equilibrada con la desaparición de aquellos gastos (*incommodum cessans*)¹¹³.

Cuando se trata de apreciar y medir el lucro cesante que pueden sufrir los padres de una víctima menor sin rendimientos económicos por trabajo personal, debe computarse la posibilidad frustrada (*chance*) de que en el futuro la víctima hubiera ayudado económicamente a sus padres¹¹⁴ y, en este sentido, hay que manejar los siguientes parámetros: en primer lugar, que,

¹⁰⁹ Primer nivel de la individualización perjudicial. Cuando se trata de los perjuicios personales ordinarios causados por una lesión permanente, este primer nivel de individualización se corresponde con la dimensión estática del perjuicio fisiológico.

¹¹⁰ Segundo nivel de la individualización perjudicial. Cuando se trata de los perjuicios personales extraordinarios causados por la lesión permanente, estamos ante la dimensión dinámica del perjuicio fisiológico.

¹¹¹ Tercer nivel de la individualización perjudicial. Con este tercer nivel se cierra el trípede de circunstancias dañosas como instrumento vertebrador puesto al servicio de la reparación íntegra.

¹¹² *Il danno da lesione della salute*, cit., p. 1093.

¹¹³ Así lo apreció el Tribunal italiano de Casación, en S de 7 de mayo de 1996, que anuló la resolución impugnada por no computar la disminución de gastos (ob. últim. cit., pp. 1093-1094).

¹¹⁴ Debe tenerse en cuenta que en la Resolución 75/7, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el último inciso del comentario 58, correspondiente al principio 15 (referente al resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte) señala específicamente que “*los padres también tienen derecho a la reparación si era previsible que en el futuro los hijos hubieran subvenido a sus necesidades*”.

La STS (Sala 1ª) de 17 de febrero de 1956 (Pte. Excmo. Sr. Domínguez Molina; Ar. 1103) declaró que, en caso de muerte, los padres del fallecido a los que éste ayudaba para su subsistencia (en el caso, al desplazarse al mercado de Vigo para vender los productos del campo) sufren, además del daño de carácter moral, un daño

desde el punto de vista económico, lo normal (*id quod plerumque accidit*) es que los hijos, hasta que se independizan económicamente, constituyen para los padres un costo y no una fuente de ingresos, pues la función de éstos consiste en “dar” y no en “recibir”, de modo que la muerte del hijo constituye una disminución de gastos (*sumptus cessantes*) y no de ingresos; en segundo lugar, que, en términos generales y en nuestra sociedad, lo regular es que los padres, aún jubilados, dada la generalidad del sistema de las pensiones sociales y otros expedientes privados de previsión, conserven su autonomía económica y no precisen de la ayuda de los hijos, quienes destinan sus ingresos laborales al sostenimiento del núcleo familiar constituido al independizarse¹¹⁵; y, en tercer lugar, que, para que los padres sufran un perjuicio económico por la muerte del hijo, es preciso que éste contribuyera en vida con sus ingresos al sostenimiento de la familia¹¹⁶.

material directo que debe ser objeto de resarcimiento.

¹¹⁵ Por eso, en términos generales, el lucro cesante de los padres constituye una expectativa altamente improbable (Stefano GIUSBERTI, *Riflessioni in tema di risarcimento del danno patrimoniale futuro conseguente alla morte del figlio minore*, Tagete, 1999/1, pp. 16-23 y en AAVV, *Danno emergente. Lucro cesante...*, cit. pp. 369-382; Lino SCHEPIS, *Analisi del caso Luigino*, en AAVV, *ibidem*, pp. 383-390).

En el “caso Luigino”, la S del Tribunal de Apelación de Bolonia de 7 de octubre de 1995 (núm. 1151) declaró que “en la hipótesis de la muerte de un menor, producida a causa de un siniestro de la circulación rodada, sus padres pueden reclamar del dañante el resarcimiento de los daños patrimoniales por lucro cesante, pero sólo cuando demuestren la existencia de los presupuestos relativos al mismo”, por lo que se negó tal resarcimiento, habida cuenta que los padres eran titulares de una empresa agrícola con la que obtenían unos ingresos económicos que convertían en inverosímil que, en su día precisaran de la ayuda económica de su hijo. También se denegó el resarcimiento del lucro cesante alegado por los padres en el caso resuelto por la S del Tribunal de Casación de 15 de diciembre de 1981 (núm. 6630), pues las buenas condiciones económicas de los padres del fallecido, titulares de una empresa con muchos empleados, hacían muy altamente improbable que necesitaran en el futuro de la ayuda económica del hijo.

¹¹⁶ Un supuesto de fijación de indemnización por la muerte de un hijo, comprensiva tanto de los perjuicios morales como de los perjuicios patrimoniales de lucro cesante y establecida de acuerdo con las pautas tradicionales de la extrema globalidad, está constituido por la SAP de Madrid (Secc. 11ª) de 26 de marzo de 2004 (Pte. Ilmo. Sr. Almazán Lafuente; Ar. civ. 1114), resolutoria de reclamación deducida por los padres de un trabajador fallecido frente a su patrono. Concretada la pretensión indemnizatoria en 210.354,24 € (35.000.000,- Ptas.), el JPI acogió parcialmente la demanda y fijó la indemnización en 83.068 € (13.821.352,- Ptas.), habiéndose dejado orientar inequívocamente por el sistema legal valorativo de los daños corporales causados en accidente de circulación. Apelada la S, la AP rechazó la utilización del referido sistema y entendió “asumible” la cantidad reclamada por los actores, por lo que la aceptó como valor de los perjuicios, aunque la redujo en un 20%, fijándola en 168.283,39 € (28.000.000,- Ptas.), al haber apreciado la concurrencia de la culpa de la víctima (por haberse situado en una pasarela o plataforma de obra sin el cinturón de seguridad), con una cuota del 20%. Lo que interesa destacar es que la AP se limitó a decir que era asumible la cantidad reclamada por los actores como valoración de los perjuicios, con referencia tanto a los morales como a los materiales, con una mera referencia a que el fallecido vivía con sus padres, habiéndose acreditado en el procedimiento el nivel de su salario, pero sin que la AP se molestara en absoluto en separar los perjuicios morales de los patrimoniales del lucro cesante, con su valor discriminado, ateniéndose al deleznable método de la valoración intuitiva y personal. Naturalmente, no hay la más mínima referencia al criterio utilizado para apreciar la existencia de lucro cesante, que no se induce necesariamente del hecho de que el fallecido tuviera un salario y de que conviviera con sus padres, no se concreta en absoluto el nivel de ese salario, ni tampoco el tiempo calculable de la duración de ese supuesto lucro cesante que sin mencionarlo se da por probado y que, desde luego, no se cuantifica en modo alguno. Esta S demuestra lo lento que es el proceso de racionalización en la cuestión valorativa y lo necesario de la intervención quirúrgica de índole legal en esta materia, sin ceñirla al tránsito motorizado. Las preguntas que habrían de hacerse al ponente y que cuento con la imposibilidad de su concreta contestación, son: ¿Qué cantidad a los perjuicios morales y qué cantidad corresponde a los perjuicios patrimoniales del lucro cesante sufrido por los padres del fallecido? Fijada la cantidad correspondiente a los perjuicios morales, ¿Existe alguna razón seria para que se valoren de forma distinta a como los valora el Legislador cuando se trata de

Se comprende así que el subsistema tabular no fije cantidad alguna para los padres de la víctima menor que no trabaja, ni en concepto de estricto lucro cesante, ni por el concepto de la oportunidad perdida (*chance*), pues ésta constituye una mera posibilidad, sin rango alguno de probabilidad y verosimilitud¹¹⁷; y, caso de que la víctima menor tuviera edad laboral, sin contribuir con su trabajo al sostenimiento de sus padres, se ha de entender suficiente la suma que resulta de aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos, identificados como un perjuicio patrimonial básico en el que se incluye el valor de la oportunidad perdida.

Expresadas algunas ideas básicas sobre los parámetros manejables para el resarcimiento del lucro cesante en casos extremos, como son el del fallecido que deja cónyuge viudo e hijos menores y el del fallecido menor que deja padres, constituyendo el primero el máximo exponente del lucro cesante y el segundo el exponente típico de su (normal) inexistencia, es claro que el cabal resarcimiento exige la construcción de una serie de modelos que, de acuerdo con la estructura familiar, sirvan de pauta para orientar el cálculo preciso que lleve a su cuantificación; y, naturalmente, estos modelos son expresables a través de reglas tabulares, siempre que quede claro el valor presuntivo de su tipificación normativa¹¹⁸, por caber la prueba en contrario. Serían reglas de tasación presuntiva puestas al servicio del resarcimiento y no puestas al servicio de su negación.

De acuerdo con las ideas que anteceden, lo primero que debe hacerse, para fijar la indemnización pertinente por el lucro cesante causado por la muerte, es determinar si hay familiares que se beneficiaban de los ingresos obtenidos por la víctima. De existir, ellos resultan, en principio, económicamente perjudicados por el fallecimiento, en la medida en que

un fallecimiento causado en accidente de circulación? Fijada la suma adjudicada a los perjuicios patrimoniales, ¿De dónde sale esa cifra que no se especifica? ¿Qué parámetros se han manejado para cuantificar el lucro cesante? ¿Se han tenido en cuenta las cantidades percibidas por los padres del fallecido con cargo a la Seguridad Social, como indemnización por el accidente laboral? ¿Cómo puede adjudicarse alguna cantidad en concepto de lucro cesante a los padres del fallecido si no se da por probado que el mismo colaboraba al mantenimiento económico de aquéllos? ¿Cuál era el nivel de los ingresos económicos de los padres del fallecido? ¿Qué duración se adjudica al supuesto lucro cesante de futuro de los padres? La imposible respuesta a estas preguntas permitiría dotar de valor demostrativo a una indemnización que se muestra verdaderamente abstracta y auténticamente arbitraria en cuanto fundada exclusivamente en la voluntad judicial y carente de la más mínima motivación justificativa.

¹¹⁷ Lo incomprensible o, mejor dicho, comprensible pero técnicamente inaceptable, es que no sentara pautas para resarcir “de verdad” el lucro cesante causado por la muerte, en los casos en que efectivamente se produce.

¹¹⁸ Pero para romper la presunción legal del valor no basta la mera voluntad judicial, sino que tiene que demostrarse que el valor efectivo es diverso.

las erogaciones económicas que les proporcionaba la víctima quedan cortadas. Estos familiares son, normalmente, el cónyuge y los hijos que no han alcanzado una vida económica independiente. También pueden serlo, aunque cada vez menos hasta convertirse casi ya en un supuesto excepcional, los padres del fallecido.

Efectuada esa determinación provisoria, hay que fijar el nivel de los ingresos netos de la víctima en el momento inmediatamente anterior a su fallecimiento, sobre la base de entender que el de los ejercicios sucesivos sería normalmente similar¹¹⁹.

Fijado el nivel de ingresos netos de la víctima, hay que deducir el importe de la *quota sibi*, la cuota de autoconsumo de la víctima, la parte que de sus ingresos destinaba ella a sus gastos personales; y, fijada esta cuota, surge la *quota quipus*, que se descompone en las diversas cuotas útiles o *quotæ commodi*, es decir, las cuotas de beneficio que corresponden a la parte que de sus ingresos netos destinaba la víctima a cada uno de sus familiares dependientes¹²⁰.

Establecida, por tanto, la cuota del provecho frustrado de cada perjudicado, hay que compensar su importe con la denominable cuota social que, como lucro naciente (*damnum cessans*), haya originado el fallecimiento de la víctima. De esta forma, si el perjudicado es el cónyuge viudo y le ha quedado una pensión de viudedad, el importe del lucro cesante está constituido por la diferencia entre una y otra cuota (la *quota commodi* y la *quota socialis*) siempre que la primera sea de mayor importe¹²¹. A tal efecto, se ha de computar la suma

¹¹⁹ Aunque hay casos en que se justificaría ciertamente la previsión de un incremento progresivo.

¹²⁰ La cuota útil está constituida no sólo por las cantidades destinadas a la satisfacción estricta de las necesidades de los familiares, sino también por la cantidad constitutiva del ahorro familiar y de la que dichos familiares se benefician.

¹²¹ El hecho de que el importe de las pensiones de viudedad y orfandad no sean reclamables, por parte de la entidad que los afronta, frente al responsable del daño, no justifica que deje de deducirse en el trance de fijar la indemnización por los perjuicios patrimoniales causados por la muerte al cónyuge viudo y a sus hijos menores. Si no se dedujera el importe de tales pensiones, sus beneficiarios gozarían de un enriquecimiento injusto, siempre que la indemnización fijada por el lucro cesante se acomodara efectivamente al alcance inicial del mismo; y, a su vez, si su importe, deducido, no puede trasladarse al agente responsable de la muerte, se produciría a favor de éste un injusto enriquecimiento pasivo, al no sufrir el justo empobrecimiento que conllevaría su abono. Lo ideal es que no se produzca ni uno ni otro enriquecimiento, pero lo que no cabe es que, para evitar el segundo, se convalide el primero. Ello es así porque la función del instituto de la responsabilidad civil es estrictamente reparadora y, a los efectos de la reparación pretendida y del cumplimiento del principio de la reparación íntegra, hay que fijar una indemnización que se corresponda con todo el daño sufrido y sólo por dicho daño; y ello se cumple cuando las pensiones sociales se incluyen en la computación de los beneficios derivados de la muerte acaecida, en cuanto que disminuyen el alcance de los perjuicios patrimoniales del lucro cesante. A su vez, la convalidación del enriquecimiento pasivo del responsable, establecida por razones especiales de pura política jurídica (al impedirse la repetición de lo pagado frente al mismo), no supone un atentado al instituto de la responsabilidad civil, porque lo

correspondiente a los años de presumible duración del perjuicio, tomando como *dies ad quem* el del cese presumible de las contribuciones económicas, sin que pueda sobrepasarse el del cese de la que habría sido normalmente la vida activa (productiva) de la víctima.

Si el perjudicado es un hijo, debe, en su caso, computarse el importe de la pensión de orfandad, con el cálculo de su duración, en el entendimiento de que la duración del lucro cesante es mayor que la duración de la pensión, dado que se ha de reputar como fecha presumible de vida independiente la de los 26 años¹²², con inclusión de todo este último año en que se haya cumplido dicha edad¹²³.

Esto significa que, si se trata de calcular el lucro cesante padecido por el cónyuge viudo y por algún hijo, el del primero se ha de calcular con dos cuotas de beneficio distintas, correspondientes a períodos diversos, constituidos el primero por el tiempo en que el cónyuge concurra con el hijo en la participación de las erogaciones económicas de la víctima y

que importa en éste no es que el responsable pague sino que el perjudicado cobre, dado que la responsabilidad civil debe estar despojada de cualquier consideración de signo punitivo, que es la que se ponderaría particularmente si no se puede consentir cualquier enriquecimiento (activo o pasivo) del responsable.

¹²² Se trata, en mi concepto, del comienzo de la edad superior, según el diseño de la tabla I. Sobre las fronteras de edad en la regulación tabular, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. IV, *El fallecimiento*, pp. 340-343. En todo caso, debe tenerse en cuenta que las cuotas útiles son, naturalmente, presuntivas, y, por tanto, pueden variarse si hay alguna circunstancia que (sin inventos abstraídos) justifique una cuota mayor o menor. Habrá de asignarse al perjudicado una cuota mayor si, por ejemplo, se trata del cónyuge que esté afecto por una enfermedad que conlleve la realización de gastos extraordinarios de asistencia o si se trata de un hijo afectado por una minusvalía importante que suponga la prolongación de por vida de su dependencia económica, de tal manera que, en este caso, la cuota de provecho del hijo, no está marcada por la duración normal a la que se hace referencia en el texto, sino que está marcada por el nivel de supervivencia probable del progenitor fallecido.

¹²³ Sobre la extensión de la cuota de beneficio de los hijos menores y sobre la duración de su lucro cesante, es interesante la S del Tribunal italiano de Casación de 25 de junio de 1981 (núm. 4.137) que acogió el recurso deducido por los hijos de una fallecida que disientan del criterio del Tribunal de Apelación que había fijado la expresada cuota en un 50% de los ingresos de la fallecida en la época inmediatamente anterior a su fallecimiento, con el cálculo de que su contribución económica en favor de los hijos se habría de prolongar hasta que los mismos cumplieran los 25 años. El Tribunal de Casación declaró que el juez, al utilizar su facultad discrecional atinente a la liquidación equitativa de los daños y perjuicios, debe expresar las razones y el proceso lógico que da lugar a sus cálculos matemáticos y que, en esta ocasión, el Tribunal de Apelación no había aclarado las razones por las cuales valoraba la ganancia dejada de obtener por los hijos de la fallecida en la mitad de los ingresos de la misma, entendiéndolo el Tribunal de Casación que tal cuota debía cifrarse, al menos, en un 66%, y que, a su vez, el cálculo del lucro cesante no podía limitarse al tiempo que habría de transcurrir hasta que los hijos adquirieran independencia económica de su madre, por cuanto que de esta forma dejan de ponderarse los eventuales ahorros del difunto, de los que habrían de beneficiarse en el futuro los hijos (Valentina di GREGORIO, *La valutazione equitativa...*, cit., pp. 285-288).

Con todo, el criterio judicial señalado me parece exagerado, pareciéndome más ajustado a un correcto resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte que se fije la *quota commodi* correspondiente a los dos hijos de la fallecida en un 50%, como efectuó la resolución recurrida, inclinándome también por no ponderar los eventuales ahorros del difunto para sobrepasar la fecha en que los hijos adquirieran presumiblemente una vida económica independiente. Pero lo que interesa resaltar al hacer referencia a esta S no estriba tanto en optar por una solución u otra, como en poner de manifiesto la sensibilidad judicial del Tribunal italiano de Casación que entra en estos pormenores en orden a la fijación de la congrua indemnización del lucro cesante causado por la muerte, sin que en nuestra jurisprudencia pueda encontrarse una declaración de signo similar.

constituido el segundo por el tiempo que transcurra desde que el hijo ha de adquirir presumiblemente la vida independiente, en el entendimiento de que si se trata de varios hijos, habrán de computarse tantos períodos como hijos a medida en que los mismos habrían de haber adquirido la fecha prevista de vida independiente, de modo que en estos supuestos se produce una variación del porcentaje de la *quota sibi* y de la *quota commodi*. Así las cosas, la clave está en la determinación de los porcentajes de las diversas cuotas; y, en este sentido, pueden fijarse de forma aproximativa los porcentajes variables según los casos.

En el supuesto de que el lucro cesante sea padecido exclusivamente por el cónyuge dependiente de la víctima, hay que entender que la *quota sibi (quota propria)* está constituida por el 50% de los ingresos de la víctima y que la *quota commodi (quota aliena)* del cónyuge viudo está constituido por el otro 50%¹²⁴; aunque debe tenerse en cuenta que esta situación corresponde a un matrimonio ordinario, en el entendimiento de que si la víctima hubiera de socorrer mediante algún tipo de pensión compensatoria a otro cónyuge del que estuviera legalmente separado o del que se hubiera divorciado, consistiendo el lucro cesante de este

¹²⁴ Hay que tener en cuenta que, caso de que la víctima fallecida proporcionara en vida parte de sus ingresos a su cónyuge (*quota commodi*) y éste, a su vez, también proporcionara a su consorte parte de sus ingresos (*quota commodi*), sólo habrá verdadero lucro cesante si el importe de la primera cuota es superior al importe de la segunda. Esta circunstancia fue tenida en cuenta por la STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 1996 (Pte. Excmo. Sr. Morales Morales), para denegar el resarcimiento pretendido en concepto de lucro cesante por la viuda de un anciano fallecido, según resulta de la siguiente declaración: “*la actora... basó su petición... en que su fallecido esposo cobraba una pensión de 35.962,- Ptas. mensuales, de la que vivían los dos,... y ahora la... pensión... ha quedado reducida, por el concepto de viudedad, a 20.780,- Ptas. mensuales, por lo que la diferencia entre ambas pensiones (15.182,- Ptas. mensuales o, lo que es lo mismo, 182.184,- Ptas. anuales) multiplicada, dice, por el término medio de vida que, estadísticamente, se puede calcular a la viuda (70 años), que a la fecha del fallecimiento de su esposo tenía 57 años, arroja un total de 2.368.392,- Ptas... Esa... petición... está montada sobre un auténtico sofisma, ya que, por un lado, si con la pensión que cobraba el fallecido... habían de subsistir... los dos esposos, lo que supone la mitad de dicha cantidad, o sea, 17.981,- Ptas. mensuales para cada uno, ahora percibe la actora, para sí sola,... una pensión... de 20.780,- Ptas. mensuales, que es superior a la referida mitad anterior...*”.

La cuestión apuntada se ha planteado, naturalmente, en el ámbito de la jurisprudencia francesa, sin que haya una respuesta unívoca respecto a si los ingresos laborales del cónyuge superviviente, que naturalmente redundaban en provecho del fallecido, deben ser tenidos en cuenta para calcular el importe efectivo del lucro cesante padecido por aquél. Así, la S del Tribunal de Casación, Civil (Sala 2ª) de 28 de octubre de 1992, casó la de instancia que había deducido del perjuicio patrimonial de la conviviente *more uxorio* la mitad de sus propios ingresos; y, en cambio, la S del Tribunal de Casación, Penal (Sala 1º) de 1 de diciembre de 1993, casó la S que se había negado a tomar en consideración las rentas laborales del cónyuge superviviente.

En su famosa monografía sobre la valoración del perjuicio personal, el magistrado francés Max le ROY (*L'évaluation du préjudice corporel*, 14ª ed., Litec, Paris, 1998) señala que la práctica francesa adjudica a la viuda, en concepto de lucro cesante, una indemnización basada en un porcentaje del 40 al 50% de las rentas netas del marido fallecido; y considera que fijar tal porcentaje en un 66,6%, como hiciera la S del Tribunal de Casación, Civil (Secc. 2ª), de 25 de octubre de 1968, es excesivo. Indica que si el fallecido deja uno o dos hijos menores a su cargo, el porcentaje para cada uno de ellos es del 15% y que si deja más de dos hijos, el porcentaje máximo correspondiente a la viuda y a los hijos debe cifrarse en un 85%. Por otra parte, advierte este autor que, naturalmente, debe ser tenida en cuenta la pensión que le quede a la viuda y que, en cambio, no se puede tener en cuenta, para disminuir la indemnización, el capital que haya percibido con cargo a un seguro de vida (aps. 236-237, pp. 134-135).

cónyuge o ex cónyuge en el importe que tendría que haber percibido por el capítulo de la pensión compensatoria, la total cantidad correspondiente a la misma debe deducirse del total de los ingresos netos de la víctima adjudicándose su importe a dicha perjudicada en concepto de indemnización¹²⁵, y calculando seguidamente el importe de la *quota commodi* del cónyuge viudo con el que se conviviera.

Caso de que la víctima deje cónyuge y un hijo, hay que entender que cada una de las respectivas cuotas es del 33%¹²⁶, en el entendimiento de que, una vez que el hijo adquiriera una vida independiente, la cuota de beneficio del cónyuge viudo pasaría a ser del 50%. En el caso de que los perjudicados sean el cónyuge y dos hijos, en principio, las cuotas son del 25%, tanto la cuota de consumo de la víctima como las cuotas de beneficio de esposa e hijos, con la advertencia relativa a la variación de las cuotas a medida que cada hijo alcance los 27 años de edad. En el supuesto de que le lucro cesante corresponda al cónyuge y tres hijos, cada una de las cuotas ha de estar constituida por el 20%; y si los hijos fueran cuatro, la cuota de cada uno de éstos habría de estar constituida por el 17%, con unas cuotas de consumo y beneficio del cónyuge del 16%; y si el número de hijos fuera cinco, la cuota de consumo y la cuota de beneficio del cónyuge viudo puede cifrarse en un 12,5% y la cuota de cada uno de los hijos en un 15%¹²⁷. Porcentajes los señalados que se plasman en el siguiente cuadro:

víctima	cónyuge	hijo	hijo	hijo	hijo	hijo
50%	50%	—	—	—	—	—
33%	33%	34%	—	—	—	—
25%	25%	25%	25%	—	—	—

¹²⁵ Una de las reglas rematadamente absurdas de la regulación tabular está constituida por la que contiene el inciso segundo del párrafo primero de la nota (3) que figura en el enunciado del grupo III de la tabla I. Difícilmente es concebible que una mente jurídica construya un esperpento mayor. Carece radicalmente de sentido que un lucro cesante, como es el del cónyuge legalmente separado o *ex cónyuge* con pensión compensatoria, pueda valorarse al margen de su importe y duración, con base en la suma adjudicada como básica al cónyuge viudo. Se trata de una norma estúpida y absurda que entra en colisión con los valores axiológicos más elementales del sistema legal, por lo que resulta imposible su aplicación (*ad absurdum nemo tenetur*), de tal manera que el resarcimiento del lucro cesante se ha de calcular con base, normalmente, en el importe de la pensión compensatoria reconocida y su calculada duración, por aplicación de la norma del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema, donde, en consonancia con lo previsto en la norma fundante del mismo (art. 1.2 de la Ley), consagra el principio de la reparación íntegra y concreta su realización mediante la reparación del lucro cesante padecido. Sobre ello me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 2, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit., pp. 412-421.

¹²⁶ Por razón de exactitud aritmética, el 1% que sobra se le adjudica al hijo.

¹²⁷ Naturalmente, estos porcentajes tienen que ser objeto de modulación si confluye la presencia de otros perjudicados, como pueden ser los padres del fallecido, proyectándose su lucro frustrado sobre la duración probable de su vida.

20%	20%	20%	20%	20%	–	–
16%	16%	17%	17%	17%	17%	–
12,5%	12,5%	15%	15%	15%	15%	15%

Naturalmente, estas concretas cuotas pueden ser objeto de discusión, pero debe quedar claro que cualquier solución correspondiente al resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte que prescindiera de ellas proporciona, en general, una respuesta resarcitoria de menor calidad judicial; y que las indicadas cuotas son estrictamente presuntivas, admitiendo perfectamente la prueba tanto del valor superior como del valor inferior, pues su utilización corresponde a lo que acontece regularmente, sirviendo de base para fijar el importe del lucro cesante de cada uno de los perjudicados, salvo que haya circunstancias que determinen la fijación de sumas diversas a las resultantes de la utilización de las indicadas operaciones.

Un supuesto particular de perjuicios económicos resarcibles está constituido por los que causa de muerte de un ama de casa. Son perjuicios que pueden reconducirse al concepto de lucro cesante, pues los familiares de la fallecida quedan privados de la utilidad económica de sus labores domésticas, pero que también puede reconducirse al concepto de daño emergente, en la medida en que sus familiares se ven precisados a contratar unos servicios domésticos que sustituyan la actividad de la fallecida. En todo caso, no hay duda de que la muerte del ama de casa genera unos perjuicios patrimoniales que tienen que ser objeto de resarcimiento¹²⁸.

2.4.- La repercusión de la inestabilidad matrimonial en la determinación de la duración del lucro cesante causado por la muerte del cónyuge

¹²⁸ Expresión de su reconocimiento específico es la S del Tribunal italiano de Casación de 10 de mayo de 1995, que corresponde a la petición de indemnización deducida por el marido de una señora que falleció en accidente de circulación el día 26 de mayo de 1978. Formulada la reclamación por el viudo, por sí y por su hijo menor, la S originaria (dictada en 14 de enero de 1989) reconoció a los actores una indemnización de 129.420.000 Liras. Apelada la S por los demandados, el Tribunal de Apelación (mediante S de 15 de abril de 1991) de redujo la indemnización a 51.805.480 Liras con el argumento de que no podían ser objeto de consideración los supuestos perjuicios patrimoniales causados por la muerte de la esposa y madre de los demandantes, por cuanto que la renta que obtenía como ama de casa era sólo virtual o figurada, puramente ficticia, sin que por ello pudiera computarse para fijar indemnización alguna. Recurrida la sentencia en casación por el demandante, el Tribunal de Casación acogió el recurso declarando que el Tribunal de la segunda instancia había negado erróneamente la existencia del daño patrimonial derivado de la muerte de la esposa y madre de los demandantes, pues tenían derecho a ser resarcidos por tal tipo de daño, en la medida en que, como consecuencia del fallecimiento, resultaron privados de las utilidades económicas que les reportaba las labores domésticas que efectuaba la fallecida y de las que, de no haber fallecido, habrían seguido disfrutando en el futuro, por lo que, anulada la S impugnada, se remitieron las actuaciones a otro Tribunal para que resolviera el supuesto, de acuerdo con el criterio de resarcibilidad sentado por el TS.

Según se ha señalado reiteradamente, el lucro cesante causado por la muerte es, como cualquier lucro cesante de producción futura, un perjuicio probabilística, apreciándose su existencia cuando se está ante una probabilidad relevante. Por ello, se ha de apreciar su existencia y, en su caso, se ha de calcular su importe, de acuerdo con la regularidad de las cosas; y, dentro de ésta, se encuentra que la persona que, antes de fallecer, obtenía unos determinados ingresos laborales, los hubiera seguido obteniendo, o los hubiera incrementado a lo largo del tiempo, de haber sobrevivido, siendo anormal que se produzca una disminución de los mismos; y también se enmarca en la regularidad de las cosas que quien obtiene esos ingresos destine una parte de ellos a sus familiares más inmediatos, normalmente el cónyuge y, en su caso, sus hijos, en tanto éstos no alcancen una vida económica independiente.

Pero lo que no puede afirmarse es que el matrimonio que se contraiga se haya de caracterizar por su estabilidad, porque, a diferencia de lo que acontecía en tiempos pretéritos, hoy está comprobado que una buena parte de los matrimonios que se contraen, o de las uniones conyugales de hecho que se constituyen, no se extinguen por la muerte de uno de los consortes, sino por la voluntad de ellos que ponen término a la unión convivencial, al cabo de cierto tiempo, produciéndose la separación de hecho, la separación legal o la disolución del matrimonio por causa de divorcio.

Lo que antes era normal, ahora ya no lo es, hasta el punto que la situación de separación y divorcio, patológica de suyo, cobra ciertos visos de normalidad social. Esta nueva situación se traduce en que, si, al resarcirse el lucro cesante que padece una persona como consecuencia de la muerte de su cónyuge, se calcula como duración de este lucro el de la probable vida del que de los dos tuviera mayor edad, se estaría efectuando un cálculo que no se corresponde ya con la regularidad de las cosas, obteniéndose una solución resarcitoria que no se corresponde con la realidad y que pugna precisamente con el sentido probabilística de lucro cesante como perjuicio económico¹²⁹.

¹²⁹ Al ocuparse del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte, Patrice JOURDAIN (en Geneviève VINEY, *Les effects...*, cit., ap. 141, pp. 257-258), resalta que uno de los parámetros a tener en cuenta para fijar el resarcimiento está constituido por la duración del sostenimiento financiero por parte de quien resulta fallecido; y, en este sentido, señala que, naturalmente, respecto de los hijos, hay que calcular esa duración hasta la fecha en que habrían adquirido su "autonomía financiera", mientras que respecto del cónyuge viudo hay que

Esto lleva a considerar que, al igual que la cuantificación del perjuicio personal causado por la muerte de un cónyuge debe de medirse con un criterio de proporción en atención a la duración de la unión mantenida desde que se constituyera hasta su extinción por el fallecimiento¹³⁰, debe hacerse lo mismo en relación con el cálculo del lucro cesante, de tal manera que su duración tiene que hacerse coincidir con el tiempo transcurrido desde que se

extender la duración del perjuicio hasta la fecha probable del fallecimiento del cónyuge más joven. Como vemos seguidamente en el texto, este segundo criterio no se compadece con la regularidad actual de las cosas, por lo que ya no puede mantenerse de forma general este tipo de duración, a los efectos de determinar el alcance cuantitativo del perjuicio del lucro cesante causado por la muerte.

¹³⁰ Me he referido a esta cuestión en conferencias en las que he tratado del resarcimiento del perjuicio afectivo (existencial) del cónyuge viudo, refiriéndome a la relativizada permanencia conyugal y a su posible incidencia en la aplicación de las reglas tabulares, dando lugar a un verdadero reajuste correctivo de la tabla I, sin que mis puntos de vista se hayan expuesto en concretas publicaciones, por lo que, para comprender la afirmación que hago en el texto y justificar el paralelismo que propongo, respecto del cónyuge viudo, entre la valoración de su perjuicio personal y la de su perjuicio patrimonial por lucro cesante, sintetizo seguidamente las consideraciones que justifican tal postura.

Un estudio detallado y en profundidad de la tabla I, reguladora del resarcimiento del perjuicio personal padecido por causa de muerte, lleva a la conclusión de que está construida, fundamentalmente, con base en la realidad social que todavía existía en España en 1970 y no con la que, en virtud de su propia dinámica, existía cuando se aprobó en 1995. La suma básica que el grupo I adjudica al cónyuge viudo constituye una respuesta resarcitoria típica frente a una situación de firme estabilidad matrimonial (convivencial) que no se corresponde con la que ofrece en la actualidad el matrimonio ni las otras uniones asimiladas (uniones consolidadas de hecho, heterosexuales u homosexuales). Porque hoy la vocación de permanencia -si se tiene- resulta frecuentemente retractada. Valorar por igual el perjuicio afectivo del cónyuge viudo, con independencia de que llevara 25 años de convivencia con el fallecido o solamente 2, no se compagina con una realidad social que atestigua una sensible disminución de la duración de las uniones conyugales, en atención al número de las que desembocan en una ruptura (separaciones y disoluciones). Si, en gran medida, la implantación de la doctrina del perjuicio propio, a costa del viejo criterio hereditario, tuvo lugar para proteger al cónyuge viudo, particularmente mujer, frente a los desafueros resarcitorios que suponía la aplicación del criterio hereditario, en un momento de fortísima estabilidad matrimonial, la disminución de ésta debería de haberse traducido en una estructuración diversa de la tabla I, para acomodarla a las exigencias de la actual realidad social; y el efecto de esta acomodación es que es insostenible que el cónyuge viudo sea siempre el primer perjudicado principal, pues entiendo que tendría que serlo el hijo menor e incluso también el hijo de edad intermedia, en atención, también, a los datos que proporciona la realidad social, en cuanto al enorme retraso en la emancipación efectiva (independencia convivencial y económica) de los hijos.

Estas consideraciones quedan expuestas, no como planteamiento *de iure condendo*, sino como elementos de la realidad social que soslayablemente ha de tenerse en cuenta para interpretar las reglas tabulares, de acuerdo con lo establecido en el art. 3.1 C.c., en el entendimiento de que las sumas tarifadas, expresadas como fijas, están pensadas sobre una unión conyugal completamente estable y muy duradera, constituida desde la perspectiva de reputar normal que sus integrantes no se separen sino por la muerte de uno de ellos, de acuerdo con el compromiso tradicional llamado a ser cumplido. De esta forma, nos encontramos con que la regulación tabular está construida sobre un falso presupuesto; y su constatación implica que la interpretación literal de dicha regulación se produce al margen del mandato de que se tenga en cuenta la realidad social sobre la que tiene que aplicarse. Así las cosas, la aplicación de la disciplina tabular referente al resarcimiento del perjuicio personal sufrido por el cónyuge viudo se inserta en el ámbito de una fuerte tensión interpretativa que no puede fácilmente soslayarse. Parto de que la indemnización básica con la que se resarce ese perjuicio moral (ordinario) aparece legalmente definida mediante la adjudicación de una suma fija; y parto, a su vez, de que, si la regulación tabular funciona así, se brindan unas respuestas indemnizatorias que se producen al margen de la realidad social, es decir, al margen de la real (in)estabilidad de las uniones conyugales, como expresiva de la intensidad de la *affectio maritalis* o, mejor dicho, de la significación existencial de la desintegración del núcleo familiar.

En la medida en que esa realidad social deba ponderarse, la interpretación literal de las reglas tabulares, con la consiguiente adjudicación de las sumas prefijadas supone un incumplimiento del mandato señalado. Partiendo del carácter vinculante del sistema, pero también de que sus normas se han de aplicar teniendo en cuenta la realidad social sobre la que se proyectan, hay que cohonestar la ambigüedad de tales mandatos; y parece evidente que su compaginación sólo puede realizarse mediante el mecanismo presuntivo que informa toda la regulación tabular,

constituyera la unión hasta su extinción por la muerte de uno de los dos cónyuges. La idea es que, a tantos años de convivencia habría de corresponder tantos años de lucro cesante, siempre con el límite marcado por el nivel de supervivencia probable del cónyuge de mayor edad¹³¹.

Con esta técnica de medición, se afronta uno de los delicados problemas que plantea el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte del cónyuge, cuando, reconocido el

como producto normativo racional y razonable. Lo mismo que el principio presuntivo informa la determinación de los perjuicios resarcibles y, por lo tanto, la determinación de los perjudicados con derecho a resarcimiento, debe entenderse que dicho principio informa también la determinación cuantitativa de esos perjuicios. La idea es que se presume que las personas insertas en el grupo tabular al que sea reconducible cada supuesto concreto son perjudicados y que se les ha de reconocer el correspondiente resarcimiento, en tanto no quede demostrada la inexistencia de su cualidad perjudicial; y la idea es que su perjuicio debe cuantificarse de acuerdo con la regulación tabular, mientras no se demuestre que es distinta la cuantía procedente, lo que supone que las cuantías tabulares, expresadas como fijas, son en realidad cuantías presumidas, cabiendo que la presunción cuantitativa sea enervada mediante prueba acreditativa de que la cuantía del perjuicio es mayor o menor que la fijada tabularmente.

Planteada así la cuestión y, en atención a sus propios presupuestos, hay que concluir que las sumas tabulares, establecidas como fijas, corresponden a una situación de fuerte estabilidad conyugal que sólo se demuestra mediante la duración del tiempo convivido, pues no cabe utilizar la falsa presunción de una permanencia que la realidad desmiente con contundencia. Presumir hoy la permanencia conyugal es verdaderamente conjetural y contrario a la experiencia, pues lo que durante siglos ha sido una unión estable hoy ha pasado a constituir ciertamente una unión inestable. Frente a la fortaleza de las uniones conyugales de antaño, las de hogaño se muestran altamente quebradizas; con sus enormes ventajas y sus muchos inconvenientes, pero con primacía social de las primeras. La permanencia conyugal, como parámetro expresivo de la intensidad del perjuicio afectivo personal causado por la muerte del cónyuge, se predica del incontestable dato de un presente con pasado y no sólo de un presente con un futuro verdaderamente incierto.

El problema es que, concebidas como presuntivas las sumas tabulares, la estabilidad demostrada se convierte en un concepto indeterminado, cuya determinación queda sometida necesariamente, hoy por hoy, al arbitrio judicial. A tal efecto, me parece ajustado a la realidad considerar que debe reputarse (fuertemente) estabilizada aquella unión conyugal en la que la convivencia afectiva se haya prolongado durante más de quince años; y, hecha esta determinación, se ha de afirmar como eje para la fijación de las cuantías resarcitorias, en el entendimiento de que las sumas tabulares establecidas en las tres columnas de edad corresponden a ese grado de estabilidad acreditada. Partiendo de tal presupuesto aplicativo, hay que atender a un criterio de proporción para fijar la concreta cuantía que corresponda a situaciones conyugales cuya duración no coincida con la conceptualizada como prototípica, operando así el tiempo transcurrido en convivencia como una especie de factor de corrección que lleva a fijar una cuantía que será inferior cuando no se haya alcanzado la expresada duración y que será superior cuando se haya sobrepasado.

Comprendo las inquietudes y desazones que la interpretación propuesta puede generar, aunque sólo sea por la complejidad que se introduce en la aplicación de las reglas tabulares (máxime cuando prima en nuestros lares un lamentable positivismo de signo literalista); pero debe tenerse en cuenta que esa complejidad es expresión de la propia complejidad de la realidad sobre la que se aplican y, si la realidad es compleja, su regulación tiene que serlo, pues, en otro caso, queda convertida en una pura caricatura deformante, en el entendimiento de que se trata, en definitiva, de una interpretación que sirve al principio de individualización dañosa y, por tanto, al de la personalización resarcitoria, objetivo y meta de cualquier sistema reparador. Por otra parte, me atrevo a considerar que las ideas expresadas no quedan, en mi concepto, en el puro ámbito constituyente, sino que se insertan en una consideración *de systema condito*, aunque soy consciente de que su aceptación judicial como *ius constitutum* puede generar importantes desajustes, pero no con referencia al resarcimiento del perjuicio personal (existencial, más que afectivo) sufrido por el cónyuge viudo, sino con referencia al resarcimiento del sufrido por los hijos comunes, debido al sentido relacional con que están configuradas las cuantías previstas en las reglas del grupo I.

Constituye un defecto de diseño que el perjuicio de los hijos de edad menor y de los de edad intermedia, cuando hay cónyuge sobreviviente, aparezca configurado con un rango secundario, cuando lo estrictamente técnico habría de ser que los hijos de edad menor fueran conceptuados como los primeros perjudicados principales y que los de edad intermedia lo fueran en segundo lugar. Así las cosas, la consideración presuntiva de las cuantías resarcitorias previstas por el cónyuge viudo en el grupo I obliga a un reajuste aplicativo de los grupos en los que los hijos aparecen previstos como perjudicados principales, que es lo que deberían ser siempre, de acuerdo con la graduación a la que se atiene la regulación tabular. Desde el momento en que las cuantías resarcitorias previstas

mismo de verdad, el cónyuge superviviente contrae segundas nupcias, con lo que se genera una situación sobrerrestauradora al haberse resarcido un lucro cesante que, normalmente, cesa (o se disminuye) como consecuencia de la nueva unión conyugal contraída; tema éste que ha sido objeto de muchos estudios por parte de la doctrina italiana, con notable repercusión en la jurisprudencia, planteándose si la contracción de las nuevas nupcias se ha de ponderar o no a la hora de cuantificar el lucro cesante padecido por la muerte del cónyuge de quien, ya viudo, las

para el cónyuge se afirman, a través del principio presuntivo, como pautas objetivas de referencia para cuantificar el perjuicio personal causado de acuerdo con las exigencias del probabilismo, con posibilidad de que se establezcan indemnizaciones superiores o inferiores, dejan de tener sentido las cuantías previstas para los hijos en el grupo I, pues falta el presupuesto relacional sobre el que están montadas las correspondientes reglas, en el entendimiento de que se afirma la necesidad de que el resarcimiento de los hijos quede desconectado del que, con cuantía variada, corresponde al cónyuge viudo. Sólo así se evitan los desajustes que derivan, en principio, de la interpretación propuesta, respecto de la cuantificación del perjuicio afectivo sufrido por el cónyuge viudo. De esta forma, se obtiene un resultado beneficioso, consistente en depurar las consecuencias del principio relacional, que debe quedar reducido a unos términos más justos y más acomodados a la realidad sobre la que se aplican las reglas tabulares. El efecto de esa desconexión es que el grupo I queda privado de su conceptualización como grupo necesariamente preferente, funcionando así, y sólo respecto de su primera regla, en el caso de que se estuviera ante un supuesto de víctima con cónyuge pero sin hijos, pues, de existir algún hijo, entraría en juego, de forma compatible, de un lado, la expresada regla, adecuadamente flexibilizada en atención a la duración de la convivencia marital, y, de otro lado, el grupo en el que, a su vez, se inserte el supuesto, en atención a la edad del hijo, afirmándose, por tanto, siempre, la principalidad del perjuicio afectivo sufrido por éste, sin que se produzca variación alguna en cuanto al resarcimiento del perjuicio secundario de los padres de la víctima, al ser siempre igual la suma prevista para ellos en los tres primeros grupos tabulares. Sin alterar en absoluto su ubicación, el grupo I, reducido su contenido a la regulación del perjuicio afectivo del cónyuge viudo, debe funcionar, no como el grupo primero, sino como un grupo previo, sin que se proyecte sobre él el principio prelatorio de la consecutividad excluyente. De este modo, afirmada la incondicionada principalidad del perjuicio de los hijos, quedarían expulsadas de la regulación tabular las normas que, respecto de ellos, prevé el grupo I, aplicándose los criterios con que se solucionan las antinomias, por la radicalidad de la consideración de que, en un supuesto en el que la víctima deje cónyuge y algún hijo, resulte desdeñada la posibilidad de que se repute secundario el perjuicio de éste. Afirmado así el grupo II.1 como primer grupo, en todo caso la justificación del principio relacional debe llevar a mantener la plena virtualidad normativa de sus dos primeras reglas, aunque la segunda debía ser objeto de una nueva redacción para abarcar la amplitud de los supuestos que exige su razón de ser.

De todas formas, para que no quede en el aire la concreta re-visión que propongo respecto al resarcimiento del perjuicio personal del cónyuge viudo, inserto seguidamente una propuesta de cuantías resarcitorias básicas del cónyuge viudo, en atención a la duración de la convivencia, consignando las cantidades en pesetas, como si se tratara de la regulación originaria del sistema (para facilitar la captación plástica de las cifras), por lo que las cantidades resultantes han de ser objeto de la correspondiente actualización legal, con su conversión en euros. El expresado cuadro es el siguiente:

PERJUICIO CONYUGALEDAD DE LA VÍCTIMA AÑOS CONVIVENCIA hasta 65 años					
		(Ptas.) de 66 a 80 años		(Ptas.) desde 81 años	
(Ptas.) hasta 2 años	6.000.000	3.000.000	2.000.000	hasta 5 años	7.500.000
4.500.000	3.000.000	hasta 10 años	9.000.000	6.000.000	4.000.000
7.500.000	5.000.000	hasta 20 años	12.000.000	9.000.000	6.000.000
13.500.000	10.500.000	7.000.000	hasta 30 años	15.000.000	12.000.000
	31 años	16.500.000	13.500.000	9.000.000	desde

La conversión de dicho cuadro en euros con la actualización "oficial" del 29,21% (IPC acumulado desde 1996 hasta 2004) da lugar, a su vez, al siguiente cuadro:

PERJUICIO CONYUGALEDAD DE LA VÍCTIMA AÑOS CONVIVENCIA hasta 65 años					
		(€) de 66 a 80 años		(€) desde 81 años	
(€) hasta 2 años	46.594,06	23.297,03	15.531,35	hasta 5 años	58.242,57
34.691,10	23.297,03	hasta 10 años	69.891,10	46.594,06	31.062,71
69.891,10	46.594,06	hasta 20 años	81.539,60	58.242,57	38.828,39
		hasta 30 años			hasta 20 años

contrae, con la tendencia a negar tal repercusión, pero calibrarla en realidad bajo el manto de una moderación de carácter intuitivo y poco explicitada¹³². Téngase en cuenta que, en términos probabilísticos de comparación histórica, la *viduitas* ha dejado de ser permanente frente a lo que aconteciera en épocas pretéritas, sobre todo cuando afectaba a la mujer¹³³.

2.5.- El lucro cesante causado por la muerte en el “Derecho europeo” de la

años 93.188,1269.891,1046.594,06 hasta 25 años	104.836,6381.539,6054.359,74 hasta 30 años
116.485,1593.188,1262.125,42 desde 31 años	128.133,66 104.836,6369.891,10

En apoyo de la tesis sostenida, debe tenerse en cuenta que, según la STS (Sala 1ª) de 28 de abril de 2005 (Pte. Excmo. Sr. Sierra Gil de la Cuesta), uno de los datos a tener en cuenta para fijar la duración de la pensión compensatoria del art. 97 C.c. está constituido precisamente por la duración efectiva de la convivencia conyugal.

¹³¹ Por tanto, queda claro que la cuantificación del lucro cesante del cónyuge viudo ha de consistir en la determinación del importe de las ayudas económicas que habría percibido el superviviente en virtud de los ingresos laborales del fallecido, por un período de tiempo equivalente al de la convivencia mantenida anteriormente; y ello supone, de forma coherente, que, con vistas a la compensación del lucro frustrado con los beneficios obtenidos como consecuencia del fallecimiento, respecto de la pensión de viudedad, solamente ha de computarse para determinar el líquido del lucro cesante el importe de las pensiones a percibir durante ese período calculado.

¹³² La bibliografía italiana sobre esta cuestión es muy amplia. Aparte de ser tema que abordan siempre las obras sobre la responsabilidad civil y, en concreto, sobre el resarcimiento de los daños (por mero ejemplo, Augusto BALDASSARI, *Il danno patrimoniale*, cit., pp. 158-160; Massimo FRANZONI, *La liquidazione del danno alla persona*, cit., pp. 94-95; del mismo, *Il danno alla persona*, cit., p. 461; Marco ROSSETTI, *Il danno da lesione della salute*, cit., pp. 1101-1102; y Domenico STEFANI, *Il risarcimento del danno da uccisione*, cit., pp. 435-449), pueden citarse los siguientes artículos: Alessandra AMBANELLI, *Sulla rilevanza delle nuove nozze ai fini dell'applicabilità della "compensatio lucri cum danno"*, Responsabilità civile e previdenza, 1994, pp. 485-489; Mario ANTINOZZI, *Rilevanza delle nuove nozze del coniuge superstite nella determinazione del danno per la morte dell'altro coniuge*, Diritto e pratica dell'assicurazione, 1971, pp. 305-307; del mismo, *Ancora sulla rilevanza delle nuove nozze del coniuge superstite nella determinazione del danno per la morte dell'altro coniuge*, Diritto e pratica dell'assicurazione, 1979, pp. 465-472; Adriano de CUPIS, *Influenza delle nuove nozze sull diritto a risarcimento della vedova*, Foro italiano, 1959/1, cc. 1512-1517; del mismo, *Ancora sull'influenza delle nuove nozze sul diritto a risarcimento della vedova*, Foro italiano, 1959/4, cc. 391-393; también del mismo, *Postilla sull'influenza delle nuove nozze sul diritto a risarcimento della vedova*, Foro italiano, 1960/4, cc. 112-122; Gilda FERRANDO, *Danno da uccisione e nuove nozze del coniuge*, Danno e Responsabilità, 1996, pp. 465 ss.; IACHINI, *Nuove nozze della moglie dell'ucciso e pretesa influenza nel risarcimento del danno*, Archivio della responsabilità civile, 1960, pp. 118 ss.; Arturo-Carlo JEMOLO, *Morte del genitore e nuove nozze del superstite*, Rivista di Diritto civile, 1978/2, pp. 454 ss.; Vincenzo NAPOLETANO, *Seconde nozze della vedova dell'infortunato in pendenza del giudizio risarcitorio*, Foro italiano, 1960/4, cc. 20 ss.; y del mismo, *Ancora sulle nuove nozze del coniuge superstite*, Diritto e pratica dell'assicurazione, 1979, pp. 317-332.

Abordado el supuesto al que me refiero por la jurisprudencia italiana, hay la STS (Sección 3ª) de 4 de febrero de 1993 (núm. 1.384), recaída en el caso Fabio vs Santarelli/la Católica Assicuratrice, que reseña Pier-Giuseppe MONATERI (*Il danno alla persona*, cit., pp. 461-464). Producida en accidente de circulación la muerte de una mujer casada, el pleito se contrajo a la fijación de la indemnización que correspondía a su marido y a la hija menor común. Partiendo de que la fallecida aportaba a la familia los rendimientos de su trabajo, el Tribunal de primera instancia fijó la indemnización en unos 27.000.000 de Liras, habiéndose compensado los rendimientos que el demandante obtenía por el trabajo de la fallecida con los obtenidos al haber contraído nuevo matrimonio con mujer que trabajaba. Se daba la circunstancia de que, producido el accidente en 1971, el demandante contrajo nuevo matrimonio en 1974, sin que constara que la nueva esposa trabajara; pero, anulado este matrimonio, el demandante contrajo nuevas nupcias en 1979, casándose con mujer que proporcionaba a la familia las rentas de su trabajo. El demandante recurrió la sentencia señalada, argumentando que la indemnización fijada por los daños morales era irrisoria y que era erróneo el criterio utilizado en la liquidación de los daños patrimoniales por lucro cesante. Con estimación del recurso, el Tribunal de Apelación fijó una indemnización de 25.000.000 de Liras por daños extrapatrimoniales y otra de unos 36.000.000 de Liras por lucro cesante, calculado a razón de 450.000 Liras anuales por el período comprendido entre la fecha del accidente y la contracción del tercer matrimonio. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que previamente se había apreciado en la vía penal una coparticipación culposa de la víctima en la producción del accidente, cuantificada en un 50%, por lo que las indemnizaciones fijadas en una y otra instancia correspondían a la mitad de las sumas en que se habían valorado los daños y perjuicios producidos.

Responsabilidad Civil

Expresiva del estado de la cultura europea sobre la reparación del daño corporal, la Resolución 75/7, del Comité de Ministros del Consejo de Europa¹³⁴, se ocupó, naturalmente, del resarcimiento del lucro cesante, tanto cuando lo causan las lesiones como cuando lo produce la muerte.

Se aceptó así el criterio sostenido por Adriano de CUPIS (*El daño...*, cit., p. 339), para quien el nuevo matrimonio puede determinar el cese total o parcial del perjuicio patrimonial causado por la muerte del cónyuge, de modo que el perjuicio se contrae sólo al período que dura la *viduitas*, insistiendo en que, en este caso, no se está ante un lucro compensatorio del daño, sino ante una cesación de éste. Recurrida en casación la sentencia de segunda instancia por el demandante, fue acogido el motivo que aducía la improcedencia de aplicar la *compensatio lucri cum damno*, casándose pues, aquélla en el extremo referente a la indemnización fijada por lucro cesante. El TS declaró que la regla, según la cual debe tenerse en cuenta la eventual ventaja que el hecho dañoso proporciona al perjudicado, no puede aplicarse en este caso, porque, para ello, es preciso que el lucro cesante sea una consecuencia directa e inmediata del hecho dañoso, y se puntualizaba que entre éste (la muerte acaecida), que permitió al demandante casarse de nuevo, y las nuevas nupcias, no hay relación de causalidad, sino de ocasionalidad, constituyendo el nuevo matrimonio un acto que se inserta en la esfera más íntima y personal de la persona, sin que por ello pueda sostenerse que suponga el cese del lucro cesante causado por la muerte de la primera esposa. Pero, sentado lo anterior y negada la aplicación estricta de la *compensatio*, el Tribunal declaró que, no obstante, las nuevas nupcias deben ser valoradas caso por caso por el juez, al objeto de determinar en concreto, en cuanto a sus efectivos límites, el perjuicio surgido del hecho ilícito, teniendo en cuenta, empero, que ninguna relevancia puede tener en relación con el montante del resarcimiento debido en favor de los hijos. De esta forma, aunque se niega la estricta *compensatio*, se apunta la pertinencia de ponderar los que la doctrina denomina beneficios colaterales. Es el criterio al que se atenia Adriano de CUPIS cuando decía que la reducción del resarcimiento no se basa en la *compensatio lucri cum damno*, sino en la simple cesación de éste, siendo procedente por la exigencia de que el resarcimiento se corresponda con el daño efectivo, sin extenderlo al que deja de existir (*El daño...*, cit., n. 203 pie p. 340). Con la S reseñada se consolida un criterio matizado respecto de la *compensatio* que suponen las segundas nupcias, rectificándose el puro criterio negativo al que se atuvo la STS (Sección 1ª) de 15 de mayo de 1964 (núm. 1.185), y también el puro criterio positivo al que parece atenerse la STS (Sección 3ª) de 17 de enero de 1981 (núm. 429). La solución definitiva es que no puede aplicarse una estricta *compensatio*, pero que la situación creada por las nuevas nupcias debe ponderarse, aunque con exclusión de cualquier automatismo, según han declarado las SSTS (Sección 3ª) de 11 de julio de 1977 (núm. 3.112), de 4 de enero de 1996 (núm. 25) y de 4 de octubre de 1996 (núm. 8.717).

De todas formas, sorprende el número de veces que en la jurisprudencia italiana se ha planteado la cuestión del resarcimiento del lucro cesante correspondiente al período de viudedad cortado con unas nuevas nupcias, siendo expresivas de la solución negativa las SSTS de 4 de abril de 1959 (núm. 1.008), 16 de mayo de 1964 (núm. 1.185) y 11 de julio de 1977 (núm. 3.112), habiendo también la S del Tribunal de Apelación de Roma, de 22 de noviembre de 1989 (núm. 2.394), en la que no había unas nuevas nupcias sino una ulterior convivencia del viudo *more uxorio*. Por otra parte, merece la pena dejar constancia de la sentencia del STS de 6 de mayo de 1983 (núm. 3.100), en la que se resolvió negativamente, no la cuestión del resarcimiento del lucro cesante, sino la de la intensidad y la duración del daño moral sufrido por el viudo que había contraído nuevas nupcias (Domenico STEFANI, *Il risarcimento...*, pp. 446-449).

En Argentina se ha ocupado de esta cuestión Héctor-Pedro IRIBARNE (*De los daños a la persona*, cit., pp. 85-88), haciendo referencia a la postura adoptada al respecto por algunos autores europeos (Henri LALOU; los hermanos Henri y Léon MAZEAUD, con André TUNC; Georges DURRY; y Adriano de CUPIS), con cita de una sentencia de la Cámara 1ª de Apelaciones de Bahía Blanca, en la que viene a negarse la posibilidad de que se reduzca, por razón de las segundas nupcias, la indemnización correspondiente a los perjuicios personales [tesis que suscribo, sobre todo si su determinación cuantitativa se produce en atención a la duración de la convivencia mantenida], pero admitiéndose que, en cambio, se modere la indemnización relativa a los perjuicios patrimoniales, concluyendo el autor con una postura negativa respecto a que se ponderen las segundas nupcias para reducir la indemnización, con el argumento de que el supuesto lucro cesante que experimenta la viuda como consecuencia de la muerte de su marido, que le proporcionaba sustento, constituye una manifestación de daño emergente, sin que por nuestra parte compartamos en absoluto este criterio, pues aquellas erogaciones económicas que proporcionaba el marido a la esposa (o viceversa) son activos patrimoniales que dejan de entrar en el patrimonio del perjudicado (aunque sea por vía de consumo) y no activos que salgan de él, insertándose por ello en el concepto de lucro cesante.

En lo que refiere a las lesiones (apartado II de su anexo), el principio 6 establece: *“La evaluación de la ganancia dejada de obtener debe realizarse tanto para el período anterior al juicio como para el futuro. Con esta finalidad deben tenerse en cuenta todos los elementos conocidos o previsibles, entre otros, el grado de incapacidad, el tipo de actividad desempeñada por la víctima, sus ingresos después del accidente, comparados con los que hubiera obtenido si el hecho perjudicial no se hubiera producido, así como la probable duración de sus actividades profesionales y de su vida¹³⁵”*.

Se considera tan elemental el resarcimiento del lucro cesante que, al comentarse el referido principio, se afirma con cierto optimismo lo siguiente: *“Todos los Derechos europeos prevén el resarcimiento por la ganancia dejada de obtener no sólo a favor de las víctimas que reciben un salario o un sueldo, sino también a favor de las personas que ejercen profesiones liberales, cuyos ingresos profesionales deben evaluarse por vía de apreciación general, teniendo en cuenta las pruebas aportadas”* (comentario 25).

Pero es interesante resaltar el comentario que sigue al anterior (comentario 26), referente a los métodos utilizados para valorar el lucro cesante causado por unas lesiones permanentes, afirmándose al efecto lo siguiente: *“El daño se evalúa siempre sobre la base de los ingresos que se han perdido efectivamente para el período anterior al juicio y para el período posterior, según la pérdida previsible de los ingresos. En algunos Derechos, además de la posibilidad de recurrir a la forma de evaluación arriba mencionada [la apreciación general de los ingresos que dejan de obtenerse, según las pruebas practicadas], existe otro modo que se refiere a la incapacidad tal y como se haya fijado en el momento de la consolidación. Se*

¹³³ De todas formas, en los casos en que el cónyuge viudo dependiera económicamente de forma total del fallecido, es decir, en el caso de que no obtuviera rendimientos propios por su trabajo personal, entiendo que debe ponderarse la duración del lucro cesante mediante la adjudicación de un tiempo superior al que corresponda a los años de convivencia transcurridos, pudiéndose calcular tal duración con un incremento de razonable prolongación.

¹³⁴ Sobre los principios básicos de esa Resolución y sobre su valor interpretativo, me remito a *La valoración civil...*, cit., t., *Los fundamentos*, cit., pp. 108-116; y *Las Recomendaciones europeas sobre la valoración del daño corporal y el sistema de la ley 30/95*, R. Responsabilidad Civil Circulación Seguro, 1999/10, pp. 484-496. Vide también Marco BONA, *La vía europea per il risarcimento del danno alla persona. La Risoluzione 75/7 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, Tagete, 1998/4, pp. 11-24.

¹³⁵ Previamente, el principio 5 se ocupa del perjuicio patrimonial de la víctima que no puede desempeñar sus labores domésticas, estableciendo al efecto: *“Para la víctima, el hecho de no poder efectuar ya el trabajo que realizaba en su hogar antes del evento perjudicial constituye un perjuicio que da lugar al derecho a la reparación, aun cuando aquélla no haya sido sustituida para este trabajo por otra persona”*.

entiende por consolidación el momento en el que la víctima se encuentra en un estado que ya no es susceptible de mejora. Hasta la fecha de la consolidación, la ganancia dejada de obtener se evalúa sobre la base de la pérdida real de los ingresos. En lo que respecta al período posterior a la consolidación, el daño se evalúa conforme a un sistema que tiene en cuenta el porcentaje de incapacidad para el trabajo, recurriendo eventualmente, en algunos Derechos, al método llamado del “tanto”. Este método consiste en multiplicar el porcentaje de incapacidad por una cantidad variable adaptada a las circunstancias del caso y apreciada por el juez”.

Adviértase, a la luz de este comentario, que la cultura relativa a la valoración del lucro cesante causado por las lesiones permanentes impeditivas dejaba bastante que desear en 1975 en algunos países de los que entonces formaban parte del Consejo de Europa, pues, al utilizarse el método del “tanto” para valorar el lucro cesante causado por tales lesiones, se prescinde de una valoración concreta en atención a la efectiva pérdida (previsible) de los ingresos que se habrían obtenido de no haberse sufrido tales lesiones, constituyendo un sistema de tasación semiabstracta que, desde luego, no se corresponde con la realidad.

Pues bien, ajeno nuestro país durante muchos años a la construcción de una cultura sobre el daño corporal para su reparación, el factor de corrección por perjuicios económicos que nuestro sistema legal valorativo recoge en las tablas II, IV y apartado B) de la tabla V es expresión tardía de ese estado inmaduro de cultura que corresponde precisamente a los criterios manejados en algunos países europeos (Francia, Bélgica, Italia) durante varias décadas y que culminaron en el comentario al que me he referido, pues, en definitiva, la pretensión de que el lucro cesante se valore mediante un determinado porcentaje que se proyecta sobre el valor asignado al perjuicio personal básico causado tanto en el caso de las lesiones como en el de la muerte, corresponde a una valoración que arroja resultados ajenos a la entidad real de los perjuicios padecidos; sin que, en 1991, cuando se instauró el sistema orientativo de valoración, ni en 1995, cuando se instauró el legal preceptivo, se utilizara ya en esos países, prevaleciendo el criterio de la ponderación concreta de los perjuicios efectivamente padecidos.

Pero aquí interesa el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte; y, en

este sentido, hay que traer a colación el principio 15 de la mencionada Resolución, que establece lo siguiente: *“La muerte de la víctima da lugar a un derecho a la reparación del perjuicio patrimonial: a) a las personas para las cuales la víctima tenía o hubiera tenido una obligación alimenticia; b) a las personas respecto de las cuales la víctima asumía o hubiera asumido el mantenimiento, en todo o en parte, incluso sin estar obligada a ello por la ley”*¹³⁶; principio del que deben registrarse sus comentarios.

El comentario 57 reza así: *“Respecto al derecho de las personas a la reparación del perjuicio patrimonial sufrido por el fallecimiento de la víctima, existen dos tendencias diferentes. En algunos sistemas jurídicos, las personas que tienen derecho a la reparación son las que tenían o hubieran tenido créditos alimenticios frente a la persona fallecida. La mayoría de las veces, la medida de la reparación se fijará también sobre el importe del crédito alimenticio, es decir, teniendo en cuenta las necesidades del titular del crédito alimenticio y los medios del deudor del mismo. Así, si el difunto hubiera subvenido voluntariamente de un modo duradero, pero fuera de todo deber alimenticio, a las necesidades de cierta persona, ésta no tiene derecho a la reparación. En cambio, los suplementos voluntarios que se suministraron regularmente por el deudor de alimentos, se toman en consideración y entran en el cálculo de la indemnización”*.

A su vez, el comentario 58 dice lo siguiente: *“Por el contrario, en la mayoría de los Derechos, toda persona debe ser resarcida de la pérdida del disfrute de la parte de los ingresos del difunto que se le había adjudicado en vida de aquél. El círculo no se limita a las personas para con las cuales la víctima tenía una obligación alimenticia. El único criterio es el de la concreta situación que existía antes del fallecimiento de la víctima, así como la que se podía prever para el futuro. De este modo, el derecho de las personas dependientes del difunto se mide independientemente de los criterios que se tendrían en cuenta para el cálculo de una pensión alimenticia. La noción de persona dependiente del difunto se refiere a una situación de cierta estabilidad, evocando un cuadro de tipo familiar (por ejemplo, niño recogido en el hogar de la persona fallecida). Los padres también tienen derecho a la reparación si era previsible*

¹³⁶ Dentro de este último inciso, se añade la puntualización de que *“este derecho pertenece a la persona que vivía en concubinato con la víctima si sus relaciones eran estables; sin embargo, puede rechazarse si las relaciones eran adúlteras”*.

que en el futuro los hijos hubieran subvenido a sus necesidades”.

Refiriéndome a los hitos más importantes de la cultura europea del daño corporal, debo detenerme en las Recomendaciones del Coloquio Jurídico Europeo de 1988¹³⁷, sin que haya en ellas alusión estricta al tratamiento resarcitorio del lucro cesante. Pero, sobre la base de insistirse en que *“deben separarse claramente las consecuencias económicas del daño corporal de las puramente personales”* (recomendación 1^a)¹³⁸, se consensuó que *“las consecuencias económicas de un daño corporal deben ser objeto de una indemnización integral, en la medida de lo posible”* (recomendación 4^a)¹³⁹, con el añadido de que *“estas consecuencias deben apreciarse en concreto, conforme a las circunstancias, en la medida de lo posible”* (recomendación 5^a)¹⁴⁰.

Pero, al ocuparnos del “Derecho europeo” de la responsabilidad civil, después de haberme referido a los hitos más expresivos de su avance cultural, deben rematarse las presentes reflexiones con las previsiones que, respecto del lucro cesante causado por el daño corporal, en general, y por la muerte, en particular, recogen los denominados “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil” que, elaborados a lo largo de una década, fueron presentados en Viena en mayo de 2005 por el “Grupo Europeo de Derecho de la Responsabilidad Civil”¹⁴¹.

¹³⁷ Sobre los principios básicos de las Recomendaciones de este Coloquio, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. I, *Los fundamentos*, cit., pp. 116-129.

¹³⁸ Reiteración puntualizadora del principio de vertebración afirmado con más entereza que en la Resolución 75/7, del Consejo de Europa.

¹³⁹ Reiteración del principio de la integridad reparatoria, aunque con el error de predicarlo sólo de la perjudicialidad patrimonial. La influencia del pensamiento de André TUNC sobre este particular es manifiesta.

¹⁴⁰ Afirmación de que la valoración de los perjuicios patrimoniales se ha de producir al margen de cualquier baremo, sin determinación apriorística de carácter más o menos abstracto.

¹⁴¹ El referido Grupo fue fundado en 1992 por el holandés Jaap SPIER y retomado por el austriaco Helmut KOZIOL. Terminada la elaboración de los “Principios”, éstos han venido precedidos por una decena de libros de Derecho europeo comparado sobre los diversos temas específicos atinentes a la responsabilidad civil, concebidos como trabajos preparatorios que culminan con los indicados “Principios”, los cuales constan: de un texto articulado en el que se recoge la formulación de cada principio; de una parte introductoria, en la que se recogen cuestiones de carácter general en relación con los antecedentes de cada principio; de un breve comentario, en el que se incluyen, a veces, indicaciones que no son sólo explicativas, sino que tienen también una cierta pretensión normativa, aunque de menor entidad; y de una serie de casos breves o ejemplos que sirven para aclarar el funcionamiento práctico de las reglas que son más complejas o novedosas.

El texto articulado de los “Principios” puede consultarse en <http://www.egtl.org/principles/index.htm>. Sobre el Grupo de Trabajo y sobre su definitiva elaboración, vide Bernard A. KOCH, *La labor del “European Group on Tort Law”*. *La cuestión de la responsabilidad objetiva*, R. electr. InDret (www.indret.com), 2003, t.m. 10 pp.; Miguel MARTÍN CASALS (miembro español del Grupo), *El “European Group on Tort Law” y la elaboración de unos “Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil” (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Kozioł)*, en AAVV, *Derecho Privado Europeo*, coord. Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003, cap. 8, pp. 217-226; y

Recogidos los referidos principios en un texto articulado¹⁴², se dedican dos concretos artículos al resarcimiento del perjuicio patrimonial; uno, en general, y otro al causado por el daño corporal y por la muerte.

El primero de ellos es el art. 10:201, el cual, referente a la “*naturaleza y determinación del daño patrimonial*”, establece lo siguiente: “*El daño patrimonial resarcible es la disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso. Por regla general, tal daño se determina de un modo tan concreto como sea posible, pero puede determinarse en abstracto, como por ejemplo en relación con el valor de mercado, cuando resulte pertinente*”.

El segundo, es decir, el art. 10:202, referente al “*daño corporal y muerte*”, establece lo siguiente: “*(1) En el caso de daño corporal, que incluye el daño a la salud física y el daño a la psíquica si comporta una enfermedad reconocida, el daño patrimonial comprende la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica. (2) En el caso de muerte, se considera que las personas a las que, como los familiares, el difunto mantenía o habría mantenido si la muerte no se hubiera producido han sufrido un daño resarcible en la medida de su pérdida de sostenimiento*”.

Adviértase que, según el principio consensuado y en lo atinente a las lesiones permanentes impeditivas, ha de resarcirse el estricto lucro cesante y también la pérdida de la capacidad de obtenerlos, aun cuando la lesión no haya generado una pérdida de ingresos forma inmediata.

En lo que refiere al lucro cesante causado por la muerte, resalta la amplitud de la

Miguel MARTÍN CASALS, *Una primera aproximación a los “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil”*, R. electr. InDret (www.indret.com), 2005, mayo, t.m. 25 pp.

¹⁴² El referido texto consta de 36 artículos divididos en Títulos, capítulos y secciones, numerados mediante un sistema decimal consistente en adjudicar a cada artículo un primer dígito que designa el capítulo al que pertenece, siguiendo al mismo, después de dos puntos (:) tres dígitos de los que el primero indica el número de la sección y los otros dos el orden del artículo dentro de ella; y, cuando éste consta de más de un párrafo, se subdivide mediante números consignados entre paréntesis [(1) (2)].

fórmula a la que se acude, pues, en definitiva, se identifica con la pérdida del sostén económico que el fallecido proporcionaba o habría de proporcionar, de no haber muerto, a las personas de su entorno, fundamentalmente familiares, sin que, por tanto, dicho lucro frustrado se ligue, ni en su existencia ni en su cuantía, a las obligaciones alimentistas de la víctima¹⁴³.

De todas formas, es sorprendente y lamentable que los señalados “Principios” no consagren de forma expresa ni el principio de la integridad reparatoria ni el principio de la vertebración, sin que sea convincente la posible explicación de que son principios que se suponen, pues, aunque ello puede, en cierto modo, inducirse, respecto del principio de vertebración, por la separación básica que se efectúa entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales, en todo caso no hay atisbo alguno de que para los juristas europeos sea un principio fundamental del Derecho de la responsabilidad civil, como siempre lo ha sido el de la reparación íntegra, de tal manera que da la sensación de que estos “Principios” han sido elaborados más por especialistas dedicados a la imputación y a la determinación de la causalidad que por juristas preocupados por la determinación de los daños resarcibles y, en particular, por toda la problemática atinente a su valoración, en lo que refiere, tanto a los perjuicios estrictamente personales, como a los perjuicios patrimoniales.

No obstante lo dicho y aunque el principio de plenitud reparatoria no aparece enunciado como tal con su concreta denominación, hay que entender que se expresa en la definición que contiene el art. 10:101, atinente a la *“naturaleza y objeto de la indemnización”*, al establecer que *“La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el lícito por el que reclama no se hubiera producido”*¹⁴⁴.

¹⁴³ Con esto se impone una de las dos tradiciones a las que hacía referencia la Resolución 75/7, del Consejo de Europa, en relación con el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte. Se impone así la tradición francesa o latina sobre la germánica.

¹⁴⁴ No deja de ser sorprendente que haya habido consenso entre los juristas europeos del Grupo de Trabajo respecto a que, como recoge el inciso segundo del precepto señalado, “la indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”, que constituye una concesión a los teóricos que predicán del Derecho de la responsabilidad civil una función preventiva de carácter no punitivo, aunque lo cierto es que, por más que se exprese esa finalidad, no se capta cómo se integra en la función normativa del instituto.

*Y el que se va responde:
yo tengo sed, no prisa...,
y este vino no es bueno,
ni el vino, ni la cuba, ni la viña* (LEÓN FELIPE)

Y por otra parte, deploraba Caspar, aquel... opúsculo era brevisísimamente conscripto, con nullo schemate visualiter patefacto, nulle tabule o rotule, et nulla instructione apposita (Umberto ECO)

3.- El resarcimiento del lucro cesante causado por el daño corporal, en el sistema legal valorativo

3.1.- Su consideración técnica como perjuicio extrínsecamente excepcional

La adecuada valoración del lucro cesante ligado al daño corporal exige de forma inexcluyente que el cálculo de las indemnizaciones se efectúe con base en el principio de vertebración. Es absolutamente fundamental que se valore, en primer lugar, el daño corporal emergente, es decir, el daño biológico o fisiológico (empobrecimiento del patrimonio sicofísico), para, después, valorar sus consecuencias estrictamente personales (morales), atendiendo al trípede de las circunstancias relevantes (generales, ordinarias o comunes: especiales, particulares o extraordinarias; y excepcionales o singulares); y, una vez ponderadas todas ellas, atender de forma separada a las diversas consecuencias patrimoniales, valorando, de un lado, los gastos estrictamente necesarios y los eventualmente necesarios (colaterales), para, finalmente, atender, entre otros conceptos dañosos separados, al lucro cesante, en los casos en que efectivamente se produzca.

Sólo mediante la descomposición del daño corporal, diversificando sus heterogéneas consecuencias, puede producirse la auténtica reparación del lucro cesante, sin mezclarlo con los otros componentes, que es lo que sucede cuando las reparaciones se establecen de acuerdo con el tradicional principio de la globalidad, sin que en nuestro país la judicialidad valorativa haya sido capaz de superarlo.

Así las cosas, el sistema legal de valoración se atiene, no sólo al principio finalista

de la reparación íntegra, sino también al principio instrumental de la vertebración¹⁴⁵; y precisamente porque impone la necesidad de que se vertebran las indemnizaciones, se evidencian los defectos técnicos con que está trazada la reparación del lucro cesante, al no estar previsto en la regulación tabular -que es lo que sucede, en mi concepto- o al estarlo -con otra interpretación- de forma groseramente insuficiente.

Pero el enorme efecto positivo del sistema radica en que, establecidas las reglas correspondientes a la valoración del daño biológico (fisiológico, sicofísico o sicosomático; existencial) y de sus consecuencias estrictamente personales (perjuicios morales), queda de suyo aislado el daño patrimonial y, dentro de él, el del lucro cesante, dando lugar a que se sepa si se ha resarcido o no, precisamente porque se sabe qué resarcen las cantidades señaladas gracias a la neta vertebración que da lugar a la liquidación analítica del daño corporal como exigencia elemental para la consecución de la racionalidad resarcitoria.

El texto legal aísla, pues, los diversos conceptos dañosos, convirtiéndolos en partidas resarcitorias separadas; y esta nueva situación, a la que es (casi) por completo ajena la práctica judicial antecedente, determina que los operadores jurídicos puedan plantearse seriamente la cuestión del resarcimiento del lucro cesante; concepto dañoso que, admitido literariamente, se ha diluido tradicionalmente en una experiencia ausente en nuestro Derecho. Por eso el sistema ha forjado (por lo menos) una base elemental para que empiecen a surgir las sentencias que abordan de forma específica el resarcimiento del lucro cesante ligado al daño corporal, manteniendo mejoradamente la tradición de una importante valoración del daño moral y alcanzando al nivel europeo en la valoración del material.

Puede afirmarse, en resolución, que, a partir de su efectivo aislamiento como

¹⁴⁵ En mi concepto, la vertebración es, desde la perspectiva de la fijación de las indemnizaciones por daños y perjuicios, el modo con el que tiene que articularse la motivación judicial, porque no hay verdadera motivación si falta la vertebración y, a su vez, la vertebración permite comprobar si la motivación es deficiente o insuficiente. La vertebración impide, en definitiva, los arcanos valorativos y garantiza, mediante la liquidación analítica del daño corporal y de sus diversas consecuencias perjudiciales, que pueda obtenerse la total indemnidad, cuya consecución constituye el propósito sustantivo del sistema.

Téngase en cuenta que constituye una expresión tópica de nuestra jurisprudencia la referencia a la intrínseca dificultad de la cuestión valorativa, sobre todo cuando se trata de valorar los perjuicios de carácter personal. Pero lo cierto es que, ahogada la jurisprudencia en esa dificultad, ésta se afirma como un pretexto para no conformar un texto ajustado a las exigencias de la razón valorativa.

concepto dañoso, el lucro cesante está llamado a salir de su letargo fetal, erigiéndose en uno de los ejes del resarcimiento del daño corporal y de sus heterogéneas consecuencias, al ser objeto ahora de una valoración que se produce con una total autonomía que nunca debió marginarse, pero que casi siempre ha sido despreciada.

Con independencia de las soluciones que se adopten, éste es el enorme efecto positivo que ha producido ya el sistema legal (efecto prodrómico), al concienciar a los operadores jurídicos de la necesidad de aislar el lucro cesante como concepto diferenciado de los otros componentes del daño corporal, obligando a los abogados de los reclamantes a desplegar –prácticamente, de forma virginal- los medios probatorios con los que acreditar su existencia y su extensión.

Pese a sus enormes defectos técnicos, el sistema sirve, insisto, para introducir la razón en el tratamiento restaurador del lucro cesante que, como concepto dañoso, ha de ser objeto de específica reparación, sirviendo, según unos, para comprobar que no se resarce debidamente -lo que implica ya su propio aislamiento- o sirviendo, según otros, para descubrir cuáles son los mecanismos técnicos a virtud de los cuales ha de producirse su efectiva compensación de forma generalizada, venciendo una tradición insensible de signo negativo.

En mi concepto, el sistema legal valorativo, bien interpretado, no impide el resarcimiento de ese lucro cesante, sino que lo ordena y garantiza; y, una vez que se acepte la realidad de este mandato y se imponga razonablemente la bondad intrínseca de tal regulación (superando, pues, sus innegables defectos), se habrán sentado las bases para que ciertamente se produzca el resarcimiento de todas las consecuencias perjudiciales relevantes que deriven de cualquier daño corporal, con independencia de que se haya producido o no en el ámbito del tránsito motorizado y con referencia particular al lucro cesante causado por la muerte.

Si partimos de que el sistema se atiene, al tiempo, al principio instrumental de la

vertebración¹⁴⁶ y al principio finalista de la reparación íntegra¹⁴⁷, su estudio detallado y crítico permite concluir que, comprobado que la disciplina tabular deja extramuros el resarcimiento del lucro cesante, éste, en cuanto no tipificado –por eso es un perjuicio tabularmente atípico–¹⁴⁸, constituye un perjuicio extrínsecamente excepcional que ha de compensarse a través del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero, que es norma de directa aplicación de

¹⁴⁶ En virtud del mismo, no cabe confundir el resarcimiento de los perjuicios personales y de los perjuicios patrimoniales, respondiendo a tal exigencia la propia estructuración del sistema y obligando dicho principio a interpretar cualquier regla del sistema en el sentido de que por ningún concepto puede servir para resarcir simultáneamente perjuicios personales y perjuicios patrimoniales (*interpretatio pro vertebratione*), evitándose así lo que constituye un absurdo valorativo. Deslindadas estas dos manifestaciones nocivas, la operatividad del principio tiene lugar mediante la necesidad de que cada concepto y subconcepto dañoso se traduzca en la fijación de su valor económico, de tal manera que la indemnización final sea el resultado de la suma del valor adjudicado a cada una de las partidas dañosas y resarcitorias, dentro de cada una de aquellas dos manifestaciones básicas, llevándose así a la realidad la teoría normativa del doble trípode de circunstancias de índole nociva y, por ello, a la liquidación analítica del daño corporal y de sus diversas consecuencias perjudiciales.

Lo normal es que nuestra jurisprudencia se haya atendido tradicionalmente al criterio desvertebrado de la globalidad en la fijación de las indemnizaciones por causa de muerte, siendo de señalar que la STS (Sala 2ª) de 7 de octubre de 1985 (Pte. Excmo. Sr. Vivas Marzal), después de recordar que el *quantum* indemnizatorio es cuestión confiada en exclusiva al juzgador de instancia, declaró que “*puede ser* [ni siquiera dice que lo sea] *práctica recomendable la de descomponer la indemnización en tantas partidas como sean los conceptos reparables*”; y remataba su aserto con la idea de que “*no obstante, nada impide que las Audiencias aglutinen dos o más conceptos mencionándolos expresamente*”, “*señalando una cantidad alzada y única que comprenda la reparación o indemnización correspondiente*”, sin que esta práctica esté prohibida por la ley y sin que constituya corruptela o *usus fori* vituperable. De esta forma se comprueba que la condescendencia no podía ser mayor y que quedaba perfectamente bendecida la magia y la comodidad de la desvertebración. A su vez, la STS (Sala 2ª) de 20 de febrero de 1981, se hizo eco de que hay Tribunales meticulosos –los menos– que fijan tantas sumas como conceptos resarcitorios, pero que hay otros –los más– que se limitan a señalar una sola cantidad a tanto alzado, dentro de la que se albergan, “*de un modo un tanto incógnito*”, los distintos factores concurrentes, con reserva mental de su índole y relevancia, así como de la suma parcial destinada a la reparación de cada uno de ellos, sin que esta segunda forma de actuar sea objeto de censura casacional, pues, en el caso resuelto, “*nada hace suponer que dentro de dicha suma [la concedida] no se tuvieran en cuenta los perjuicios morales*”; manifestación ésta que es pintoresca y, desde luego, nada jurídica, pues torna el arcano valorativo en virtud enjuiciadora, siendo demostrativa de la falta de aislamiento del perjuicio patrimonial que hubiera impedido tener que acudir a una mera suposición carente de asidero. Bendecida así la fórmula de las indemnizaciones globales y desvertebradas, Ángel-Fernando PANTALEÓN PRIETO decía en 1989 que era completamente excepcional una declaración como la de la STS de 27 de octubre de 1978, referente a que “*no es lícito ni permisible que el Tribunal de instancia se encierre en insólito hermetismo ni que se reserve ‘in pectore’ las bases y los datos objetivos que ha tenido en cuenta para fijar prudencialmente el monto económico del resarcimiento*” (*La indemnización por causa de lesiones...*, cit., p. 627).

Nos encontramos así con que la cuestión valorativa ha estado marcada por el hermetismo judicial, es decir, por el ocultamiento de las razones –si es que existen– conducentes, según expresión de Pedro-Héctor IRIBARNE (*De los daños a la persona*, cit., p. 47), de tal manera que, en rigor, la discrecionalidad se ha tornado en arbitrariedad, que es arbitrio corrompido (p. 43), arbitrio desajustado, puro *decretum* caracterizado por su “enigmático silencio”, haciéndose eco dicho autor de que los magistrados padecen de renuencia a desvelar los criterios inspiradores de sus fallos (p. 46). Lo grave es que, como indica dicho autor, “la resistencia a exponer los criterios que orientan las decisiones juega en favor de su inexistencia”, porque “si las razones no se expresan, no es necesario concebirlas”, con lo que la desmotivación invita a la ligereza (p. 50).

¹⁴⁷ Sobre la consagración expresa de este principio en el sistema legal, a diferencia de lo que acontece en la disciplina común reguladora de la responsabilidad civil, me remito a las diversas publicaciones que he dedicado a la valoración del daño corporal y a las que me iré refiriendo en notas sucesivas. Sabido es que el principio de la actualización valorista y el principio de la interdicción del enriquecimiento injusto carecen de autonomía porque son específicas manifestaciones del principio sustantivo básico.

Tradicionalmente, el principio de integración o de la reparación vertebrada ha sido desconocido por nuestra práctica judicial, pues la jurisprudencia española rindiendo culto, de forma complacida, a la virtud autolocutoria de la *iudicis prudentia*, ha permanecido anclada en el principio de la globalidad, tomando la reparación íntegra como

acuerdo con lo previsto en el precepto fundante del sistema¹⁴⁹, cumpliendo así su función como norma de salvaguardia¹⁵⁰.

Aunque es calificación que debiera ser innecesaria, téngase en cuenta que el lucro cesante es un perjuicio *normal* o *regular*, porque es normal que lo produzca la muerte y la lesión impeditiva de quien obtiene rendimientos económicos con su trabajo personal y deja de

un enunciado literario que no resiste su contraste probatorio, ajustándose así a lo que he denominado la versión atmosférica de dicho principio, cuya virtualidad implica que la respuesta resarcitoria dada a supuestos idénticos consiste en indemnizaciones completamente dispares (y, también, en que se brinda la misma respuesta resarcitoria a supuestos netamente distintos), correspondiendo siempre a la proclamada reparación “íntegra” de los daños producidos, con lo que la individualización dañosa se caracteriza por la inversión del protagonista, pues, en lugar de serlo el damnificado, lo es el juez, como artifice regulador de la indemnización. De acuerdo con ello, no hay en cada caso más reparación íntegra que la fijada en sentencia firme. Se producen así las valoraciones globales (*in globo*) que la doctrina italiana denomina “esferecuaciones” (*sperequazioni*), de *sphæra*, globo, esfera (*spera*), censuradas por el Tribunal cisalpino de Casación.

Con correcta dureza y cierta resignación, Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN se ha referido a que “nuestra práctica jurídica y nuestros tribunales” persisten en la inadmisibles y errónea tendencia de englobar en una cifra los daños patrimoniales y los morales (*Derecho de daños*, cit., p. 324). Se dice al respecto que nuestro ordenamiento no contiene norma alguna que establezca con carácter general la necesidad de estructurar o vertebrar las indemnizaciones, por lo que éstas pueden fijarse (tal como efectivamente se hace) de acuerdo con la cómoda técnica de la globalidad. Bien miradas las cosas, ello significa que los jueces pueden atenerse a unas pautas ajenas a la racionalidad valorativa y desconocer que la vertebración constituye el mecanismo por el que se cumple el mandato constitucional de la motivación. Nuestra jurisprudencia, insisto, se ha atenido secularmente y se sigue ateniendo (cuando no utiliza el sistema legal valorativo) a la técnica de la valoración global de los daños y perjuicios de diversa índole; y, a tal efecto, gusta de decir que la suma global establecida resulta de una apreciación conjunta y racional, aunque no matemática, de todas las circunstancias concurrentes, limitándose como mucho a mencionarlas de forma sinóptica.

Contrasta esta práctica inveterada con la que, en los últimos años, está diseñando el Tribunal italiano de Casación, el cual, por ejemplo, declaró en sentencia de 22 de abril de 1993 (núm. 4725) que, cuando el juez procede a la liquidación equitativa del daño resarcible (*ex art. 1226 Codice*, ante la imposibilidad o importante dificultad de fijar su preciso importe), incumple el deber de proporcionar una motivación congrua y adecuada si acude a la “apodíctica y tautológica afirmación de la justicia o equidad de la determinación adoptada” (Augusto BALDASSARI, *Il danno patrimoniale*, cit., p. 931).

El problema es que cualquier apreciación racional tiene que demostrarse y no simplemente proclamarse; y es evidente que la globalidad impide desentrañar la estructura de la indemnización fijada (normalmente, porque no la tiene, al responder a un mero criterio intuitivo de equidad; o, como mucho, adoptando una postura concesiva, por quedar *in pectore* o, lo que es lo mismo, *in scrinio cordis* o *in arcanis*) y, por lo tanto, impide comprobar que constituya un *decisum* verdaderamente racional y razonable.

Un ejemplo señero de S absolutamente carente de la motivación justificativa de una indemnización fijada por causa de muerte en favor de la viuda y el hijo menor del fallecido, está constituida por la STS (Sala 1^o) de 29 de abril de 2004 (Pte. Excmo. Sr. O’Callaghan Muñoz; Ar. 2092), que corresponde a un supuesto en el que se anula la SAP recurrida, que había declarado la incompetencia de la jurisdicción civil por ejercitarse una acción de responsabilidad civil por muerte causada en accidente de trabajo frente al empresario, y que, al recuperar la instancia, se molesta en justificar la imputación de la responsabilidad civil y no dice absolutamente nada respecto de la valoración de los daños y perjuicios, fijando sin más la suma que había establecido el JPI, sin que el tema valorativo reciba la más mínima atención. Producido el siniestro el día 9 de abril de 1992, el JPI fijó una indemnización de 18.000.000,- Ptas. para los actores, con los intereses legales de dicha suma desde la fecha de dicha resolución. El TS, al resolver positivamente la cuestión, fija una indemnización equivalente de 108.182 €, pero con los intereses legales fijados desde la fecha de la demanda, con lo que produce una *reformatio in peius* al reconocer una cantidad superior a la que habían consentido originariamente los actores.

Por su sinceridad expositiva y porque retrata una realidad que todavía no ha sido superada del todo en lo que refiere a la cuestión valorativa, es de reseñar la STS (Sala 2^a) de 10 de febrero de 1978 (Pte. Excmo. Sr. Vivas Marzal), aseveradora de que los Tribunales han de apreciar las pruebas practicadas en conciencia, siguiendo los dictados de la sana crítica, de un modo libérrimo y omnímodo, sin más freno a su soberana facultad valorativa que su propia conciencia, siempre presumida como recta e imparcial, debiendo abstenerse de recoger el análisis de las

obtenerlos por causa de una u otra; pero, normativamente, es un perjuicio *excepcional*, porque no aparece tipificado, para su reparación, en la regulación tabular; y es un perjuicio *extrínsecamente excepcional* precisamente porque es un perjuicio común y ordinario que puede perfectamente ser objeto de medición mediante una razonable tipificación normativa puesta al servicio de su resarcimiento y no de su desprecio.

pruebas practicadas, pues es totalmente ocioso e innecesario, dada la soberanía que la ley les concede para su valoración, la cual debe permanecer incógnita en el secreto de sus deliberaciones, sin que deban darse explicaciones al respecto; y, de forma pleonástica, enfatiza su enseñanza diciendo que, si bien la ley no prohíbe explícitamente la fundamentación de las conclusiones fácticas, ésta es tarea inusual, insólita y desacostumbrada.

Otro ejemplo de culto al principio de globalidad y falta de motivación valorativa está constituido por la SAP de Barcelona (Secc. 5ª) de 21 de abril de 2005 (Pte. Ilmo. Sr. Benlloch Petit), resolutoria de recurso de apelación deducido contra la SJP 1 de Manresa de 11 de octubre de 2004 (Ilma. Sra. Rosa Palacio) y en la que, frente a una impugnación consistente en denunciar la falta de justificación de la indemnización establecida al lesionado por cuantía de 1.000.000 €, que era la reclamada al margen del sistema legal valorativo, por unas lesiones causadas en un accidente de trabajo, desestima el motivo con el siguiente fundamento: *El motivo no resulta atendible. La exacta y racional ponderación y aquilatación en términos económicos de un conjunto de lesiones y secuelas tan graves e incapacitantes, con un perjuicio estético intensísimo y con un daño moral de tan difícil cuantificación como las sufridas por el lesionado, resulta una tarea compleja, de modo que la opción de la juzgadora de fundamentar su determinación prudencial ‘quantum’ indemnizatorio a partir de la grave situación en la que ha quedado el lesionado y de las graves lesiones sufridas (remitiendo de este modo implícitamente a la descripción de las lesiones que se contienen en el relato fáctico) ha de considerarse suficiente para considerar debidamente cumplido el deber de motivación constitucionalmente impuesto al dar a conocer a las partes las razones en que sustenta dicha decisión y permitir la impugnación de la misma. Añádase, a mayor abundamiento, que esta Sala considera razonable y en absoluto desproporcionado el juicio prudencial realizado en este punto por la juez ‘a quo’*”. Para que no haya ninguna duda respecto a la comprobación de la falta de motivación de esta S que convalida la falta de motivación de la recurrida, interesa destacar que en ésta se justificaba el reconocimiento de la suma antes indicada mediante la siguiente declaración: *“Los acusados deberán indemnizar solidariamente... [al lesionado] en 48.491 € por las lesiones y 1.000.000 € por las secuelas físicas y psíquicas, daños morales e incapacidad permanente absoluta..., cantidades que se consideran proporcionadas tanto a la gravedad del hecho como a la difícil situación física, psíquica, social y económica en la que ha quedado el lesionado, que tenía 27 años en el momento de producirse el siniestro y ha resultado afectado por una incapacidad permanente en grado absoluto para todo trabajo, percibiendo 1.149 € mensuales, así como por una apariencia física que le provoca dificultades de adaptación en la sociedad”*. A su vez, la declaración de hechos probados de la S del JP recoge que el lesionado tardó en curar 1.087 días, de los cuales 175 estuvo hospitalizado, quedándole como secuelas *“perjuicio estético más que considerable, síndrome depresivo postraumático, pérdida del globo ocular izquierdo, disminución agudeza visual del ojo derecho [con un alcance leve moderado, cosa que omite la resolución], hiposmia, alteración de la respiración nasal por deformidad cartilaginosa, dificultad de la masticación por cicatrices retráctiles en boca y cara e incontinencia urinaria”*, secuelas determinantes de una incapacidad laboral permanente en grado absoluto. Sin menospreciar la importancia de las lesiones señaladas, debe en todo caso resaltarse que, a la vista del sistema legal valorativo, nunca pondría asignarse a las secuelas funcionales una puntuación final superior a 60, sin la consideración del perjuicio estético y que la acusación particular, a fundar la petición que fue acogida, pedía cantidades al margen totalmente del sistema legal, pero valiéndose de sus conceptos, entre los que incluía el de daños morales complementarios que intrínsecamente no podían ser objeto de ponderación de acuerdo con la propia regulación tabular. Estamos en definitiva ante unas sentencias que demuestran la lentitud del proceso de racionalización de las indemnizaciones por daños corporales. Cuando una sentencia hace protesta de la dificultad de la cuestión valorativa, insistiendo en su complejidad e invocando los propios criterios prudenciales, se está ante un pretexto para no justificar la decisión adoptada. La cuestión es bien sencilla: si en lugar de valorarse esas lesiones globalmente en 1.000.000 €, se hubieran valorado en 800.000 € o en 1.200.000 €, ¿habría habido pauta alguna para que la AP dictara una resolución distinta a la que en este caso dictó? La razonabilidad de una valoración no se produce porque el órgano jurisdiccional considere sin más que es razonable, sino porque el órgano jurisdiccional razone y demuestre que lo es.

Por eso es certero el diagnóstico descriptivo que realiza Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN cuando, refiriéndose al criterio invertido de la globalidad, dice que nuestros Tribunales de Justicia suelen establecer las indemnizaciones a tanto alzado –a ojo de buen cubero–, de manera notablemente arbitraria, sin determinar los

Para abordar esta concreta materia, desde una perspectiva teórica, y práctica a la vez, es hoy imprescindible¹⁵¹ hacer referencia a la solución resarcitoria que, para el lucro cesante causado por la lesión temporal impeditiva, proporcionó la STC 181/2000, de 29 de junio; y hay que aludir sumariamente a las posturas adoptadas al respecto por los jueces a partir de la instauración del sistema legal, clasificando éstas en dos grupos, constituido el primero por aquellas sentencias que, con diversidad de matices, negaban que el sistema tuviera fuerza vinculante (postura de los jueces desvinculados)¹⁵²; e integrado el segundo por aquellas que reconocían su carácter preceptivo (postura de los jueces vinculados), tal como confirmó de forma contundente el TC, proclamando, en definitiva (con la fuerza de su autoridad extrínseca o formal), lo que todos los juristas sabían de verdad¹⁵³.

criterios conducentes, sin que pueda saberse el modo de computar el daño patrimonial y el daño moral y sin que, dentro del primero, se diferencie el daño emergente y el lucro cesante (*Derecho de daños*, cit., pp. 21, 25, 35).

¹⁴⁸ Puede sostenerse que lo tipifica el factor de corrección por perjuicios económicos de las tablas II, IV y V (apartado B), pero, de ser así –que no lo es, dada la estructura del factor– su deficitaria reparación constituiría una contradicción con el mandato de la reparación íntegra que contiene la norma del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema, que se refiere expresamente al lucro cesante (en su doble manifestación de ganancia efectiva dejada de obtener y de pérdida de capacidad de ganancia) de modo que se estaría ante una antinomia que habría de solventarse dando prioridad a la regla general, por la convergencia de razones gramaticales, lógicas, históricas, sistemáticas y axiológicas, negando así la reconducción de la colisión normativa a la fórmula de la especialidad abrogante (*lex specialis derogat generalem*).

¹⁴⁹ Me refiero, naturalmente, al art. 1.2 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; precepto cuyo texto incorpora la fórmula que el art. 1107 C.c. establece para fijar la extensión del daño que tiene que resarcir el deudor contractual doloso.

¹⁵⁰ Concepto acuñado con lucidez interpretativa por José HOYA COROMINA (*Las circunstancias excepcionales. Estudio del núm. 7 del apartado primero del anexo de la Ley de responsabilidad y seguro*, en AAVV, *Juicio verbal del tráfico y responsabilidad civil derivada*, Servicio Central Publicaciones Gobierno Vasco, Vitoria, 1999, pp. 163-170; y *La valoración civil del daño corporal*, en AAVV, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, dir. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 279-285).

¹⁵¹ Por puras razones posibilistas, ajenas a las exigencias del rigor dogmático.

¹⁵² SS que corresponden a la que denominé interpretación abstracta del sistema, consistente en abstraerse de él, en prescindir de él (por disgustar su carácter preceptivo) y no aplicarlo. Dentro de esta amplia postura, se han de incluir también las SS que se atuvieron a las que denominé interpretaciones gótica y barroca del sistema, consistente la primera en considerar que el sistema servía exclusivamente para definir las concretas coberturas del seguro obligatorio y consistente la segunda en estimar que servía sólo para valorar los daños y perjuicios causados fortuitamente, sin intervención de culpa. Sobre estos conceptos “literarios” hoy felizmente superados, gracias a la STC 181/2000, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. II, *La tipología general de los criterios judiciales*, 1999, *passim*.

¹⁵³ Partidarios inconfesos (a veces, confesos) del uso alternativo (alterativo) del Derecho de la responsabilidad, los jueces y Tribunales que negaban la preceptividad del sistema (*rectius*: que se oponían a ella) se delataban al dirigirle unas acervas críticas que habrían dejado de producirse si ciertamente el sistema hubiera sido orientativo o sólo hubiera estado concebido para definir los límites casuísticos de la cobertura del seguro obligatorio. De esta forma, estaba claro que se trataba de una pura rebeldía frente al producto legislativo, la cual les llevaba libertariamente a disponer de él, como si la función jurisdiccional no fuera siempre aplicativa. Si el sistema no fuera vinculante y no tuviera perfectamente definido su ámbito material (reconducción a él de todos los daños y perjuicios), los insultos habrían brillado por su ausencia.

El mecanismo judicial del uso alternativo del Derecho se corresponde con lo que, de acuerdo con nuestros clásicos, era la “ley del encaje” que, según recoge Sebastián de COVARRUBIAS OROZCO, es “la resolución que el juez toma por lo que a él se le ha encajado en la cabeza, sin tener atención a lo que las leyes disponen” (*Tesoro de la Lengua Castellana o Española* [1611], ed. Martín de Riquer Morera, Edit. Alta Fulla, Barcelona, 4ª ed., 1998, voz “encajar”, p. 513); definición que recoge el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, diciendo que “ley del encaje” es, según expresión coloquial, el “dictamen o juicio que discrecionalmente forma el juez, sin atender a lo que las leyes disponen”.

De acuerdo con lo expuesto, el sistema legal valorativo permite y ordena la reparación íntegra del lucro cesante causado por el daño corporal, sin que su falta de previsión en la regulación tabular impida en absoluto tal conclusión, al ser de directa aplicación la norma del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema.

Pero la tesis del TC es distinta, ya que, mediante su S de 29 de junio de 2000, aceptó la postura interpretativa que había adoptado, frente a otras posibles interpretaciones, el auto de planteamiento de la cuestión elevada por la Secc. 17ª de la AP de Madrid, en cuanto a que el factor de corrección por perjuicios económicos contemplado en el apartado B) de la tabla V impide el cabal resarcimiento del lucro cesante causado por la lesión temporal impeditiva; de modo que ese presupuesto interpretativo que, como interpretación estricta, pertenece al ámbito de la jurisdicción, condicionó el propio sentido de la STC 181/2000, sin que se trate de una interpretación que vincule a la jurisdicción, pues ésta puede perfectamente conducirse por otros derroteros, siempre que no confisque el lucro cesante causado por la lesión temporal impeditiva.

Pero, por la importancia que tiene la STC 181/2000, voy a centrar mi estudio en ella y en su posible proyección sobre el tratamiento resarcitorio del lucro cesante causado por la lesión permanente impeditiva y por la muerte, para así sostener que, aun adoptada la perspectiva escogida por aquélla, tal resarcimiento ha de tener lugar.

3.2.- La postura de los jueces desvinculados: la preterición inconfensada del lucro cesante

Del examen de las muchas sentencias que negaban el carácter preceptivo del sistema (*iudices a legibus soluti*)¹⁵⁴ se desprende que, adscritas a la conocida y tradicional técnica de la

¹⁵⁴ Minoritarias, no obstante, dentro del panorama nacional, pese al sentido vocativo de la postura deslegalizadora (por decirlo suavemente) adoptada, primero, por la Sala 1ª del TS (SS de 26 de marzo de 1997, Pte. Excmo. Sr. Albácar López; 24 de mayo de 1997, Pte. Excmo. Sr. Fernández Cid de Temes; y 19 de junio de 1997, Pte. Excmo. Sr. Fernández Cid de Temes) y, después, por la Sala 2ª (sentencia de 5 de julio de 1999, Pte. Excmo. Sr. García Ancos; 12 de julio de 1999, Pte. Excmo. Sr. Vega Ruiz; y 23 de febrero de 2000, Pte. Excmo. Sr. Martín Canivell). La STS (Sala 1ª) de 21 de noviembre de 1998 (Pte. Excmo. Sr. González Poveda) parece apuntar un criterio distinto al de la negación del estricto valor normativo del sistema de valoración; y, sobre todo, es de invocar la STS (Sala 2ª) de 22 de febrero de 1999 (Pte. Excmo. Sr. Giménez García), que es la primera STS que, antes de la STC 181/2000, aceptó de forma cumplida la preceptividad del sistema legal valorativo, pudiéndose añadir la de 10

globalidad y ajenas, por tanto, al principio de la vertebración, fijaban unas indemnizaciones en las que quedaba por completo diluido el resarcimiento del lucro cesante, dando lugar a su verdadera preterición, de acuerdo con el criterio tendencial de valorar con alegre esplendidez la perjudicialidad moral, toscamente escamoteada mediante una referencia literaria a las pérdidas patrimoniales del lucro cesante.

Con todo, la mayor parte de estas SS¹⁵⁵ fijaban cantidades inferiores a las que resultarían de una correcta aplicación del sistema legal¹⁵⁶, salvo en lo que concierne al perjuicio moral derivado de la lesión temporal¹⁵⁷; y siempre (casi siempre) sin considerar la efectiva presencia, en su caso, de un lucro cesante resarcible.

3.3.- El originario quinteto posicional de los jueces vinculados: la confiscación aceptable; la confiscación inaceptable; el resarcimiento decretal; el resarcimiento extrasistema; y el resarcimiento extratabular intrasistema

Para los jueces que aceptaron que el sistema legal era preceptivo (*in servitute legis est libertas sua*), el tratamiento resarcitorio del lucro cesante se descompuso en cinco posturas

de abril de 2000 (igualmente de la Sala 2ª; Pte. Excmo. Sr. Prego de Oliver Tolivar).

¹⁵⁵ Sobre estas sentencias, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. II, *La tipología general...*, cit., pp. 70-271.

¹⁵⁶ Aunque no faltan SS que fijaban indemnizaciones desahoradas en casos de fallecimiento. Al menos, así parecía, por su falta de vertebración y ausencia completa de esfuerzo demostrativo. La discrecionalidad judicial, es decir, el arbitrio judicial técnicamente desenfrenado (al ser irrefrenable, por no haber mecanismos efectivos de control) constituyó el caldo de cultivo en el que se coció la necesidad de la intervención legislativa, poniendo coto a una soberanía judicial detentada con gusto y sin censura. Lo cierto es que si las indemnizaciones fijadas en esas SS se hubieran vertebrado y se hubieran utilizado efectivamente los adecuados parámetros de cálculo, en muchos casos se habría comprobado que el resultado de la intuición no estaba alejado de una razón demostrativa e incluso que, en algunos casos, habría dado lugar a una suma superior. La idea técnica (desinteresada) es que es de perfecto recibo pagar mucho si se sabe qué se paga y que no lo es pagar una cantidad más o menos reducida si no se sabe qué es lo que verdaderamente se resarce con ella.

¹⁵⁷ Téngase en cuenta que la feroz enemiga frente al sistema legal valorativo se centró fundamentalmente en los módulos tabulares establecidos para el resarcimiento del daño moral causado por la lesión temporal, por cuanto suponía un descenso vertiginoso en relación con las cantidades que venían estableciendo los jueces en los diversos territorios del país, de modo que, al negarse a aplicar el sistema, mantuvieron las sumas correspondientes a dichos módulos; y ello unido a la consideración del factor de corrección por perjuicios económicos como único mecanismo habilitado legalmente para el resarcimiento del lucro cesante, así como a la negación del resarcimiento de gastos distintos a los contemplados en la regla general 5ª del apartado primero del sistema.

Recién instaurado el sistema legal, participé en sus primeros momentos de esa feroz inquina, poniéndola de manifiesto en diversas publicaciones y, en concreto en *La tabla de indemnización por incapacidad temporal*, Revista Española Seguros, núm. 85 (monográfico), 1996/1, pp. 113-137; y *El nuevo sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación (Ley 30/1995). Estudio específico de la tabla de incapacidad temporal*, Aranzadi civil, 1996/2, pp. 149-180. En un momento ulterior, estudiada con más profundidad la regulación tabular, capté que tanto la tabla V como el sistema legal en su conjunto eran susceptibles de una interpretación crítica y constructiva, ajena a los significantes sectarios de su inmediato literalismo.

distintas que reseño de modo casi telegráfico¹⁵⁸.

La primera –la más extendida– es la de la confiscación aceptable. Consistía en entender que el sistema, identificado con la regulación tabular¹⁵⁹, impedía el pleno resarcimiento del lucro cesante, pues, de existir, procedería compensarlo sólo parcialmente a través del factor de corrección por perjuicios económicos. El efecto de esta postura era ablandar el lucro cesante como concepto dañoso resarcible, sin que generara a sus fautores el mínimo problema de tipo judicial, según demuestra el estudio de una buena serie de sentencias correspondientes a supuestos en que, reclamado, se había acreditado¹⁶⁰. Se acepta así sin rubor y sin lamentos que el sistema valorativo pueda constituir una regulación civil incivil, es decir, *contra cives*.

La segunda postura es la de la confiscación inaceptable¹⁶¹. Partiendo del presupuesto cognitivo de la precedente, consistía en conceptuar por completo inaceptable, e inconstitucional, que el lucro cesante dejara de resarcirse cumplidamente. Esta postura fue la que adoptó la SAP de Madrid (Secc. 17ª), al suscitar la cuestión de inconstitucionalidad¹⁶² que fue la única que,

¹⁵⁸ De estas posturas me ocupé en *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 2, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit., pp. 231-411.

¹⁵⁹ Verdadera sinécdoque jurídica.

¹⁶⁰ *Vide* ob. últim. cit., pp. 278 ss., con reseña y comentario de SSAP de Barcelona (Secc. 7ª), de 14-11-97; Córdoba (Secc. 2ª), de 23-01-97; Granada (Secc. 1ª), de 30-01-99; Huesca, de 05-05-97; Lérida (Secc. 2ª), de 18-05-98; Madrid (Secc. 2ª), de 10-02-97; Madrid (Secc. 7ª), de 16-04-99 y 17-09-99, Palencia, de 26-09-99; y Zaragoza (Secc. 1ª), de 30-11-98. Todas ellas adoptaron la solución ablatoria a la que me refiero, sin cuestionarse en absoluto su intrínseca perversidad. El comentario a la sentencia cordobesa fue publicado originariamente bajo el título *Perjuicios y ambigüedades. Reflexiones sobre el caso de un taxista lesionado y la paralización de su vehículo*, R. Calle Letrados (I. Colegio Abogados Córdoba), núm. 20, 1998, pp. 25-28. También adoptaron esta postura las SSAP de Álava (Secc. 2ª), de 18-01-99; León, de 12-01-98; Madrid (Secc. 16ª), de 05-03-2001; Vizcaya (Secc. 5ª), de 28-01-99; Zaragoza (Secc. 2ª), de 05-10-99; y Zaragoza (Secc. 5ª), de 06-10-99.

¹⁶¹ El jurista mejicano Manuel BRITO MORENO (*Valor económico de la vida humana en el Derecho mejicano*, ed/a, México, 1961, p. 12) dice que si el Estado intentara limitar el importe de los daños y perjuicios a cuyo pago está obligado el trasgresor, llevaría a cabo un acto de privación injustificada de derechos, tan grave como cualquier confiscación o como cualquiera despojo y que la única diferencia consistiría en que en este caso el Gobierno no llevaría a cabo el despojo para su propio beneficio, sino para el del sujeto pasivo de la responsabilidad civil.

¹⁶² Referida sólo al lucro cesante derivado de la lesión temporal impositiva, que era el concreto extremo que se dilucidaba en el recurso de apelación que tenía que resolverse. Ciertamente el dubio constitucional consultado por la Secc. 17ª de la AP de Madrid (Ilmo. Sr. Fernández Entralgo) se proyectaba sobre la norma reguladora del factor de corrección por perjuicios económicos contenida en el apartado B) de la tabla V, siendo ésa la única cuestión que, aunque de forma parcial, fue verdaderamente acogida por la STC 181/2000. La cuestión se refería a que el factor de corrección sirve para reparar deficitariamente los perjuicios económicos existentes, pero también para “reparar” perjuicios inexistentes. El TC acogió el primero de los extremos planteados, pero no se refirió para nada al segundo, de modo que se han de reconocer las sumas resultantes de él en los supuestos en que el daño corporal se haya causado sin la intervención de una culpa relevante del conductor; y también, según una recta interpretación no literal de la expresada resolución, cuando, mediando culpa del conductor, el lesionado no haya acreditado perjuicios efectivos por cuantía superior a la resultante del factor. Con reconocimiento de las dudas de índole sustancial que pueden suscitarse, la consideración del segundo de los extremos (es decir, que el factor sirve para reparar perjuicios económicos inexistente) se supera desde el momento en que se sostenga que los perjuicios tabulados no son los perjuicios del lucro cesante, sino los perjuicios patrimoniales básicos que suelen derivarse del

aunque parcialmente, acogió la STC 181/2000¹⁶³.

La tercera postura es la del resarcimiento decretal. Consistía en que, apreciada la existencia de un lucro cesante (o cualquier perjuicio económico atípico), había que resarcirlo, pese a aplicarse para los otros conceptos dañosos la regulación tabular, sin hacer la más mínima referencia al fundamento normativo de tal solución y sin cuestionarse su incompatibilidad con la regulación tabular. Son sentencias insertas en la intuitiva y patética justicia del cadí, impartida mediante sencillas decisiones adoptadas *ad baculum*¹⁶⁴, con vocación juradista¹⁶⁵.

La cuarta postura es la del resarcimiento extrasistema¹⁶⁶. Consistía en partir de que la regulación tabular, identificada con el sistema¹⁶⁷, no contempla el resarcimiento del lucro cesante, pero que éste cabe por aplicación supletoria de la disciplina común de la responsabilidad civil¹⁶⁸. El problema de esta postura es que entra en colisión con la fórmula del *en todo caso* que contiene el art. 1.2 de la Ley y confirma la regla general 1ª del apartado primero del sistema¹⁶⁹.

daño corporal (*id quod plerumque accidit*), justificándose así que se repare mediante una norma de tasación semiabstracta con la que se consagra una presunción *iuris et de iure*.

¹⁶³ Fue la postura que adoptó también la Secc. 1ª de la misma AP (Ilmo. Sr. Maza Martín), al adherirse en diversas apelaciones de juicio de faltas a la cuestión suscitada por la 17ª. De esta última Secc. es interesante la S de 28-09-99, en la que se afirma que, de haberse acreditado el lucro cesante por cuantía superior a la del factor de corrección, se habría suscitado cuestión de constitucionalidad.

¹⁶⁴ *Vide* libro últim. cit., pp. 336 ss., con reseña y comentario de SSAP de Barcelona (Secc. 5ª), de 22-01-99; Cádiz (Secc. 1ª), de 08-05-98; Guipúzcoa (Secc. 3ª), de 16-10-98; y León (Secc. 1ª), de 02-02-98. Dentro de este grupo, puede incluirse quizá la SAP de Orense de 08-10-2004, que confirmó la denegación del resarcimiento del lucro cesante ligado a unas secuelas, porque no se había acreditado la existencia del mismo, pero no porque lo impidiera el sistema legal de valoración, que era la tesis defensiva a la que se atenía la aseguradora demandada, dando lugar esta oposición a que el juzgador *a quo* puntualizara que el lucro cesante es indemnizable sin que el Baremo excluya la posibilidad de su resarcimiento.

¹⁶⁵ La cultura valorativa del daño corporal es de suyo incompatible con la institución del jurado, si es que se quiere que las indemnizaciones estén sujetas a un principio estricto de racionalidad y que no se caractericen por su “ejemplaridad” (daños punitivos). Por eso, en Inglaterra no hubo la posibilidad de construir una cultura sobre el daño corporal hasta 1933 en que la cuestión indemnizatoria dejó de ser competencia exclusiva del jurado.

¹⁶⁶ *Vide* ob. últim. cit., pp. 344 ss., con reseña y comentario de SSAP de Cáceres (Secc. 1ª), de 14-02-99; Ciudad Real (Secc. 1ª), de 18-02-97; Córdoba (Secc. 1ª), de 08-03-99; Salamanca, de 02-03-99; y Tarragona (Secc. 3ª), de 09-02-98. El comentario dedicado a la sentencia manchega fue publicado originariamente bajo el título *El resarcimiento del lucro cesante probado. El sentido desviado de su justificación extratabular. Comentario a la sentencia de 18 de febrero de 1997 de la Secc. 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real*, R. Española Seguros, núm. 90, 1997/2, pp. 150-154. También adoptaron la postura señalada las SSAP de Ciudad Real (Secc. 1ª), de 11-01-2000; Jaén (Secc. 1ª), de 26-10-99; y Málaga (Secc. 6ª), de 30-12-98.

¹⁶⁷ De nuevo estamos ante la sinécdoque jurídica que propicia el sistema legal, interpretado defectuosamente.

¹⁶⁸ Art. 1106 C.c. y preceptos correlativos del C.p., sin que ninguno de éstos se refiera expresamente a la ganancia dejada de obtener.

¹⁶⁹ Para sustraerse a tal impedimento, se incurre en el error técnico de afirmar que las consecuencias patrimoniales del daño corporal no se insertan en el concepto de los daños corporales, sino en el de los daños materiales, desconociendo así la doble clasificación fundamental del daño (montada sobre la índole material o personal de los bienes afectados y sobre la índole material o personal de las consecuencias perjudiciales de unos y otros daños) y marginando la inequívoca dicotomía (daños personales y daños materiales) a la que se atiene el art. 1

Finalmente, la quinta postura es la del resarcimiento extratabular intrasistema¹⁷⁰.

Partiendo de que se está ante un sistema *con* baremos y no ante uno simple *de* baremos¹⁷¹ y de que, por tanto, la regulación tabular no agota el contenido de su disciplina, se afirmaba que, además de las reglas tabulares (los diversos baremos), hay las extratabulares que, incluidas en el apartado primero, han de utilizarse para sopesar las circunstancias de índole dañosa que no haya ponderado la regulación baremada, sin poderse insertar en ella mediante criterios de interpretación extensiva e integración analógica, captándose que el lucro cesante acreditado

de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

¹⁷⁰ Vide ob. últim. cit., pp. 367 ss., con reseña y comentario de las siguientes SSAP: Córdoba (Secc. 3ª), de 04-06-98; Madrid (Secc. 10ª), de 20-05-99, 10-07-99 y 09-05-2000; Madrid (Secc. 23ª), de 09-07-99; Sevilla (Secc. 1ª), de 26-12-97 y 31-12-97; y Sevilla (Secc. 7ª), de 07-04-98. La ponderabilidad de las circunstancias extratabulares aparece afirmada también en la SAP de Asturias (Secc. 5ª), de 14-10-97; Guadalajara, de 28-10-97; Guipúzcoa (Secc. 1ª), de 25-10-99 y 09-05-2000; Madrid (Secc. 4ª), de 07-04-99, 29-09-99 y 05-11-99; y Vizcaya (Secc. 4ª), de 17-05-2000. Se atuvo también a este criterio resarcitorio la SJI 45 de Madrid de 17 de febrero de 2000 (Ilma. Sra. Molina Segura), resolutoria de juicio de faltas 603/1999, que declaró compatible la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos causados por lesiones temporales y el resarcimiento del lucro cesante acreditado, justificando esta partida mediante la expresa declaración de que “*dicho concepto indemnizatorio está incluido en el anexo apartado primero punto 7*”.

¹⁷¹ La significación normativa del sistema valorativo discurre entre dos concepciones extremas. Su consideración como un sistema *de* baremos se inserta en una concepción hermética de dicha regulación, al estimarse que no cabe más resarcimiento que el que estrictamente resulta de la regulación tabular, sin más excepción hoy que la fijada por la STC 181/2000, a cuyo tenor cabe el resarcimiento del lucro cesante derivado de una lesión temporal impeditiva que haya sido causada con una culpa relevante. A su vez, su consideración como un sistema *con* baremos se inserta en una concepción flexible que se atiene a lo que es de suyo un sistema normativo, reconociéndose así tal rango a los principios informadores de su regulación (integridad y vertebración) y a todos los criterios de sus reglas generales, en el entendimiento de que la regulación tabular sirve para resarcir los perjuicios ordinarios y los perjuicios especiales, pero no los perjuicios excepcionales que, cuando existan, deben ser igualmente objeto de reparación (teoría del trípode analítico de circunstancias de índole dañosa).

Un baremo puede integrarse en un sistema, pero no constituye de suyo un sistema, pues éste está constituido por un conjunto de elementos (preceptos) interrelacionados a través de una serie de principios de los que dependen aquéllos y cuyos principios cumplen la función normativa de dotar de coherencia interna al propio conjunto y a todos y cada uno de sus componentes. Un baremo indemnizatorio sirve para poner orden en las cuentas resarcitorias, de acuerdo con el origen de la propia palabra, que es un galicismo (de B. François BARRÊME [1640-1703], quien puso en orden las cuentas estatales del Rey Sol), pero, cuando nos encontramos en el seno del instituto reparatorio de la responsabilidad civil, que se rige por el principio de la integridad, el Baremo, siendo necesario, es insuficiente y sólo tiene sentido si se enmarca dentro de un sistema normativo con el que se garantice coherentemente la realización de dicho principio. Cuando se llama Baremo al sistema legal, quedan sentadas las bases (conscientes o subconscientes) para desquiciar el cabal sentido de sus diversas reglas. Frente a tal consideración, hay que insistir en que se trata de un sistema *con* baremos, sin que éstos agoten en absoluto el contenido del conjunto normativo. Dotado éste de directivas o principios, éstos son imprescindibles, pues sirven para colmar las anomías y para eliminar las antinomias, así como para concretar el preciso contenido de las reglas de la baremación, es decir, de las reglas tabulares. Lo que caracteriza a un sistema normativo, para que efectivamente lo sea, no es sólo ese doble contenido de reglas y principios, sino su coherencia, en el entendimiento de que ésta se obtiene a través de aquéllos, pues su fuerza normativa impide las insuficiencias, deficiencias y contradicciones de las reglas que los desarrollan y concretan.

Teniendo en cuenta el concepto de “anejo” que ha acuñado ahora el vigente TR de la Legislación especial de que tratamos (R. D. Legislativo de 29 de octubre de 2004), es obvio que dicho “anejo” forma parte del “anexo”, es decir, que los baremos –las tablas integrantes del anejo– forman parte del sistema o anexo, sin agotar en absoluto su contenido. El anexo sirve a los dos primeros niveles de la individualización dañosa, atendiendo, pues, primero, a los perjuicios generales, ordinarios o comunes y atendiendo, después, a los perjuicios particulares, especiales o extraordinarios. mientras que, el anexo garantiza que se atienda también al tercer nivel, constituido por la necesidad de ponderar los posibles perjuicios excepcionales, singulares o atípicos.

(circunstancia dañosa extrínsecamente excepcional) puede y debe resarcirse al margen de dicha disciplina, pero dentro del sistema, mediante la aplicación de la norma del inciso segundo de la regla general 7ª de su primer apartado.

3.4.- Un buen caso de reparación del lucro cesante causado por la muerte, aunque en el marco restrictivo (ilegal) del sistema como cobertura del seguro obligatorio: SAP de Madrid (Secc. 17ª) de 21 de octubre de 1998

Merece un comentario especial la SAP de Madrid (Secc. 17ª) de 21 de octubre de 1998, resolutoria de juicio oral dimanante de un procedimiento abreviado seguido por delito de homicidio imprudente cometido por el conductor inculcado bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

En el accidente enjuiciado se produjo el fallecimiento de un adulto de 37 años, que dejó viuda y un hijo con un año de edad. En el acto del juicio, el MF solicitó, para la viuda e hijo del fallecido, una indemnización por importe de 19.429.300,- Ptas.¹⁷². La acusación particular solicitó como indemnización la suma resultante de aplicar las reglas pertinentes de las dos primeras tablas del sistema, más 14.982.950,- Ptas. en concepto de lucro cesante.

Producida la conformidad del inculcado con las pretensiones punitivas, el juicio quedó contraído sólo a la determinación de la responsabilidad civil, al no haber aceptado el condenado ni su aseguradora la partida del lucro cesante; y fue resuelto por S que cuenta con la siguiente fundamentación:

A tenor del art. 109 C.p..., toda persona responsable criminalmente... lo es... civilmente, en la medida y por los conceptos que... determinan... sus arts. 110 y ss. El debate se circunscribe a la fijación del contenido de esa responsabilidad civil. En efecto, la

¹⁷² Es claro que el MF se atuvo al sistema legal para formular su propuesta indemnizatoria, dando la sensación de que tuvo en cuenta las cantidades previstas en el grupo I de la tabla I, tal como aparecían configuradas en la Resolución actualizadora de 24 de febrero de 1998, con lo que, a la indemnización básica de 17.895.000,- Ptas. (resultado de sumar los 12.632.000,- Ptas. adjudicados a la viuda y los 5.263.000,- Ptas. adjudicados al hijo menor), se añadiría un 10% correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos, de modo que la indemnización básica corregida habría de cifrarse en 19.684.500,- Ptas., suma ligeramente superior a la solicitada, sin que se atisbe la razón de la discordancia, salvo que no se concretara en un 10% el incremento correspondiente al señalado factor correctivo.

disposición adicional 8ª de la Ley 30/1995... organizó un sistema de resarcimiento de los resultados dañosos y perjudiciales derivados... de la circulación... Dando por presupuesta la inmejorable intención del Legislador, preocupado por proporcionar seguridad en un terreno dominado por la pluralidad de opciones aplicativas,... ese propósito ha resultado fallido.

Las dudas comienzan... a propósito de la obligatoriedad misma del sistema, y, en caso de respuesta afirmativa, de su ámbito de aplicación... A poco de promulgarse la Ley, se propuso una sugestiva interpretación, que ha tenido una trascendencia extraordinaria, al ser asumida por muchos organismos jurisdiccionales e inspirar la orientación jurisprudencial iniciada por la S 280/1997, de la Sala 1ª del TS. A su entender, las disposiciones contenidas en el anexo... han de ponerse en relación con... el núcleo de su articulado, dedicado al aseguramiento obligatorio, de manera que su ámbito de aplicación se restringe a esta materia... Para un comentarista autorizado¹⁷³..., al haberse asumido para el régimen general de responsabilidad civil el criterio que orientaba el régimen... del seguro obligatorio, se ha producido un efecto... distinto al pretendido, puesto que, cuando se causen daños en las personas mediante culpa subjetiva¹⁷⁴, el criterio de responsabilidad objetiva seguido por la Ley se verá superado y, por ello, deberán entrar en juego los preceptos... del C.c. y C.p., quedando relegada la responsabilidad establecida en la nueva Ley a una... residual, para cuando no conste o medie culpa del agente... En términos muy similares, otro especialista¹⁷⁵ concluye que el sistema... queda circunscrito... al ámbito específico... del seguro obligatorio... que se ve complementado por el principio de reparación íntegra, que rige... el Derecho común de la responsabilidad civil, que... pervive sin limitación... en el... C.c... y... C.p... Otros comentaristas¹⁷⁶ interpretan, sin embargo, que, de la lectura del texto íntegro de la Ley se desprende la inequívoca voluntad de construir un estatuto imperativo de la responsabilidad derivada de hechos lesivos en el marco de la circulación de vehículos de motor y de su aseguramiento, así voluntario como obligatorio...

Alguna resolución... coincide sustancialmente con la... interpretación restrictiva del ámbito material... de la Ley. La S de 11 de noviembre de 1996, de la Secc. 17ª de la AP... de Madrid¹⁷⁷ ... patrocina... una distinción entre los daños producidos por riesgo creado-beneficio abstracto obtenido por todo conductor, con aquellos supuestos en que, además, existe culpa o negligencia por su parte. En el primer caso, siempre que se produce un accidente "stricto sensu", es decir, un hecho de tráfico en que no existe culpa... y, obviamente, tampoco... fuerza mayor¹⁷⁸ ni culpa exclusiva de la víctima, es de plena aplicación el Baremo que la Ley contiene. Pero, para el supuesto en que... existe

¹⁷³ Ángel-Luis HURTADO ADRIÁN, *Dificultades para la aplicación del sistema de cuantificación legal de daños a las personas de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Ley 30/1995, de 8 de noviembre)*, R. Jueces para la Democracia, núm. 27, 1996, nov., pp. 69-78.

¹⁷⁴ Expresión tan arraigada como pintoresca, pues la culpa lo es o no lo es, pero si lo es es subjetiva; y cuando se habla de culpa objetiva estamos refiriéndonos a una situación que se caracteriza precisamente por la ausencia de la culpa.

¹⁷⁵ Aquilino YÁÑEZ ANDRÉS, *El Derecho común de la responsabilidad civil y la normativa especial de la Ley 30/95. Su necesaria complementariedad para el resarcimiento íntegro de las víctimas de los accidentes de circulación*, R. Responsabilidad Civil Circulación Seguro, 1997/1, pp. 4-6; R. General Derecho, 1997, marzo, pp. 1855-1859.

¹⁷⁶ Expresión eufemística puesta al servicio de disimular la varicación interpretativa en la que después se incurre sin razonamiento específico. Lo cierto es que la mayor parte de los comentaristas del sistema expresaron lo que todos captaban: que el sistema fue concebido legalmente como instrumento para la cuantificación de toda la responsabilidad civil automovilística por daños corporales. A su vez, debe resaltarse que la elegante expresión a la que se acude es de Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Valoración y resarcimiento del daño corporal. La reforma del sistema resarcitorio de los daños corporales derivados de la conducción de vehículos a motor en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre*, Pons, Madrid, 1997, p. 98.

¹⁷⁷ Ilmo. Sr. Vázquez Honrubia, ponente de esta misma sentencia.

¹⁷⁸ Naturalmente, se refiere a la fuerza mayor extrínseca, que es la única que tiene virtualidad exoneradora.

imprudencia..., el... Baremo sólo... entraría en vigor... para el seguro obligatorio... pero que no vincula... para fijar las responsabilidades civiles, de... modo que el exceso... correría a cargo... del patrimonio del conductor imprudente [y]..., de existir seguro complementario..., a cargo de la... aseguradora... En sentido coincidente, se pronuncian la S de 30 de enero de 1996, de la Secc. 3ª de la AP... de Asturias, y la de 28 de septiembre de 1996, de la 4ª de la... de Pontevedra. No es, en definitiva, inconciliable con este punto de vista la posición sostenida por las SS 173/1997, de 25 de abril..., de la Secc. 7ª de la... de Madrid, y... 14 de octubre de 1997, de la 2ª de la... de La Rioja.

La S 280/1997, de 26 de marzo..., de la Sala 1ª del TS, aborda el problema, siquiera a título de reflexión marginal (“obiter dicta”), lo que limita la posibilidad de invocarla como doctrina jurisprudencial, aunque contiene una... explícita advertencia de decisión... En torno a esta cuestión –afirma...- pueden sentarse las siguientes conclusiones: Primera: La función de calcular¹⁷⁹... Segunda: Que la existencia de numerosos baremos¹⁸⁰... Tercera: Los problemas jurídicos que plantea¹⁸¹... Los argumentos que se apilan... contra... esta aplicación indiscriminada y pretendidamente obligatoria, no sólo en el ámbito del seguro obligatorio, como parece lógico, sino en el del... voluntario, son, entre otros, los siguientes¹⁸² ...

La S levantó una considerable polvareda y atizó la belicosidad de los sectores judiciales dispuestos a neutralizar el sistema resarcitorio de 1995. Desde entonces, se suceden las resoluciones judiciales que, tanto en la vía... civil como en la penal... dejan, sin más, de aplicarlo... Ciertamente, hasta la reforma de 1995, era doctrina jurisprudencial consolidada que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, regía el principio que consagraba el ideal del resarcimiento íntegro... Se trataba de recomponer, en la medida de lo posible, el estado anterior a aquél, y de compensar aquellos perjuicios de imposible restauración. Se partía de la norma general contenida en el art. 1.902 C.c., integrada por los arts. 1.101 y ss. (singularmente, los 1.106 y 1.107)... Era también doctrina jurisprudencial reiterada que el juzgador de instancia cuantificaba, con arreglo a su prudente criterio, las diferentes partidas resarcitorias no susceptibles de valoración según precios de mercado. Porque se trataba de una materia de estimación que, no de estricta aplicación normativa, quedaba excluida de la revisión casacional, aunque no... para resolver el recurso de apelación, modelado conforme a la pauta de la... plena... revisión... La S 280/1997 confirma la vigencia de esta interpretación que conduciría a una inevitable conclusión: el sistema de 1995 dejaría de ser vinculante allí donde se acreditase... una distonía tal con las soluciones que demanda la justicia material que una interpretación conforme con la CE obliga a apartarse de la regla establecida por aquél, para dar una respuesta adecuada con arreglo a ese ideal de justicia que configura el modelo de Estado social y democrático de Derecho...

Otra propuesta hermenéutica¹⁸³ parte de una peculiar lectura del punto 7 del apartado primero del anexo... En síntesis, esta... vía interpretativa considera que, de acuerdo con el propio tenor literal del precepto, para asegurar la total indemnidad de los daños y

¹⁷⁹ Omito la reproducción literal del texto, pues se limita a reproducir el contenido de la sentencia a la que se está refiriendo.

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Idem.*

¹⁸³ Mariano MEDINA CRESPO, *La valoración de los daños personales causados en accidente de circulación. El sistema de la Ley 30/1995, como instrumento para la efectividad de la reparación íntegra*, R. La Ley, 1997/5, D-247, pp. 1684-1695; *La regla general 7ª y la complejidad normativa de sus dos primeros incisos*, en AAVV, *Valoración de los daños corporales. El sistema de la Ley 30/95*, dir. Mariano Medina Crespo, Seida/Edit. Española Seguros, 1998, pp. 183-202. Las tesis sostenidas en estos trabajos fueron llevadas después a *La valoración civil...*, cit.

perjuicios causados, no sólo hay que tener en cuenta las indemnizaciones básicas y los factores de corrección expresamente establecidos en la Ley, sino que, excepcionalmente, puede operar una suerte de cláusula valvular, que, por razones de equidad¹⁸⁴, permita acomodar la cifra resultante al probado alcance real de los daños y perjuicios ocasionados, cuando éste sea superior a aquélla. En definitiva, los factores de corrección trabajarían (como una ficción jurídica) sobre lo que la experiencia vulgar enseña que acontece en la normalidad estadística de los casos..., dispensando al perjudicado de su prueba; pero no impiden los ajustes equitativos¹⁸⁵ que sean precisos cuando, por circunstancias excepcionales, la cobertura legalmente establecida resulte deficitaria... El segundo inciso afirma que... el sistema asegura la total indemnidad..., de donde se extrae la consecuencia... de que es algo más que una proclama literaria... y... si la regla dice... que, para asegurar la total indemnidad, se tiene que tener en cuenta, entre las circunstancias que menciona, la pérdida de ingresos y, estudiando las tablas, se descubre que no hay ni una regla que la contemple como supuesto de hecho (porque ni siquiera el factor de corrección por perjuicios económicos está montado sobre ella)... esta regla completa los mandatos tabulares... La Ley, se explica,... ha querido establecer una indemnización socorrida en concepto de perjuicios económicos mediante una presunción muy útil, sin ponderar las pérdidas económicas; porque éstas son consideradas a través del mandato de la regla general 7ª. La tasación abstracta del perjuicio se afirma para proteger a los perjudicados, pero no impide en absoluto su ponderación concreta, a virtud de su prueba..., cuando concurren circunstancias excepcionales que provocan una discordancia entre los cálculos abstractos de la Ley y la realidad de los perjuicios producidos...

La posibilidad de aplicar esta interpretación flexibilizadora ha calado en un sector de la práctica judicial. La S 80/1997, de 28 de octubre, de la AP... de Guadalajara, argumenta... la posibilidad de tener en cuenta circunstancias excepcionales... Otra aparente muestra de aplicación de este criterio la proporciona la S 503/1997, de 14 de octubre, de la Secc. 5ª de la AP... de Asturias... La S 230/1997, de 26 de diciembre, de la Secc. 4ª de la... de Sevilla... parece compartir el mismo punto de vista, en cuanto a la virtualidad correctora de la regla 7ª... Las SS de 26 y 31 de diciembre de 1997, de su Sección 1ª... aplican este criterio interpretativo. La S de 7 de abril de 1998 de la Secc. 7ª de la... de Sevilla... invoca... la regla general... 7ª... que considera de carácter imperativo y no como una mera aspiración... Aplicando estos principios interpretativos, no hará falta demorar la resolución del caso, condicionándola a lo que el TC pueda decidir sobre la coherencia del nuevo sistema resarcitorio de daños corporales y las exigencias de nuestra Ley Fundamental. Simplemente, el caso enjuiciado constituye una patente muestra de excepcionalidad respecto de las pautas consagradas por este sistema, que el mismo permite corregir en búsqueda del principio de resarcimiento íntegro, demandado por la idea de justicia material.

La prueba pericial actuarial permitió conocer que, presuponiendo que el fallecido hubiese sobrevivido hasta la edad de la jubilación, la diferencia entre los ingresos esperados y los calculables en virtud de pensiones de viudedad y orfandad ascendería a 14.982.950,- Ptas. Sin embargo, sobre esta cifra (comparativa de ingresos brutos), habrá que hacer una serie de correcciones¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Sin incurrir en disquisiciones sobre la concreción del contenido del concepto de equidad, no me gusta, desde luego, que se diga que se reconducen a ella las razones por las que acudo a la interpretación apuntada.

¹⁸⁵ Reitero lo dicho en nota precedente.

¹⁸⁶ Como puede verse, aquí se produce un verdadero hiato en la exposición de esta resolución, pues, después de abordarse la diversidad de tesis interpretativas en relación con la significación normativa del sistema valorativo y sin llegarse a concretar la que se considera pertinente, se acomete ya la cuestión del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte, aunque, resuelta la misma positivamente, después se comprueba que la tesis escogida es la que se acomoda a la que denomina interpretación gótica del sistema.

Una primera afecta a la aleatoriedad de la duración de la vida humana. Expectativas médicas de vida no suponen una regla de cumplimiento inexorable. El fallecido pudo, ciertamente, llegar a la edad de jubilación, o morir antes de alcanzarla. Por otro lado, no se puede desconocer que el fallecido tenía gastos que mermaban los ingresos familiares. Esos gastos personales (no así los gastos fijos que permanecen invariables después del fallecimiento) han de descontarse... del déficit de ingresos. Y, en fin, tampoco se puede olvidar que no es igual percibir a tanto alzado la totalidad de la diferencia estimada correspondiente al periodo global desde la muerte... hasta su eventual jubilación, que recibirla en mensualidades sucesivas, porque las posibilidades de rentabilidad inversora, en el primer caso, son muy superiores.

Por todo ello, se entiende que un descuento de un 45% resulta prudentemente ajustado para resarcir el lucro cesante. Ello representa un líquido de 8.260.522,- Ptas... Es verdad que el fallecido pudo haber mejorado sus condiciones laborales, por promoción profesional o incluso cambio de trabajo, pero no es menos cierto que también pudieran haber sobrevenido infortunios que redujeran sus ingresos o que lo hubieran marginado del conjunto de la población laboral activa. Ambas posibilidades se contrarrestan recíprocamente, y por eso ninguna de ellas se tiene en cuenta de modo preferente...

Así, el total resarcitorio se compondrá de dos partidas, a saber: a) la compensación por el daño moral producido por la pérdida de una persona querida, unida por tan estrechas ligaduras familiares; y b) el lucro cesante consiguiente. Esta segunda partida se cifra del modo que queda detallado. La primera, a falta de módulos objetivos de comparación, se cuantifica de acuerdo con el sistema resarcitorio de 1995¹⁸⁷. Así que la viuda percibirá, por este concepto, 12.000.000,- Ptas. El hijo menor de edad, 5.000.000,- Ptas. Estas cantidades resultan de aplicar la tabla I del anexo... Como el lucro cesante se liquida independientemente, no se aplican los factores correctores aumentativo sucesivos establecidos en la tabla II. De este modo, resultan, por este concepto, las siguientes cantidades revalorizadas a partir del primero de enero de 1996: 14.776.000,- Ptas., en compensación correspondiente a la viuda; y 5.740.000,- Ptas., en compensación correspondiente al huérfano menor de edad.

Se hace preciso, seguidamente, distribuir entre madre e hijo el total de 8.260.522,- Ptas., calculadas por lucro cesante de la unidad familiar sobreviviente. Cualquier especulación al respecto no dejaría de resultar arbitraria. Por eso, se toma como punto de referencia la proporción correspondiente a la compensación establecida como indemnización básica respectiva de madre e hijo.

Por último, y, a tenor de la jurisprudencia citada de la Sala 1ª del TS, resulta procedente... distribuir las cantidades explicitadas con cargo, respectivamente, a los seguros obligatorio y voluntario que amparaban al vehículo...

De acuerdo con la fundamentación selectivamente transcrita, las indemnizaciones se cifraron, para la viuda, en 14.776.000,- Ptas., en concepto de daño moral y 5.830.956,- Ptas., en concepto de lucro cesante; y, para el hijo menor, en 5.740.000,- Ptas. por el primer concepto, y 2.429.566,- Ptas. por el segundo; y se estableció que de dichas cantidades respondía la entidad

¹⁸⁷ La expresión utilizada demuestra que los fundamentos de esta S están en realidad redactados por el magistrado disidente y no por el ponente.

aseguradora, habiendo de abonar con cargo al seguro obligatorio las correspondientes al daño moral, y, con cargo al voluntario, las del lucro cesante. Pero aquí no interesa rebatir la interpretación barroca¹⁸⁸ a la que se atuvo esta sentencia, en relación con el sistema legal valorativo, pues es un tema ya completamente superado después de la STC 181/2000, de 29 de junio, sino centramos en la valoración del lucro cesante causado por la muerte.

La S da por probado que la diferencia entre los ingresos que por el trabajo del fallecido habría éste obtenido hasta su jubilación y las sumas calculables a percibir por sus inmediatos familiares, en concepto de pensión de viudedad y de orfandad, asciende a 14.982.950,- Ptas. Sobre esta base, realiza una serie muy precisa de consideraciones que llevan a cuantificar el efectivo lucro cesante en el 55% de dicha suma, por lo que, en definitiva, cifra la indemnización por tal capítulo en 8.260.522,- Ptas.

Así las cosas, la Sala determina las indemnizaciones y distingue dos grandes partidas, la primera, correspondiente al daño moral causado por la muerte, y la segunda, al lucro cesante.

En lo que refiere al daño moral, la S se atiene al grupo I de la tabla I del sistema, incrementándola con tres actualizaciones consecutivas, al entender que la primera actualización automática se produjo en 1 de enero de 1996¹⁸⁹. Pero es de advertir que hay un exceso en la adjudicación de la indemnización por daño moral para la viuda, pues la misma se fija en 14.776.000,- Ptas., cuando la suma correcta habría sido la de 13.170.000,- Ptas.¹⁹⁰. Concerniente al hijo menor, la indemnización por daño moral se cifra en 5.740.000,- Ptas., cuando la correcta habría sido la de 5.487.000,- Ptas.¹⁹¹.

Téngase en cuenta que se trata exclusivamente de una indemnización por el

¹⁸⁸ Para tal concepto, me remito a *La valoración civil*, cit., t. II, *La tipología general...*, cit., *passim*.

¹⁸⁹ Aunque quedan sin expresar, aplica los índices del 4,3% de 1995 para 1996, del 3,2% de 1996 para 1997 y del 2% de 1997 para 1998, lo que supone, con operación simplificada, un índice acumulado del 9,75%.

¹⁹⁰ Dado que la indemnización básica originaria es de 12.000.000,- Ptas., sufriendo el añadido de 1.170.000,- Ptas. que es el que corresponde a la aplicación del triple índice consecutivo señalado.

¹⁹¹ Pues se parte de la indemnización básica originaria de 5.000.000,- Ptas., sobre cuya cantidad habría de aplicarse el señalado triple índice consecutivo, que supone una partida de 487.000,- Ptas.

perjuicio personal causado y que precisamente porque se reconoce la reparación del lucro cesante acreditado, deja de aplicarse el factor de corrección por perjuicios económicos que, como tasación abstracta del perjuicio, regula la regla primera de la tabla II.

A continuación, fijado anteriormente el importe del lucro cesante, se efectúa la distribución de la cantidad establecida en favor de la viuda y del hijo menor, ateniéndose la S a un pintoresco criterio de proporción marcado por las cantidades reconocidas por el capítulo del daño moral, por lo que, como queda dicho, se adjudican a la viuda 5.830.956,- Ptas. y al hijo menor 2.429.566,- Ptas.

Tras ello, aparece una declaración absolutamente sorprendente, pues, invocando el criterio que se cree sostiene la STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 1997, se señala que las indemnizaciones establecidas por daño moral, calculadas de acuerdo con la tabla I, se imputan al seguro obligatorio, mientras que las reconocidas por el lucro cesante se imputan al voluntario.

Nos encontramos, pues, con una S que parecía haber afirmado que el sistema de valoración es vinculante, sin estar afectado por ninguna restricción material, pero que termina por predicar su vinculación exclusivamente como definición de la cobertura del seguro obligatorio, para sostener que los conceptos y cantidades ajenos a las tablas han de imputarse al seguro voluntario, con lo que, en definitiva, se sitúa dentro de la que he denominado interpretación gótica¹⁹².

Debe simplemente señalarse que, dentro de la exposición que la S efectúa de posibles interpretaciones del sistema, no existe en ella el más mínimo razonamiento que sirva para justificar la sostenida, a costa de las otras; y que, en cambio, el análisis efectuado de la doctrina referente al juego aplicativo de la norma del inciso segundo de la regla general 7ª

¹⁹² La S consta de un voto particular del magistrado Ilmo. Sr. Fernández Entralgo, consistente en sostener la elemental idea de que el sistema legal está concebido para valorar con carácter preceptivo toda la responsabilidad civil ligada a los daños corporales, pero sin que permita el pleno resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte, por lo que, acreditado éste y visto que su importe ascendía a cantidad superior a la resultante de la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos, se entendía que tenía que suscitarse cuestión de inconstitucionalidad, que tendría que haberse suscitado mediante un auto de construcción correlativa con el que, respecto de la lesión temporal impeditiva, había dictado el magistrado disidente y que fue el único que verdaderamente fue acogido, aunque parcialmente, por la STC 181/2000, de 29 de junio.

llevaba a entender que se situaba en la tesis de ser el sistema vinculante y no estar afectado por ninguna posibilidad de interpretación restrictiva respecto de su ámbito material. De esta forma, se pone de manifiesto la concreta incongruencia técnica en que incurre esta S, dentro de su propio esquema lógico.

Al haberse reconocido de forma específica una indemnización por lucro cesante, ponderado *in concreto*, siendo su importe superior al que resultaría de aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos, la sentencia entiende que este factor es incompatible con aquel reconocimiento, por lo que se abstiene de corregir las indemnizaciones básicas con el juego operativo del factor¹⁹³.

3.5.- La solución del resarcimiento del lucro cesante derivado de la lesión temporal tras la STC 181/200, de 29 de junio: un apunte conclusivo

Aunque con las dudas que suscita la introducción (aparente) del parámetro (alegal) de la culpa relevante, puede afirmarse que, para la mayor parte de los casos¹⁹⁴, la STC 181/2000, de 29 de junio¹⁹⁵, resolvió el problema que suscita la falta de una adecuada regulación específica

¹⁹³ De esta forma, se produce una verdadera inconsecuencia, pues, de no haberse acreditado lucro cesante y, por tanto, de no haberse reconocido como partida indemnizatoria, se habría aplicado el factor y en este caso, dado su carácter tabular, se habría imputado al seguro obligatorio la suma total reconocida, incluyendo la partida correspondiente al factor señalado. Pues bien, la inconsecuencia estriba en que, al dejarse de aplicar en este caso el factor y al imputarse todo el resarcimiento del lucro cesante al seguro voluntario, el seguro obligatorio aparece despojado parcialmente de su (supuesta) cobertura, sin que se justifique en absoluto por qué la cantidad equivalente a la aplicación del factor (absorbida por la partida del lucro cesante) queda imputada al seguro voluntario y no al de suscripción preceptiva. Lo coherente, dentro de la tesis desplegada por esta S, es que se hubiera imputado al seguro obligatorio la suma correspondiente a la aplicación del factor y que sólo se imputara al voluntario la diferencia existente entre la suma reconocida por tal capítulo y la imputada al seguro obligatorio, en cuanto suma tabular.

¹⁹⁴ Sobre todo si se tiene en cuenta que es relevante no sólo la culpa con rango criminal, sino también la culpa estrictamente civil, con inclusión de la presumida cuando no resulta desmentida por la presencia demostrada de un caso fortuito. De esta forma, el dubio resarcitorio quedaría circunscrito a los escasísimos casos en los que se acredita que los daños son estrictamente fortuitos. A su vez, pertenece al ámbito interpretativo de la legalidad ordinaria (exclusiva pertenencia de la jurisdicción) la consideración de que también se ha de resarcir plenamente el lucro cesante derivado de un daño corporal temporal causado fortuitamente. Con tal criterio se cumple la voluntad legal de que toda la responsabilidad civil por daños corporales quede sujeta a los mismos criterios, no sólo de imputación, sino también de cuantificación, aunque se acate que el Legislador puede arbitrar sin detrimento constitucional fórmulas de reparación parcial cuando el daño imputable no deriva de una actuación culpable. La clave está en que puede y debe sostenerse, con una interpretación cabal, que el sistema legal no ha acudido a tal fórmula, porque la cuantificación legal de los daños y perjuicios extrapatrimoniales no significa que se limite su valor y porque debe sostenerse que la reparación de los perjuicios patrimoniales queda sujeta a lo que resulte de su prueba.

¹⁹⁵ Para un estudio detallado de esa S, me remito a *La bendición constitucional del Baremo. Razones y consecuencias*, Dykinson, Madrid, 2000; y también a *Daños Corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo*, Dykinson, Madrid, 2003, de cuya obra he extraído parte del material del presente estudio. A su vez, me remito a la amplia bibliografía que sobre ella recojo en esta segunda obra (pp. 20-22).

del tratamiento resarcitorio del lucro cesante derivado de una lesión temporal¹⁹⁶, de tal manera que hoy es pacífico que, en los casos en que exista y se acredite, ha de satisfacerse como una partida independiente. A su vez, según la interpretación más extendida, su reconocimiento es incompatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, pues el criterio generalizado consiste en aplicarlo, salvo que se acredite la cesación de un lucro ascendente a cuantía superior¹⁹⁷.

A la luz de dicha S, hay que concluir, de modo general, que, respecto del resarcimiento del lucro cesante causado por la lesión temporal impeditiva, ha quedado proscrita la tesis de la confiscación aceptable, al acogerse la de la confiscación inaceptable; y, sentado que es inconstitucional de suyo la tesis del resarcimiento decretal (por su inconstitucional falta de motivación), el TC, aunque con poco rigor expresivo (por falta de conocimientos especializados, es decir, sin la debida conciencia técnica)¹⁹⁸, ha canalizado, en mi concepto, *malgré lui*, la del resarcimiento extratabular intrasistema, pues, desde el momento en que se ha mantenido la

¹⁹⁶ Esta S solucionó no sólo la cuestión relativa al lucro cesante derivado del daño corporal temporal, sino también la atinente a cualquier perjuicio patrimonial distinto de los gastos asistenciales previstos en la regla general 6ª del apartado primero del sistema; observación importante porque la tendencia general es hacer referencia a que la indicada resolución remedió el problema resarcitorio del lucro cesante, sin resaltar que su doctrina se proyecta directamente sobre cualquier perjuicio patrimonial destabulado o deficitariamente tabulado; y que, incluso, aunque con menos claridad (dada la apodíctica afirmación del imposible ontológico que contiene su fundamento jurídico decimoséptimo), puede y debe proyectarse sobre cualquier perjuicio personal que no esté tubularmente valorado o que demostradamente esté infravalorado en la regulación tabular. Respecto del resarcimiento de un perjuicio patrimonial distinto del lucro cesante (gastos de sustitución afrontados para evitarlo), *vide* la STC 102/2002, de 6 de mayo (Pte. Excmo. Sr. García-Calvo Montiel), que amparó al demandante al objeto de que se le resarciera la suma abonada al tractorista que le reemplazó en sus labores agrícolas durante el mes en que estuvo impedido para trabajar. El JI le había reconocido por tal concepto 137.5215,- Ptas., pero la AP de Palencia había suprimido tal partida por corresponder a un concepto dañoso extratabular, con uso, pues, de la técnica legalista que muchos jueces llaman del “baremo puro y duro”. Con base en la STC 181/2000, se le otorgó el amparo, al declararse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, por no habersele satisfecho la íntegra reparación del perjuicio padecido.

La doctrina sentada por la STC 181/2000 ha sido aplicada por las SSTC 241/2000, de 16 de octubre; 242/2000, de 16 de octubre; 244/2000, de 16 de octubre; 267/2000, de 13 de noviembre; 21/2001, de 29 de enero; 37/2001, de 12 de febrero; 9/2002, de 15 de enero; 19/2002, de 28 de enero; 49/2002, de 25 de febrero; 102/2002, de 6 de mayo; y 104/2005, de 9 de mayo.

¹⁹⁷ Junto a tal tesis, está la minoritaria que yo mantengo con una amplia batería de argumentos de diverso signo, consistente en considerar que el factor de corrección por perjuicios económicos no está objetivamente concebido para reparar lucro cesante alguno, sino para reparar un perjuicio patrimonial básico, por lo que es compatible el resarcimiento de uno y otro. Se atienen a este criterio las SSAP de Madrid (Secc. 10ª) de 09-05-99, 20-05-99, 10-07-99 y 09-05-2000, así como de Sevilla (Secc. 1ª) de 26-12-97 y 31-12-97; y Córdoba (Secc. 2ª) de 01-04-2003. Sobre este particular, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 2º, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit., pp. 65-82. El estudio crítico –gramatical, histórico, lógico, sistemático y axiológico– del factor de corrección por perjuicios económicos, que es la primera regla de las tablas II, IV y apartado B) de la V, conduce a la conclusión de que puede no saberse lo que resarce (¿un perjuicio patrimonial básico? ¿perjuicios económicos inexistentes? ¿gastos de difícil o imposible justificación cabal?), pero que desde luego se sabe lo que no resarce (el lucro cesante).

¹⁹⁸ Lo que le lleva a adoptar una decisión que corresponde a una anticuada y muy superada concepción delincencial de la responsabilidad civil.

fórmula del *en todo caso*, no cabe acudir a la del resarcimiento extrasistema¹⁹⁹. De todas formas, debe captarse que, desde el punto de vista estrictamente práctico, una y otra fórmula habilitan el mismo resultado resarcitorio.

Resaltado que la mencionada STC sirvió para superar los obstáculos que, para los intérpretes ordinarios, suponía el sistema legal valorativo en relación con el tratamiento resarcitorio del lucro cesante derivado de una lesión temporal, la misma es, naturalmente, tributaria de los criterios con que se ha aplicado históricamente la disciplina común de la responsabilidad civil.

Téngase en cuenta que quien acredite los ingresos estrictos que deja de obtener, como consecuencia de su lesión temporal impeditiva, será resarcido con una cantidad que se añada a la que le corresponda por su perjuicio fisiológico y moral; pero persisten los problemas de preterición material en los casos en que el lesionado no puede acreditar un estricto rendimiento económico ligado a su actividad laboral.

Piénsese fundamentalmente en la problemática del perjuicio económico que sufre la lesionada que sea sólo ama de casa, pues, en este caso, al no poder acreditar ingresos, obtendrá en concepto de resarcimiento por perjuicios patrimoniales el que corresponda por la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos padecidos por quien no justifica ingresos, con lo que la indemnización básica será incrementada como mucho con un 10%, que es el máximo del primer tramo de la escala de que consta el factor. Así las cosas, hay que concluir

¹⁹⁹ Son múltiples las SS que han aplicado la doctrina constitucional y que por ello han reconocido la resarcibilidad del lucro cesante acreditado cuando deriva de una lesión temporal impeditiva. Así, pueden citarse, entre otras muchas, las SSAP de Barcelona (Secc. 17ª), de 27-10-2004; Rioja, de 04-04-2002; Toledo (Secc. 1ª), de 30-07-2002; Vizcaya (Secc. 5ª), de 01-03-2001; y Zaragoza (Secc. 5ª), de 27-12-2000.

De las SS que reconocen ahora el resarcimiento del lucro cesante causado por una lesión temporal, con base en la doctrina sentada por la STC 181/2000, unas se abstienen de enunciar su concreto fundamento normativo y otras invocan el art. 1106 C.c. (incluso en la vía penal), lo que supone adoptar una postura de resarcimiento extrasistema que, a su vez, entra en contradicción con el hecho cierto de que el TC no declaró inconstitucional la fórmula del “en todo caso” que contiene el at. 1.2 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aunque hay quienes consideran que, pese a no haberse declarado inconstitucional tal fórmula, ha de entenderse que se ha considerado como tal o, al menos, que se ha relativizado el sentido absoluto de tal expresión. Entre los autores que consideran que la STC 181/2000 ha supuesto la declaración virtual de la inconstitucionalidad de esa fórmula legal, se encuentra Luis-Fernando REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 297, pp. 300-304 (anteriormente ya había expresado tal criterio en *La sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, sobre el sistema de valoración de daños corporales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 449, 27-07-2000, p. 2).

que el valor económico del trabajo de ama de casa que deja de realizarse es, a la luz de este funcionamiento, para 2005, como mucho, de 4,47 € diarios (10% del valor económico asignado al perjuicio fisiológico y moral del día impeditivo, cifrado en 44,65 €)²⁰⁰. Se echa así de menos que el valor económico del día perdido por el ama de casa sólo pueda, como mucho, fijarse a través de la realización efectiva de los gastos de sustitución (por tenerse que acudir a los servicios insólitos de una asistenta; y siempre que el juzgador tenga la sensibilidad judicial de atender su costo); y es lamentable que en nuestro país sea desconocida la técnica de computar el valor de la hora de trabajo doméstico en el mercado y calcular el número de horas que la lesionada dedicaba a las labores del hogar en atención a la propia estructura familiar.

Aunque he señalado que la STC 181/200 sirvió para resolver –para poderlo abordar positivamente– el problema correspondiente al resarcimiento del lucro cesante derivado de una lesión temporal²⁰¹, lo cierto es que cualquier afirmación que en Derecho se produzca en términos absolutos está abocada a ser contradicha; y lo digo porque, aunque resulta sorprendente, nunca falta alguna resolución extravagante, como en este caso es la SAP de Madrid (Secc. 19ª), de 9 de diciembre de 2004²⁰², que merece un particular comentario en relación con el concreto tema al que me refiero²⁰³.

²⁰⁰ Se trata de un valor económico inferior al que recibe en el mercado el trabajo de una sola hora de una asistenta.

²⁰¹ Problema existente por estar generalizada la defectuosa interpretación del sistema legal, al no captarse que sirve efectivamente al principio de la reparación íntegra, de acuerdo con su recepción descriptiva en el art. 1.2 de la Ley especial en la que se enmarca el sistema, confirmada expresamente en el inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero de dicha regulación.

²⁰² Pte. Ilmo. Sr. Legido López. Dadas las posturas adoptadas en ella, resulta sorprendente la ausencia de algún voto particular que desmentiría la sospecha de la ficción colegial.

²⁰³ Esta S, que afecta a tres procedimientos acumulados, merece un especial comentario en relación con cada uno de los temas de que se ocupa. Téngase en cuenta que se atiene al peregrino criterio de que, fallecido el conductor de un vehículo como consecuencia del accidente causado por él, sus familiares, como perjudicados, tienen acción directa frente al asegurador obligatorio de su vehículo, lo que implica un radical desconocimiento de lo que es, de un lado, un seguro de responsabilidad civil y, previamente, lo que es el instituto de la responsabilidad civil, según he razonado cumplidamente en *La valoración civil...*, cit., t. IV, *El fallecimiento*, cit., pp. 149-339. También es de significar que se adscribe a una tesis nominalista, en cuanto considera (apodóticamente) que las indemnizaciones a establecer son las vigentes exactamente en la fecha del siniestro; y, por otra parte, se atiene al criterio de que, siendo pertinente la aplicación del art. 20 LCS, cuando el asegurador ha dejado transcurrir dos años sin haber liquidado la deuda resarcitoria de su asegurado, el recargo agravado del 20% no puede retrotraerse a la fecha del siniestro, sino que ha de operar después de cumplirse el plazo bianual. También es interesante, porque sirve para comprobar que en alguna ocasión la jurisdicción aprecia que el asegurador deudor contaba con causa justificativa para el impago, por cuya razón se le exonera del indicado recargo, aunque se le impone desde la fecha de la resolución porque, se supone, se entiende que desde ella ha desaparecido esa circunstancia de índole obstativa.

La S señalada, dictada casi cuatro años y medio después de que se dictara y publicara la STC 181/2000, incurre en el desconocimiento en que antes incurriera la SAP de Barcelona (Secc. 1º) de 12 de enero de 2001, habiendo sido ésta anulada por la STC 104/2005, de 9 de mayo, en la que se reprocha con cierta dureza de expresión al órgano sentenciador que desconociera y, por tanto, dejara de acatar, la doctrina constitucional; y eso que entre la STC 181/2000 y la SAP de Barcelona, hay sólo un período de cinco meses, por lo que puede imaginarse la forma en que se expresaría el TC si tuviera que conocer de un recurso de amparo deducido contra la

Producido un accidente de circulación por culpa de un conductor que resultó fallecido, un ocupante del vehículo reclamó por las lesiones padecidas, cuantificando la indemnización pretendida en 7.716.792,- Ptas. (46.378,89 €). El JPI 1 de Colmenar Viejo acogió parcialmente la demanda y reconoció al actor, con cargo a la aseguradora demandada, la suma de 5.571.555,- Ptas. (33.485,72 €), de las que correspondían 1.753.600,- Ptas. (10.539,35 €) al lucro cesante padecido.

Disconforme con dicha indemnización, la aseguradora apeló, oponiéndose a que se hubiera reconocido al perjudicado cantidad alguna por el capítulo específico del lucro cesante. De esta forma, al fijar los términos del debate apelatorio, la AP señala que se trata de dilucidar *la posibilidad o imposibilidad, en su caso, de señalar cantidades por lucro cesante al margen de los baremos establecidos por la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados de 1955 [sic]*.

Planteada así, la AP resuelve la cuestión señalando que, a la luz del art. 1.2 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, es inequívoco el carácter imperativo del sistema de valoración, al establecerse que los daños y perjuicios se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo. En virtud de esa preceptividad insoslayable, señala la Sala, *habremos de concluir ser cierta la imposibilidad de conceder indemnizaciones al margen de los repetidos baremos*; y, expresado tal silogismo, formula la siguiente declaración:

Luego si el juzgador de instancia procedió a resarcir los días que el... [lesionado] permaneció hospitalizado, días de impedimento, días no impeditivos, secuelas, con sus respectivos puntos, utilizando, al propio tiempo, el criterio de corrección del 10%, necesario será entender que el... recurso que hizo valer Hilo Directo, S. A... respecto de... la cantidad concedida por lucro cesante al... [perjudicado]..., tiene que acogerlo este Tribunal, por ajustarse a Derecho y por enmarcarse en la normal aplicación de la legislación especial relativa al seguro obligatorio [sic]. En consecuencia, la cantidad que se reconoce al... [demandante] es... de 3.817.955,- Ptas. (22.946,37 €), en razón de

SAP de Madrid, a la que nos hemos referido.

Sobre la cuestión señalada, me remito a mi comentario jurisprudencial *Sobre el resarcimiento de los perjuicios económicos causados por la lesión temporal impeditiva. Un reproche de falta de lectura (la STC 104/2005, de 9 de mayo)*, R. electr. Sepín Tráfico, 2005, jul., SP/DOCT/2584, t. m. 5 pp.

haberse asignado por el concepto de lucro cesante la cantidad de 1.753.600,- Ptas. [10.539,35 €], que tienen que descontarse de la cifra llevada al fallo de la resolución dictada en la instancia, dada... la imperatividad del precitado art. 1...

Lo primero que llama la atención es que esta S afirma la imperatividad del sistema legal sin hacer la más mínima referencia a la STC 181/2002, que desconoce por completo, con lo que margina su doctrina correspondiente a la interpretación del juego operativo del factor corrector por perjuicios económicos que contempla el apartado B) de la tabla V.

Por eso, si, como creo, el lucro cesante que se reconoció en la primera instancia al lesionado correspondía al padecido por sus lesiones temporales, nos encontramos con una sentencia estrictamente inconstitucional, que vulnera la insoslayable doctrina sentada por aquella S, a virtud de la cual es inequívoco que, producido un accidente por culpa relevante del conductor de un vehículo de motor, tiene que resarcirse el lucro cesante que, padecido por el perjudicado, derive de sus lesiones temporales; y adviértase que en este caso, no se rechaza la partida correspondiente al lucro cesante por el hecho de que no estuviera acreditado, sino pura y simplemente porque la AP entiende que tal resarcimiento es incompatible con el sistema normativo al que, naturalmente, con la típica sinécdoque jurídica, identifica con los de baremos de que consta²⁰⁴.

A su vez, si la suma reconocida por lucro cesante correspondía al padecido como consecuencia de las secuelas resultantes, la AP tendría que haberse hecho eco de la posibilidad

²⁰⁴ La lectura de la STC 104/2005, de 9 de mayo, pone de manifiesto que la extravagancia técnica que denuncio aquí no es puramente insular, pues también incurrió en ella la SAP de Barcelona (Secc. 1ª) de 12 de enero de 2001, la cual fue anulada por aquélla, en virtud de la siguiente declaración: *La sentencia dictada por el JPI... denegó la indemnización respecto de los gastos derivados de la contratación de un trabajador que supliera el trabajo de la actora durante su período de incapacidad, no porque no considerase acreditada esta circunstancia, sino porque el sistema de valoración... establecido en el baremo legal... no permitía incluir dicha indemnización, ya que... incluye todos los daños por cualquier concepto, limitándose a aplicar los factores de corrección por ingresos anuales previstos en el apartado B) de la tabla V... La SAP confirmó íntegramente este criterio del juez "a quo". Pues bien, ambas sentencias resultan afectadas por la inconstitucionalidad parcial declarada en la STC 181/2000...[en virtud de la cual] la aplicación automática de los baremos con los factores de corrección contenidos en la tabla V, apartado B)... vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que impide la reparación íntegra de los perjuicios causados, cuando se acrediten perjuicios superiores derivados de daños de carácter personal, siempre y cuando tengan su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del daño... Mas aún, como acertadamente advierte el MF..., la SAP fue dictada cinco meses después de la publicación de nuestra STC 181/2000 en el "BOE", por lo que la AP debió conocer dicha sentencia y acatar su doctrina, en los términos del art. 164.1 CE, los arts. 1 y 38 LOTC, y el art. 5.1 de la LOPJ, al ser el TC el máximo intérprete de la CE y tener las sentencias que dicte en procedimientos de inconstitucionalidad valor de cosa juzgada, que produce efectos "erga omnes" y vincula a todos los poderes públicos, incluidos jueces y tribunales, a partir de la publicación de la sentencia en el "BOE".*

de proyectar traslaticiamente la doctrina de la STC 181/2000 sobre las lesiones permanentes, aunque, naturalmente, su radical desconocimiento, explica que no se planteara la cuestión.

En mi concepto, la partida de lucro cesante que había impugnado la aseguradora debió ser mantenida²⁰⁵; y solamente tendría que haberse abordado la cuestión de la compatibilidad de dicha partida con la suma correspondiente a la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos, habida cuenta que, como hemos visto, la *S a qua* había aplicado el señalado factor en compatibilidad con la suma reconocida en concepto de lucro cesante²⁰⁶.

3.6.- Las tres posibles soluciones positivas sobre el resarcimiento del lucro cesante causado por la lesión permanente impeditiva y por la muerte: la confiscación inaceptable; el resarcimiento canalizado a través de una interpretación

²⁰⁵ Puesto que la aseguradora no puso en tela de juicio ni la existencia de ese lucro cesante ni el importe apreciado por el juzgador de instancia.

²⁰⁶ Pero la cuestión del resarcimiento del lucro cesante no se limita en esta *S* a la pretensión deducida por el lesionado al que nos hemos referido, pues también se aborda la cuestión del resarcimiento del lucro cesante derivado de la muerte del conductor del vehículo. Sobre la base de que, como ha quedado reseñado en una nota anterior, uno de los tres procesos acumulados correspondía a la demanda deducida por la viuda del expresado conductor, que actuaba en su propio nombre y como legal representante de una hija menor, así como por el hijo mayor de edad y por la madre del fallecido, ejercitándose la acción resarcitoria frente a la aseguradora del propio vehículo pilotado por dicho conductor y sobre la base de que tal demanda fue desestimada (desde luego, correctamente, *secundum ius*) por el JPI de Colmenar, pero acogida (incorrectamente, *contra ius*) por la AP al estimarse el recurso de apelación deducido por los demandante, hubo de abordarse la cuestión del *quantum* resarcitorio; y en este sentido es de señalar que, según registra la *S*, se habría formulado una reclamación en concepto de lucro cesante por importe de 57.600.000,- Ptas. Así las cosas, la AP, al estimar parcialmente el recurso, con aplicación de las cuantías vigentes en 2000, año en que se produjo el accidente, fijó para la viuda una indemnización básica de 13.179.971,- Ptas., para la hija menor una de 5.491.654,- Ptas., para el hijo mayor una de 2.196.662,- Ptas. y para la madre una de 1.098.331,- Ptas., ascendiendo estas indemnizaciones básicas a un total de 21.966.618,- Ptas. (equivalentes a 132.022 €), siendo incrementadas con la aplicación del porcentaje de corrección por perjuicios económicos del 10%, de acuerdo con lo previsto en la primera regla de la tabla II. Se da la circunstancia de que los demandantes no solicitaron la aplicación del señalado factor, sino que, como queda indicado, formularon una reclamación autónoma en concepto de lucro cesante por la cuantía señalada; y, al desestimar esta pretensión y aplicar el indicado factor de corrección, la AP señala (correctamente) que no incurre en incongruencia, por cuanto la cantidad concedida es inferior a la reclamada en el procedimiento, aunque “*sin un previo acreditamiento en los autos*”. Si leyéramos aisladamente esta parte de la *S* y no tuviéramos en cuenta la solución dada a la reclamación del lucro cesante del lesionado al que nos hemos referido en el texto, habríamos de entender que no se resarcía el lucro cesante, no por ser imposible legalmente, sino por no haber sido acreditado, lo que llevaría a entender que, de haberse acreditado, se habría reconocido la cantidad pertinente, sin tener en cuenta la suma resultante del factor de corrección por perjuicios económicos. Esto significa pura y simplemente que la referencia a la falta de acreditamiento del lucro cesante *ex morte* no se aviene con la razón excluyente del resarcimiento del lucro cesante padecido por el lesionado, como si la *S* estuviera concebida por dos mentes inconexas. En todo caso, debe denunciarse que, para esta sentencia, es congruo que la hija menor de un fallecido sea resarcida por el capítulo de los perjuicios económicos, que suponen el resarcimiento del lucro cesante, con la cuantía de 549.165,40 Ptas. Dada la omisión de datos respecto al nivel de ingresos del fallecido y régimen eventual de pensiones que quedarán a la viuda y a la hija menor, no es posible saber cuál fue verdaderamente el lucro cesante padecido por estas perjudicadas como consecuencia del fallecimiento de su marido y padre, pero, desde luego, lo que puede afirmarse de forma rotunda es que el lucro cesante padecido por la hija tenía que ser necesariamente muy superior a la suma que se le reconoció a través de la aplicación exclusiva del factor.

constitucional de la legalidad valorativa; y el resarcimiento canalizado a través de una interpretación ordinaria de la legalidad valorativa

Pero la STC 181/2000 no resolvió directa y específicamente el problema del resarcimiento del lucro cesante derivado de la lesión permanente laboralmente impositiva y de la muerte. Abordado el mismo, hay, en principio, tres posibles soluciones de signo positivo; y ello sobre la base indócil de eliminar la de signo ablativo, por ser vitanda²⁰⁷ o, como ha dicho un concreto autor, “expropiatoria”²⁰⁸.

La primera solución –la de la confiscación inaceptable– consiste en afirmar que, acreditado el perjuicio, el juez queda impedido para resarcirlo²⁰⁹, por no tener otra posibilidad que aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos; y que, por tanto, debe suscitar cuestión de inconstitucionalidad para que se pronuncie al respecto el TC.

La segunda solución posible pasa por una interpretación constitucional de las normas del sistema²¹⁰ y consiste en proyectar sobre el lucro cesante causado por la muerte y por

²⁰⁷ No obstante, debe registrarse que, lamentablemente (y por ello surge la necesidad del presente estudio), prima en la práctica judicial la cómoda e insensible tesis de la confiscación aceptable. Respecto del lucro cesante causado por la muerte, puede citarse la SAP de Madrid (Secc. 16ª) de 05-03-2001 (Pte. Ilma. Sra. Lamela Díaz). Dentro de esa postura lamentable, es de mencionar también con matices la lamentable SAP de Madrid (Secc. 3ª) de 06-06-2001 (Pte. Ilmo. Sr. Guevara Marcos), en la que viene a identificarse con un mero futuro jurídicamente despreciable el lucro cesante causado por la muerte de un varón que dejó viuda y dos hijos menores.

²⁰⁸ Luis-Fernando REGLERO CAMPOS (*Accidentes de circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*), Thomson/Aranzadi Cizur Menor, 2004, p. 303) se refiere expresamente a la “expropiación” que produce la interpretación literal del sistema legal valorativo en cuanto a la falta de previsión reguladora de una suficiente reparación del lucro cesante derivado del daño corporal. Pero es claro que, más que referirse a una “expropiación”, se está refiriendo a una “confiscación”, pues, al dejarse de resarcir el lucro cesante, se adopta una solución ablativa que debe reconducirse al fenómeno confiscatorio.

²⁰⁹ Tesis de la que podrá disentirse (al negarse que el sistema suponga la ablación del resarcimiento del lucro cesante), pero que es expresiva de una muy sana (además de técnica) sensibilidad justicial.

²¹⁰ Javier BARCELÓ DOMÉNECH (*Las uniones de hecho y la indemnización por muerte en accidente de circulación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 191-192) señala que es previsible que se consideren aplicables a las indemnizaciones por muerte los motivos que llevaron a la STC 181/2000 a declarar la inconstitucionalidad del tratamiento tabular del lucro cesante causado por la incapacidad temporal. Elena VICENTE DOMINGO (*El daño*, en AAVV, *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. L. F. Reglero Campos, Aranzadi, Cizur menor, 2002, p. 274) se inclina abiertamente por esta solución. Pero, según veremos, la STS (Sala 2ª) de 20 de diciembre de 2000, que se la plantea, no dice con claridad que le parezca factible. En cambio, la STS (Sala 2ª) de 2 de abril de 2001, que se apoya en la anterior, declara que sí lo es. A su vez, Luis-Fernando REGLERO CAMPOS entiende que de la STC 181/2000 se extrae la doctrina general de que el sistema es vinculante, pero de carácter presuntivo, de modo que, cuando en el caso concreto concurren circunstancias que se desvíen de los estándares típicos (las normas tabulares), deberán ser tomadas en consideración y dar lugar a la indemnización correspondiente (*Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor*, en AAVV, *Tratado...*, cit., p. 919; criterio mantenido en *Accidentes de circulación...*, cit., pp. 314-316 y 440, al abordar el estudio del sistema legal valorativo). Se trata de un criterio que, inducido de la STC 181/2000 y corroborado por las SSTC 37/2001 y 244/2001, postulo desde luego, porque, en definitiva, supone reconocer, con todas sus consecuencias naturales, el rango normativo de la que denomino teoría funcional del doble trípode de circunstancias de índole dañosa.

la lesión permanente impeditiva la doctrina sentada por la STC 181/2000, respecto del lucro cesante causado por el impedimento de la lesión temporal.

Tal solución es la apuntada por la STC 31/2000, de 29 de enero²¹¹, que corresponde al “caso del frutero madrileño lesionado”: habiendo sufrido lesiones un frutero, la AP de Madrid (Secc. 2ª) le denegó la indemnización que pretendiera en concepto de lucro cesante. Recurrida en amparo la S, el TC lo otorgó en relación con los perjuicios derivados de la lesión temporal, por aplicación de la doctrina sentada por la STC 181/2000, tomada ya como resolución matriz; pero lo rechazó respecto de los derivados de la lesión permanente, con base en que la resolución impugnada había declarado que el lesionado no los había sufrido. Da así la sensación de que, de haberse probado el lucro cesante, se le habría otorgado el amparo y que la solución del caso se habría conformado de acuerdo con las pautas sentadas por la S mencionada.

Aunque pensé²¹², con precipitación optimista, que la postura apuntada sería la que ciertamente adoptaría el TC, lo cierto es que se trata de una vía que parece haber cortado la doctrina restrictiva sentada en las SS de 3 de marzo de 2003²¹³ y 29 de noviembre de 2004²¹⁴, respecto del cabal resarcimiento del lucro cesante ligado a una lesión permanente impeditiva, sin que, a su vez, sea mecánicamente extrapolable al tratamiento resarcitorio del lucro cesante causado por la muerte, por cuya razón me abstengo de estudiar aquí (y rebatir) estas dos

Los magistrados de la AP de Alicante, autores (bajo la coordinación de Vicente MAGRO SERVET) de la *Guía unificadora de criterios en materia de Derecho de la Circulación, penal y civil* (2ª ed. ampl., Edit. La Ley, Las Rozas, 2005, pp. 222-223), se plantean si la doctrina de la STC/2000, relativa a los perjuicios económicos derivados de las lesiones temporales, puede ser extendida por la jurisdicción para el tratamiento de los perjuicios económicos causados por la muerte y por la lesión permanente impeditiva; y, en este sentido, señalan que “en principio”, el TC pudo hacerlo (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 39.1 LOTC), pero que no lo hizo, por lo que entienden que “la consecuencia no puede ser otra que la de la imposibilidad de extender sus efectos a las otras Tablas, debiendo, en su caso, promoverse las oportunas cuestiones de inconstitucionalidad”. Según se registra, se trata de un acuerdo adoptado por unanimidad, aunque se hacen eco de que, frente a tal postura, el art. 5.1 LOPJ obliga a los jueces y Tribunales a interpretar y aplicar las Leyes, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos, por lo que, con base en tal precepto, sería posible extender las consecuencias establecidas en la STC 181/2000 al tratamiento resultante de las Tablas II y IV. En todo caso, dada la sugerencia de que habría de suscitarse cuestión de inconstitucionalidad, parece que los señalados magistrados se sitúan en la postura de la que denomino confiscación inaceptable, pues se apunta que, caso de que haya un lucro cesante acreditado que, derivado de un supuesto de muerte o de lesión permanente impeditiva, no pueda ser resarcido con la regulación tabular, tendría que suscitarse cuestión de constitucionalidad, acudiendo paralelamente a la argumentación expuesta por la STC 181/2000.

²¹¹ Pte. Excmo. Sr. Viver Pi-Sunyer.

²¹² Ni el optimismo antropológico ni la fe en el progreso jurídico tiene fronteras, aunque las mismas, lamentablemente, intenten establecerse, estando de suyo, llamadas a desaparecer.

²¹³ Pte. Excmo. Sr. Cachón Villar.

²¹⁴ Pte. Excmo. Sr. Sala Sánchez.

resoluciones regresivas²¹⁵ que, vinculadas con los votos particulares de la STC 181/2000, se insertan en la lamentable postura de la confiscación aceptable; singularmente lamentable porque, sin sensibilidad constitucional, la bendice el TC.

Pero cabe una tercera solución que es la proporcionada por la norma del inciso

²¹⁵ De forma sintética, baste señalar que la pintoresca tesis que parece desplegar el TC en estas sentencias es que el resarcimiento del lucro cesante causado por una lesión permanente impositiva se canaliza a través del factor de corrección por perjuicios económicos, pero también a través de los otros factores contenidos en la tabla IV, con lo que no puede tildarse de infrarresarcitoria la suma que resulta estrictamente de aplicar aquel factor. Para un estudio crítico de la STC 42/2003, de 3 de marzo, me remito a *El resarcimiento del daño emergente y del lucro cesante...*, cit. Para un estudio complaciente de las dos sentencias mencionadas, me remito a Antonio-Edelmiro GONZÁLEZ ESTÉVEZ, *Tutela judicial efectiva y total indemnidad del daño producido: sentencia del Tribunal Constitucional 222/2004, de 29 de noviembre*, R. Responsabilidad Civil Circulación Seguro, 2005/4, pp. 14-20. De esta forma, el TC se adscribe a la tesis de la confiscación aceptable. Esto significa pura y simplemente que, lamentablemente, si persiste en esta postura de inhibición tutelar, no podremos confiar sino en la jurisdicción para que saque las castañas resarcitorias del fuego confiscatorio.

Luis-Fernando REGLERO CAMPOS, que es el único catedrático de Derecho civil que ha abordado con cierta profundidad el estudio del sistema legal valorativo, ha puesto de manifiesto con crudeza la contradicción existente entre la doctrina de la STC 181/2000 y la de la STC 42/2003 (*Accidentes de circulación...*, cits., pp. 306-310).

Dentro de la jurisprudencia provincial y en relación con el tratamiento resarcitorio del lucro cesante causado por la lesión permanente impositiva, tengo localizadas dos SS, una de cal y otra de arena. La de cal (por cierto, de muy poca calidad técnica) está constituida por la SAP de Badajoz (Secc. 2ª) de 27 de diciembre de 2001 (Ilmo. Sr. Martínez de la Concha Álvarez del Vayo), que confirmó la SJI 7 de Badajoz de 13 de julio de 2000, que he estudiado en *El resarcimiento del lucro cesante derivado de la lesión permanente. Apostillas a la SAP de Badajoz de 27 de diciembre de 2001*, Revista Asociación Española Abogados Especializados Responsabilidad Civil Seguro, núm. 2, 2002/2T, pp. 3-5 (pp. 25-28, en ejemplar de reedición conjunta de los dos primeros números de la Revista), trabajo reproducido con ligeras variantes en el apéndice doctrinal y jurisprudencial (apartado VI) de mi libro *Daños Corporales y Carta Magna*, cit., al que se remiten las referencias contenidas en pp. 88-90. La S de arena (de pésima calidad técnica y sin sensibilidad judicial) está constituida por la de la AP de Madrid (Secc. 2ª) de 11 de junio de 2002 (Ilma. Sra. Riera Ocariz) que, bajo el epígrafe de “*un caso concreto de desprecio de la pérdida de la capacidad productiva (niña con graves limitaciones permanentes)*”, he estudiado en obra últim. cit., pp. 90-93.

Es digna de estudio la SAP de Badajoz (Secc. 3ª, con sede en Mérida) de 28 de abril de 2004 (Ilmo. Sr. Gómez Flores) que resuelve la impugnación deducida por una lesionada al no habersele reconocido indemnización alguna por el estricto lucro cesante ligado a sus lesiones temporales y permanentes, padecido como consecuencia de haber tenido que clausurar el negocio de que era titular como consecuencia del accidente padecido, sin poderlo reabrir después del alta debido a sus lesiones permanentes impositivas. La SJI de Herrera del Duque de 16-12-2003 (Ilmo. Sr. Moreno Gomis) entendió que la lesionada no había acreditado la realidad del lucro cesante, ni su importe, pese a darse por probado el nexo causal entre las lesiones padecidas y el cierre del negocio, aunque aplicó el factor de corrección por perjuicios económicos para incrementar la indemnización básica por lesiones permanentes, no lo hizo respecto de la indemnización básica por lesiones temporales. La impugnación deducida por la perjudicada se enderezaba a que, con base en el informe actuarial aportado, se reconociera indemnización por el lucro cesante correspondiente al período de las lesiones temporales, pero que, en cualquier caso, se aplicara el factor de corrección por perjuicios económicos y que, a su vez, se resarciera el lucro cesante derivado del efecto impositivo de las lesiones permanentes, que ascendía a suma superior a la resultante de aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos. Con nula brillantez técnica, la AP aceptó la conclusión probatoria de la sentencia de instancia en cuanto a la falta de probanza del importe del lucro cesante y acogió parcialmente el primer motivo del recurso, al entender que tenía que aplicarse el factor de corrección por perjuicios económicos, fijándose al respecto un porcentaje del 10%, pero desestimó el motivo atinente al lucro cesante derivado de las lesiones permanentes impositivas, con base no sólo en esa falta de probanza, sino en que el lucro cesante, en todo caso, había quedado reparado a través de las sumas a percibir a través del factor de corrección por perjuicios económicos y del factor corrector de la incapacidad permanente que se le había reconocido en un grado de total. En este último sentido, la SAP se sitúa en la órbita de la nefasta doctrina apuntada por las SSTC que se mencionan en el texto. Naturalmente, la clave de su error radica en desconocer que el factor de la incapacidad permanente sirve sólo para resarcir el *plus*

segundo de la regla general 7^a²¹⁶, porque corresponde a la jurisdicción interpretar la legalidad ordinaria y cabe perfectamente, de acuerdo con el propio texto de la ordenación legal, establecer el resarcimiento extratabular intrasistema del lucro cesante acreditado.

No se está, pues, ante una interpretación constitucional de la ley ordinaria, consistente en proyectar la doctrina de la STC 181/2000 –la denominable doctrina constitucional originaria²¹⁷– sobre el factor de corrección que, por perjuicios económicos, contienen también las tablas II y IV, sino ante una interpretación ordinaria de la legalidad ordinaria que conduce a una idéntica solución resarcitoria, montada sobre la idea de que es cierto y no falsario lo que afirma el inciso segundo de la regla general 7^a del apartado primero del sistema²¹⁸ respecto a que se trata de asegurar la (total) indemnidad, con reparación, naturalmente, de los perjuicios económicos correspondientes al lucro cesante y pérdida de capacidad de ganancia.

Naturalmente, para encarar con entereza la cuestión del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte²¹⁹, hay que partir de que, ajustado el sistema al principio de vertebración, las indemnizaciones básicas que regula la tabla I (e, igualmente, el juego combinado de las tablas VI y III) sirven sólo para resarcir la perjudicialidad moral ordinaria; y de que ninguno de los factores de la tabla II (e, igualmente de la IV), salvo, en su caso, el de los

de perjuicio personal (moral) ligado a los efectos impeditivos (discapacitantes) de las lesiones permanentes, conceptualizado como un perjuicio particular o especial que corresponde al segundo nivel de la individualización dañosa.

²¹⁶ Roturada esa vía en tres artículos doctrinales (*El sistema valorativo como instrumento para la efectiva consecución del resarcimiento íntegro*, R. Responsabilidad Civil Circulación Seguro, 1997/6, pp. 361-370; *El sistema valorativo y la efectividad de la reparación íntegra*, R. Ilustre Colegio Abogados Señorío Vizcaya, núm. 6, 1997/2, pp. 9-19; y *La valoración de los daños personales causados en accidente de circulación. El sistema de la Ley 30/1995, como instrumento para la efectividad de la reparación íntegra*, R. La Ley, 1997/5, D-247, pp. 1684-1695, Diarios núms. 4380, de 24-09-97, y 4381, de 25-09-97), la he desarrollado en los diversos tomos de *La valoración civil del daño corporal*, cit., *passim*. Con ciertas variantes, se atienen también a ella Luis-Fernando REGLERO CAMPOS (*La sentencia del Tribunal Constitucional 181/200, de 29 de junio, sobre el sistema de valoración de daños corporales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 449, 27-07-2000, pp. 1-6) y José HOYA COROMINA (*La valoración del daño corporal*, cit., pp. 253-293).

²¹⁷ Sobre este concreto concepto, me remito a *Daños corporales y Carta Magna*, cit., donde denomino doctrina constitucional “originaria” a la estrictamente explicitada por la STC 181/2000, mientras que denomino “nueva” doctrina constitucional a la que, con ampliación, matización o rectificación de afirmaciones contenidas en aquélla, resulta de diversas SS ulteriores.

²¹⁸ Sobre la significación de la expresada regla, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 1º, *Las reglas generales...*, cit., pp. 200-235.

²¹⁹ E, igualmente, por la lesión permanente impeditiva.

perjuicios económicos, sirve para resarcir el lucro cesante padecido²²⁰.

Por lo pronto, debe tenerse en cuenta que el presupuesto lógico de la STC 181/2000, base material que posibilita su *decisum*, está constituido por la constatación indefectible de que la indemnización básica por lesiones temporales sirve exclusivamente para atender la perjudicialidad de tipo estrictamente personal, sin incluir el más mínimo adarme de perjudicialidad económica y, por tanto, sin incluir en absoluto la más mínima cantidad imputable al lucro cesante²²¹. De esta forma, no habiendo otra norma relativa al resarcimiento de perjuicios económicos que la establecida en la primera regla del apartado B) de la tabla V, resulta inequívoca la conclusión confiscatoria que se obtiene de contrastar las sumas resultantes de aplicar dicho factor y las correspondientes, en su caso, al lucro cesante verdaderamente padecido.

Pues bien, aunque con menos claridad, hay que llegar a la misma conclusión al abordar el estudio de las tablas II y IV, en relación, respectivamente, con los perjuicios causados por la muerte y la lesión permanente impeditiva, habida cuenta, según proclama el propio sistema en su apartado segundo, hay una plena correspondencia de sentido entre la tabla I, apartado A) de la tabla V y juego combinado de las tablas VI y III, con lo que se desmiente que la indemnización básica por lesiones permanentes o por muerte pueda incluir adarme alguno de perjuicio de índole patrimonial que, por otra parte, sería contrario al principio de una vertebración que constituye la base estructural del propio sistema.

A su vez, las consecuencias derivadas de tal principio se traducen en deslindar el perjuicio que resarce cada factor de corrección, sobre la base de que ninguno puede servir para resarcir mezcladamente perjuicios personales y perjuicios patrimoniales, por lo que la conclusión a la que hay que llegar es que no se resarce lucro alguno a través de las segundas

²²⁰ A tal efecto, es imprescindible captar que el factor de corrección de la incapacidad permanente sirve sólo para resarcir el *plus* de perjuicio moral (estrictamente personal) ligado a los efectos impeditivos o limitativos de las lesiones permanentes, sin que sirva en absoluto para resarcir lucro cesante alguno ni ningún tipo de perjudicialidad patrimonial.

²²¹ Así lo ha señalado con pleno acierto Luis-Fernando REGLERO CAMPOS (*Accidentes de circulación...*, cit., p. 310).

tablas²²² relativas a la muerte y la lesión permanente impeditiva o, si se resarce de alguna forma el lucro cesante, solamente lo es a través del factor de corrección por perjuicios económicos.

Nos movemos, naturalmente, en un terreno resbaladizo por el que discurren usuarios de sensibilidades muy distintas, con metas que, incluso, se encuentran enfrentadas. Pero, con independencia de que el sistema repare o no el lucro cesante, lo cierto es que gracias a él, tal concepto queda perfectamente aislado como concepto dañoso, con lo que, ante cualquier supuesto, estamos en condiciones de saber si se ha reparado o no; y la conclusión razonable es que no hay ninguna norma tabular que sirva para resarcir el lucro cesante derivado de un daño corporal y que, de haber alguna, sería la constituida por el factor de corrección por perjuicios económicos, en el entendimiento de que estos perjuicios no estarían constituidos sólo por el lucro cesante; y, a su vez, se trataría de un factor que proporcionaría normalmente una reparación deficitaria contraria por completo al principio institucional de la reparación íntegra.

Pero, previamente, hay que realizar una lectura correctiva del párrafo que, contenido en la regla explicativa de la tabla I (apartado segundo del sistema) y referente a la determinación de la consistencia resarcitoria de las indemnizaciones básicas, pretende que éstas son comprensivas del resarcimiento correspondiente al daño moral y a un perjuicio patrimonial básico. Lo cierto es que el contenido efectivo de una norma no está constituido por lo que dice que dice (*nomen*), sino por lo que verdaderamente dice y quiere objetivamente decir (*caro*).

Aunque diversos autores y algunas sentencias aceptan acriticamente este doble componente indiferenciado, un estudio atento de las diversas reglas tabulares pone de manifiesto que no es así y que las indemnizaciones básicas no sirven en absoluto para reparar perjudicialidad patrimonial alguna.

²²² Es sabido que la regulación tabular está ajustada a la técnica de la doble tabla, de tal manera que hay, en primer lugar, unas “tablas primeras”, que son las reguladoras de las indemnizaciones básicas (tabla I, apartado A de la tabla V y juego combinado de las tablas VI y III) y, en segundo lugar, hay unas “tablas segundas” que corresponden a los que se denominan factores de corrección que, fundamentalmente, corresponden a la valoración de unos perjuicios particulares o especiales que implican el segundo nivel de la individualización dañosa y, por lo tanto, resarcitoria (tabla II, apartado B de la tabla V y tabla IV). Aunque aquí la materia se trata con una perspectiva *de lege lata*, debe tenerse en cuenta que, en mi concepto, el sistema debería ser objeto de una importante revisión que se ajustara a la que denomina técnica de la triple tabla, pues se dedicaría cada una de las tablas terceras, al resarcimiento de los perjuicios patrimoniales derivados, respectivamente, de la muerte, de la lesión temporal y de la lesión permanente.

Las indemnizaciones básicas sirven verdaderamente para reparar el perjuicio fisiológico (el daño corporal en sí, que, en el caso de la muerte, es el que debe denominarse daño coexistencial, asumiendo al respecto la moderna terminología de la doctrina italiana) y el perjuicio moral ordinario inherente a él, quedando fuera de ellas cualesquiera tipo de perjuicios patrimoniales, así como los perjuicios morales de carácter extraordinario (valorados a través de los factores de corrección, para fijar un añadido a las indemnizaciones básicas) y los perjuicios morales de carácter excepcional (es decir, aquéllos que, por su propia definición, no aparecen previstos ni valorados en la estricta regulación tabular).

El doble componente de las indemnizaciones básicas (perjuicio fisiológico/existencial y perjuicio moral ordinario) corresponde a los conceptos dañosos que diferencia el inciso primero de la regla general 7ª del apartado primero del sistema, aunque los mismos no se traducen en conceptos resarcitorios separados, pues se resarcen de forma indiscriminada²²³.

Las diferenciaciones que apuntamos, contraídas a que la indemnización básica no incluye adarme alguno de reparación del más mínimo perjuicio patrimonial y que no hay regla tabular alguna que sirva para reparar mezcladamente un perjuicio personal y un perjuicio patrimonial, constituyen una desinencia natural del principio normativo instrumental de la vertebración, de acuerdo con el cual hay que sostener que *in dubio pro dissotiatione*.

²²³ Tal indiscriminación está perfectamente justificada desde un punto de vista técnico, habida cuenta que tanto el perjuicio fisiológico como el perjuicio moral o personal inherente a él se han de resarcir con un estricto e incondicionado criterio igualitario, por lo que carece de sentido que se fije una suma para el perjuicio fisiológico y otra separada para el perjuicio moral ordinario. Naturalmente, las discriminaciones corresponden al segundo nivel de la individualización dañosa, cuando se trata de la valoración de los perjuicios particulares, especiales o extraordinarios, que son los que corresponden específicamente a cada individuo y cuya valoración por tanto, queda sustraída a cualquier igualitarismo.

El literalismo es... primitivo... y su superación se produjo... en los albores... de nuestra civilización... Hay que encontrar, a través de la letra..., el espíritu que anima la ley... La operación interpretativa es... búsqueda y fijación de... ideas... expresadas a través del medio instrumental que es la palabra (L. DÍEZ-PICAZO)

Cualquiera que sean los defectos del sistema, es obvio que se elevan a la enésima potencia, gracias a la incompetencia, a la falta de rigor, a la rutina, al pasotismo y a ese irritante y simplista mecanicismo... en el que hallan cómodo refugio los que no se sienten capaces de pensar... ni están dispuestos... a intentarlo (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ)

4.- El resarcimiento del lucro cesante “*ex morte*”, en la práctica judicial (I): los claroscuros de la jurisprudencia del TS

Ocupándome aquí sólo del lucro cesante causado por la muerte, abordo positivamente la materia a través del estudio de una serie de resoluciones judiciales que se han planteado la cuestión de la posible trasposición al ámbito mortal de la doctrina sentada por la STC 181/2000, de 29 de junio.

A tal efecto, analizo en el presente epígrafe (I) las SS que ha dictado el TS en casos en que se planteaba la resarcibilidad del lucro cesante causado por la muerte; y, a su vez, en el siguiente (II) analizo las sentencias provinciales que, relativas a tal materia, he podido localizar.

4.1.- Un significativo precedente de marginación del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte (mujer productiva que deja viudo y dos hijas mayores dependientes): STS (Sala 2ª) de 20 de diciembre de 2000

La STS (Sala 2ª) de 20 de diciembre de 2000²²⁴ se planteó la cuestión de la posibilidad del resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte, pero la resolvió mediante un sí es no es (judicialmente típico y carente de todo compromiso) que se tradujo en una inequívoca solución impertinente de carácter ablatorio. En ella se estimó un recurso de casación formulado por las partes pasivas de la causa contra la SAP de Navarra de 28 de enero de 1999, recaída en juicio oral seguido por un delito de homicidio imprudente causado con vehículo de motor.

El accidente se había producido el día 23 de abril de 1998 y en él falleció una

²²⁴ Pte. Excmo. Sr. Granados Pérez.

conductora de 47 años que dejó viudo y dos hijas convivientes mayores de edad (de 21 y 19 años, respectivamente), dándose por probado que la difunta percibía por su trabajo una retribución neta mensual de 99.824,- Ptas., por lo que la califico como mujer productiva²²⁵.

Adscrita a una (seudo)interpretación abstracta del sistema legal²²⁶, la AP de Navarra fijó como indemnización de perjuicios, con criterio anómico (libertario), la suma de 25.000.000,- Ptas. para el cónyuge viudo y la de 5.000.000,- Ptas. para cada hija. Alzados en casación el condenado y su aseguradora, el recurso prosperó y, reconocido el carácter preceptivo del sistema (porque lo había declarado ya la STC 181/2000), el TS revisó aquellas cantidades y redujo a 14.497.968,- Pts. la del cónyuge viudo y a 2.416.328,- Ptas. la de cada una de sus hijas, al aplicar las reglas del grupo I de la tabla I, con el factor de corrección por perjuicios económicos (porcentaje del 10%), previsto en la primera regla de la tabla II. De esta forma, una indemnización total originariamente establecida en 35.000.000,- Ptas. quedó disminuida a 19.330.624,- Ptas., es decir, a casi la mitad.

La S dedica la mayor parte de su fundamento a una reproducción adhesiva de las conclusiones de la STC 181/2000. Censura así el criterio al que se había atendido la resolución impugnada (consonante con lo que sostenía, por entonces, la Sala 2º del TS) y, en consecuencia, efectúa la valoración de los perjuicios producidos con acatamiento del sistema legal, declarando, además, lo siguiente:

En el presente recurso no contemplamos un supuesto de cuantificación de los perjuicios sufridos por incapacidad temporal. Es cierto que la doctrina, al analizar la... STC, se plantea la posibilidad de extender esta declaración de inconstitucionalidad a la baremación del lucro cesante en los supuestos previstos en las tablas II y IV... Ello... no supone un regreso al sistema discrecional [de valoración judicial]... ni... sostener el valor orientativo del Baremo que,... salvo las excepciones a que se refiere la STC, es de obligado cumplimiento... En el supuesto que nos ocupa, por muy difícil que resulte

²²⁵ Debe advertirse que, al hablar de una persona productiva en este epígrafe (y en los siguientes), aludo a que se trata de una persona que obtenía rendimientos concretos como fruto de su trabajo personal. Pero no ignoro la significación económica de las labores domésticas del ama de casa que en los países de nuestro entorno es tomada en consideración a los efectos indemnizatorios, valiéndose del parámetro constituido por el coste de los servicios de las "asistentas".

²²⁶ Desconsideración completa del sistema o consideración del mismo con un carácter meramente orientativo; y, en este caso, para dejarse orientar, o no, por él. Sobre el significado de las que denomino interpretaciones gótica, barroca y abstracta del sistema legal valorativo, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. II, *La tipología general...*, cit., *passim*.

cuantificar y poner precio a una vida humana y al lucro cesante que ha generado tal pérdida..., hay que partir.. de que el Baremo... resulta obligatorio y... no puede descartarse que los razonamientos expresados para declarar la inconstitucionalidad de determinados aspectos expresamente impugnados sean susceptibles de extenderse a otros daños corporales previstos en la Ley, como sería el de cuantificación del lucro cesante en casos de muerte o lesión permanente, cuando concurren circunstancias excepcionales²²⁷ ... Sin embargo, ése no es el caso que examinamos en el presente recurso, ya que los hechos que se declaran probados impiden afirmar que no se hubiese alcanzado, con la cuantificación fijada por el Baremo,... el mínimo aceptable para indemnizar a los perjudicados por el fallecimiento de la víctima..., ya que no existen razones que aconsejarían modular las indemnizaciones del Baremo con la necesaria individualización a que se refiere la STC... y sin que podamos olvidar que su declaración se ha contraído a perjuicios sufridos por incapacidad temporal.

De acuerdo con tal fundamento, el TS efectúa la valoración de los perjuicios irrogados al marido y a las hijas de la fallecida y, aplicando las reglas tabulares pertinentes (con manejo de la Resolución actualizadora de 2 de marzo de 2000, en lugar de la de 22 de febrero de 1999²²⁸), fija para el cónyuge viudo una indemnización básica de 13.179.971,- Ptas.²²⁹ que incrementa en un 10%, con lo que el añadido de 1.317.997,- Ptas., en concepto de perjuicios económicos²³⁰, se traduce en una indemnización total de 14.947.968,- Ptas.; y fija para cada hija de la víctima la suma básica de 2.196.662,- Ptas.²³¹ que, incrementadas con las 219.666,- Ptas. del capítulo de perjuicios económicos, da lugar a una indemnización total cifrada en 2.416.328,- Ptas. De esta forma, los perjuicios económicos padecidos por los tres perjudicados quedaban

²²⁷ Los subrayados de esta transcripción son míos y acudo a ellos para destacar lo que interesa doctrinalmente de esta sentencia.

²²⁸ De acuerdo con un correcto entendimiento de la doctrina valorista, los nominales a fijar son los vigentes en la fecha del enjuiciamiento, el cual tuvo lugar en 1999 y no en 2000 en que se produjo la revisión casacional de dicho enjuiciamiento. Sobre la dialéctica nominalismo/valorismo, me remito a *El criterio valorista y el resarcimiento de los perjuicios sufridos por la abuela y la hermana (mayor de edad) del fallecido. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 15 de noviembre de 2002*, Sepín Penal, núm. 3, 2003, pp. 99-115.

En todo caso, mi criterio es que tendría que haberse partido de que la primera actualización de cuantías se produjo en 1996, con el índice de precios al consumo de 1995, de acuerdo con una recta inteligencia *pro damnato* de la regla general 10ª del apartado primero del sistema, que es a la que se ha atenido de forma razonable en diversas SS la Sala 3ª del TS. Sobre este particular, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 1º, *Las reglas generales...*, cit., pp. 326-355. Pero, ante la generalizada aceptación judicial de las Resoluciones actualizadoras, me rindo como abogado, aunque mantengo mi protesta como jurista; y por ello, en los cálculos que efectúo, suelo ya prescindir del criterio actualizador que reputo correcto. La que por mi parte propongo como primera actualización automática (índice de precios al consumo de 1995 para 1996) fue expresamente excluida por la STS (Sala 2ª) de 14 de abril de 2000 (Pte. Excmo. Sr. García Ancos). En cambio, la STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 4 de abril de 2000 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos: un estudioso del sistema, *rara avis*) sostiene que la primera actualización se produjo con efecto 1 de enero de 1996, desautorizando expresamente la interpretación llevada a la Resolución actualizadora de 13 de marzo de 1997.

Téngase en cuenta que, de computarse el índice inflacionario de 1995 para 1996, el IPC acumulado para 2005 comporta un incremento del 34,71% sobre las cantidades originarias de la regulación tabular, mientras que, de prescindirse de esa primera actualización, como realizan las Resoluciones de la Dirección General de Seguros, el incremento es sólo del 29,21%.

²²⁹ Primera regla del grupo I de la tabla I.

²³⁰ Primera regla de la tabla II.

²³¹ Cuarta regla del grupo I, de la tabla I.

cifrados en 1.757.329,- Ptas. (1.317.997 + 219.666 + 219.666), sin contar los gastos de entierro y funeral que se resarcieron con independencia²³².

En el trance de comentar esta S, y antes de referirme al tratamiento resarcitorio del lucro cesante, he de realizar una primera puntualización consistente en salir al paso de la expresión tópica de que resulta muy difícil cuantificar el precio de una vida humana, pues hoy se ha consolidado ya el criterio de que el resarcimiento *mortis causa* supone valorar, no la vida humana²³³, sino los perjuicios que sufren los allegados del interfecto como consecuencia de su desaparición, con referencia tanto a los de carácter estrictamente personal (morales) como a los de carácter patrimonial (económicos), siendo claro que la dificultad intrínseca se ha de predicar de los primeros, pero no de los segundos; y, precisamente, no ya la dificultad, sino la imposibilidad de valorar aquéllos, justifica que lo haga el Legislador, para evitar que las respuestas resarcitorias sean dispares, disparadas y disparatadas²³⁴, poniéndose término a los extremos propios del solipsismo judicial.

Una segunda puntualización consiste en destacar que el TS se plantea la posibilidad de un resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte (o por la lesión permanente) “*cuando concurran circunstancias excepcionales*”, pero no concreta la significación de este concepto que, según he precisado de forma cumplida en diversas publicaciones²³⁵, refiere a la existencia de circunstancias de índole dañosa que no hayan sido

²³² Regla general 6ª del apartado primero del sistema; regla que, constituyendo una manifestación del principio de vertebración, corta la vituperable práctica judicial de considerar incluidos los indicados gastos dentro de la suma global establecida como indemnización indiscriminada (desvertebrada) por todos los conceptos.

²³³ Hacerlo es imposible y no sólo difícil. De acuerdo tanto con el sistema legal como con la doctrina jurisprudencial interpretativa de la disciplina común de la responsabilidad civil extracontractual, en caso de muerte no se pondera el *pretium vite* ni el *pretium mortui*, es decir, el perjuicio que sufre el vivo que muere, sino el *pretium mortis*, es decir, el perjuicio que la muerte de una persona causa a sus familiares inmediatos (*pretium damni ex morte aliena*).

²³⁴ Tratándose de una valoración económica en la que el mercado no entra en juego como tal (aunque sí el valor que el dinero tiene en él), hay que fijar cantidades convencionales, siendo preferible que la convención la imponga el Legislador (con todos los matices de flexibilidad que sean convenientes y/o necesarios), en lugar de que la imponga la jurisdicción –los jueces– de forma desperdigada, sin que haya la más mínima garantía de que se haga así de forma equilibrada, que es lo que la equidad exigiría verdaderamente. Sólo si el TS hubiera asumido un necesario protagonismo en la cuestión valorativa y hubiera abandonado o restringido sensiblemente la doctrina de la discrecionalidad judicial (soberanía del juzgador de la instancia y negación del acceso a la censura casacional), autolimitándose el poder cedido abdicativamente por el Legislador, se habrían sentado las bases para que la judicialidad valorativa se hubiera traducido en un verdadero sistema, constituyéndolo efectivamente, sin tenerse que acudir a la intervención quirúrgica en que consistió la estricta legalidad valorativa.

²³⁵ Me refiero a las obras fundamentales que vengo citando, en las que está construida la teoría normativa del doble trípode de circunstancias de índole dañosa, con explicitación del significado técnico del concepto de circunstancias excepcionales de índole dañosa, con diferenciación de las intrínsecamente excepcionales y las

objeto de previsión en la normativa tabular; y en este sentido he explicado ya que el lucro cesante derivado del daño corporal constituye siempre un perjuicio excepcional, pero sólo le suena y no aparece regulado en dicha disciplina, dado que, no ya por su insuficiencia, sino por su propia consistencia material, el factor de corrección por perjuicios económicos corresponde a un perjuicio patrimonial básico y no estrictamente al lucro cesante. Al TS le suena el concepto de circunstancias excepcionales, pero no lo nutre técnicamente, dando la sensación de que acude a él como una especie de cláusula material de posible reserva, para dar una respuesta resarcitoria distinta de la tabular en los casos que él considere excepcionales, aunque se abstiene de concretar el sustrato de esa posible excepcionalidad²³⁶.

Sentado lo anterior, la Sala se refiere con evidente ambigüedad al posible resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte y por la lesión permanente de efecto impeditivo, pues empieza por resaltar que, de acuerdo con ciertos criterios doctrinales, no cabe descartar que el razonamiento desplegado por la STC 181/2000 se trasplante a tales ámbitos. Pero, hecha esta observación, puntualiza que no aprecia *in casu* razones que aconsejen apartarse de las soluciones baremadas para fijar unas indemnizaciones particularmente individualizadas en concepto de lucro cesante; y, al tiempo, aduce que no puede olvidarse que la declaración de la STC se ha proyectado sólo sobre los perjuicios derivados de la incapacidad temporal, con lo que desvirtúa la afirmación originaria y apunta que la restricción del ámbito de decisión de aquella justifica que no se utilice extramuros su doctrina. Pero, salvado el argumento normativo que queda apuntado, la clave material de la solución adoptada consiste en sostener que, de acuerdo con el *factum* de la S recurrida, no es posible afirmar que la cuantificación

extrínsecamente excepcionales. El concepto de circunstancias excepcionales de índole dañosa aparece en el Coloquio Jurídico Europeo de París de 1988 (presidido por el magistrado André DESSERTINE), en relación con el resarcimiento de los perjuicios morales causados por la muerte; y es uno de los conceptos fundamentales para la construcción y funcionamiento del proyectado Baremo Europeo de las Lesiones Permanentes, el cual se atiene a la imprescindible trilogía dañosa que supone diferenciar los perjuicios básicos, ordinarios o generales, los particulares o especiales y los singulares o excepcionales.

²³⁶ Adviértase, en definitiva el contrasentido en que incurre el TS respecto a la mención de la posible existencia de estas circunstancias excepcionales cuya consistencia no concreta en absoluto. Si se conecta el tema del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte o por la lesión impeditiva con la STC 181/2000, es porque las razones que llevaron al TC para viabilizar el resarcimiento del lucro cesante causado por la lesión temporal existen para la apertura del resarcimiento en el caso de que el lucro cesante derive del daño letal o de una lesión permanente impeditiva; y esto significa que las circunstancias excepcionales a las que se refiere el TS son las que condujeron a la STC 181/2000, lo que arguye de suyo que son circunstancias excepcionales de índole dañosa aquéllas que no están contempladas en la regulación tabular o las que no reciben una respuesta adecuada en ella.

tabular deje de resarcir los perjuicios económicos padecidos²³⁷.

Esa negación enjuiciadora es la que verdaderamente debe ponerse en tela de juicio. De acuerdo con la declaración de hechos probados de la SAP, la fallecida obtenía un rendimiento laboral neto mensual de 99.824,- Ptas. que, sobre la base incorrecta de no contar las pagas extraordinarias, se traduce en 1.197.888,- Ptas. anuales. Dicho rendimiento redundaba naturalmente en beneficio de sus familiares inmediatos, es decir, de su marido y de sus hijas, por lo que constituye el parámetro del que hay que partir para cuantificar el lucro cesante padecido por tales perjudicados²³⁸.

²³⁷ Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO ha estudiado esta S, aunque sin la debida profundidad (*La valoración del daño corporal en hechos de la circulación. Comentarios a las primeras sentencias del Tribunal Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 162-168). Absteniéndose de penetrar en las características elementales del supuesto de hecho y tras centrar su correctísima crítica en otro extremo (la falta de autocritica al registrar, reproducir y aceptar la doctrina del STC 181/2000), se limita a decir que en el caso de autos “no se reclamaba por lo visto lucro cesante alguno derivado del fallecimiento”, de manera que las reflexiones acerca de la posible extensión de la doctrina constitucional sobre las indemnizaciones debido por causa de muerte o de lesión permanente son claramente *obiter dicta*; dicho lo cual puntualiza que pueden interpretarse como un aprovechamiento de la ocasión para expresar una especie de “aviso a los navegantes” acerca de lo que puede decidirse llegado el caso, con lo que concluye que se repite la historia de la STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 1997 (p.168): una proclama de lo que se está dispuesto a hacer en los casos que en el futuro lo requieran. Compartiendo por mi parte las primeras opiniones, no comparto las segundas. No es de recibo que se manifieste que los perjudicados no reclamaron indemnización por el lucro cesante padecido. Otra es que lo reclamaran cómodamente, según la fórmula tradicional de la globalidad, sin realizar el más mínimo alarde probatorio, rindiendo culto a una ley del mínimo esfuerzo que halla su justificación claudicante en la certidumbre tradicional de que el máximo es inútil por completo. Pero puede aseverarse de forma decidida, sin riesgo alguno de equivocación, que reclamaron indemnización por todos los daños y perjuicios padecidos, con inclusión tanto de los de carácter moral como de los de carácter material. Así las cosas, el motivo casacional articulado tenía que ser efectivamente acogido, pero ello no conllevaba necesariamente que el recurso fuera estimado, pues el TS, al acometer la correcta valoración de los daños y perjuicios, con aplicación del sistema legal, tenía que haber aplicado la regulación tabular (como efectivamente hizo) y, tras ello, en virtud de la doctrina constitucional que menciona, tendría que haberse planteado si el lucro cesante (aislado ya como concepto dañoso y como concepto resarcitorio) quedaba debidamente compensado, realizando al efecto unos cálculos de los que intuitivamente prescindió; y entonces, de haber actuado así, sólo si la indemnización total resultante, apreciada la inequívoca existencia de un lucro cesante (indemnización tabular + indemnización complementaria por el lucro cesante) fuera inferior a la reconocida por la AP, tendría que haber casado la sentencia y haber fijado en su segunda sentencia la indemnización correcta, siempre con el tope constituido por la cantidad fijada por el Tribunal *a quo*, para evitar la indefensión de una reforma peyorativa. Por eso, su sentencia hay que interpretarla no como un aviso para cuando llegue la ocasión, sino como un lamentable caso de ocasión perdida.

²³⁸ La STS (Sala 4ª) de 12 de julio de 1986 (Pte. Excmo. Sr. Díaz Eimil) recogió el razonamiento expresado por la sentencia recurrida (SAN de 24 de marzo de 1982), consistente en expresar que la reparación integral del daño constituye un principio general del derecho y que, según la STS de 16 de noviembre de 1974, exige la conservación del nivel de ingresos que aportaba el fallecido a sus familiares, habiéndose de atender a la “*alteración desfavorable*” de su “*asistencia afectiva y económica*”. Pese a ello, formulada la demanda de autos por la viuda del fallecido, se reconoció como indemnización a sus herederos la suma de 10.000.000,- Ptas., sin especificar lo que correspondiera a perjuicios morales y lo que correspondiera a perjuicios patrimoniales, puntualizándose respecto de éstos que el interfecto, como director de una empresa de productos de alta tecnología, obtenía un elevado nivel de ingresos -que dejan de concretarse- y que, por ser un alto directivo, carecía de cobertura de seguridad social. De esta forma, la SAN persistió en la tradición de la globalidad indemnizatoria, prescindiendo de cualquier vertebración y sin explicitar el más mínimo cálculo determinante de la desconocida suma adjudicada en concepto de lucro cesante. La tosquedad con que se han fijado tradicionalmente ls indemnizaciones por causa de muerte es palmaria; y se ha debido a que doctrina y jurisprudencia se han abstenido de construir, siquiera mínimamente, los parámetros positivos y negativos que hay que utilizar para cuantificar de forma cabal el lucro cesante (futuro) derivado del daño corporal, con manejo prevalente del método matemático (estadístico, probabilístico) y manejo sólo subsidiario del método equitativo.

Dada la edad de las hijas, hay que suponer que permanecerían en el hogar familiar por lo menos durante cinco años más²³⁹, por lo que tenemos un primer período en el que las erogaciones proporcionadas por la fallecida redundarían en beneficio del marido y también de las hijas, para después llegar a un segundo período en el que, dando por supuesta la independencia económicas de aquéllas, el lucro cesante sería padecido exclusivamente por el marido, pudiéndose calcular en trece años su duración hasta que alcanzara su esposa la edad de jubilación²⁴⁰, prescindiendo, en aras a la simplicidad y a la contundencia de la conclusión que se obtiene, de la pensión que obtuviera tras esa nueva situación. Para el primer período, habría de descontarse una cuarta parte (25%) del rendimiento neto anual, por ser imputable al propio consumo de la fallecida (la *quota propria* o *quota sibi*), para, a su vez, fijarla en un 50% en los otros trece años²⁴¹.

De acuerdo con tales parámetros, para el primer período, tendrían que detrarse 299.472,- Ptas. del rendimiento neto laboral de la víctima, con lo que habría un lucro cesante anual cifrado en 898.416,- Ptas., que da lugar, al proyectarse sobre el quinquenio, a una suma de 4.492.080,- Ptas. A su vez, para el segundo período, al cifrarse el descuento en la mitad del rendimiento neto, el lucro cesante anual quedaría cifrado en 598.944,- Ptas., por lo que, proyectado sobre la duración del período (13 años), resultaría una cantidad de 7.786.272,- Ptas. De esta forma, se obtiene un cálculo de lucro cesante total cifrado en 12.278.352,- Ptas., que constituye un verdadero mínimo, pues deja de computarse el que se padeciera tras la jubilación y también el correspondiente al valor económico del trabajo desempeñado por la víctima en su domicilio como ama de casa²⁴².

Se llega así a la conclusión de que, frente a una valoración de perjuicios económicos

²³⁹ La disminución de este período supondría un llamativo desconocimiento de la realidad social actual.

²⁴⁰ Teniendo en cuenta que, bajo mi criterio, la duración calculada del lucro cesante del cónyuge viudo se ha de corresponder con la duración de la convivencia conyugal mantenida, considero que en este caso tal duración permitiría efectuar perfectamente el cálculo que se realiza en el texto.

²⁴¹ Son las cuotas que utiliza la tónica jurisprudencial en los países en que el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte es objeto de una liquidación analítica y vertebrada.

²⁴² Parámetros de efecto aumentativo que, en todo caso y actuando con rigor, habrían de compensarse con un parámetro de efecto reductor, constituido por haber dejado la fallecida de ser beneficiaria de parte de los ingresos obtenidos por su marido; circunstancia ésta que pasa desapercibida incluso en los estudios (extranjeros) que se ocupan específicamente del tratamiento resarcitorio del lucro cesante causado por el daño letal.

cifrada en 1.757.329,- Ptas. (aplicación del factor), la suma pertinente tendría que haberse establecido en 12.278.352,- Ptas. (lucro cesante acreditado), a añadir sobre las indemnizaciones básicas; y ellos sobre la base de no aplicar entonces al factor de corrección por perjuicios económicos. Se llega así a la conclusión de que la AP hipervaloró los perjuicios sufridos por los perjudicados, al fijar la indemnización total en 35.000.000,- Ptas., de las que, descontadas las indemnizaciones básicas (perjuicios morales legalmente cuantificados), habrían de imputarse al lucro cesante 17.426.705,- Ptas., aunque se trata de un exceso cuyo importe está más cercano al correcto que el defectivo fijado por el TS²⁴³.

Naturalmente, el reproche de que se hace acreedora la STS hay que proyectarlo previamente y de con mayor énfasis sobre la SAP, pues, de haberse atendido al principio de vertebración y de haber justificado adecuadamente la indemnización fijada mediante los

²⁴³ Téngase en cuenta que el análisis efectuado resulta favorecido por la circunstancia de que la AP incluyó en la declaración de hechos probados el dato concreto de los rendimientos económicos que la fallecida obtenía en la época inmediatamente anterior a su fallecimiento. En esto se diferencia el supuesto de hecho de su S del que corresponde a la STS (Sala 2ª) de 15 de marzo de 2001 (Pte. Excmo. Sr. Martínez Arrieta), pues en este caso lo único que declaró la AP era que la fallecida, de 24 años de edad estaba casada, dejando un hijo matrimonial de 4 años. Con aplicación del grupo I, se reconoció al viudo una indemnización de 12.808.524,- Ptas. y a la hija una de 5.336.885,- Ptas., más el incremento en ambos casos de un 10% por el factor de corrección por perjuicios económicos. Contando la fallecida con edad laboral, no sabemos si trabajaba o no, ni, caso positivo, cuál era su nivel de ingresos netos anuales, aunque sabemos que no permitirían sobrepasar el primer tramo de la escala del factor de corrección. Así las cosas, el recurso de casación articulado por la acusación particular reprochaba a la sentencia recurrida que hubiera aplicado el sistema valorativo, como si fuera vinculante. El TS se limita a reproducir con amplitud la doctrina de la STC 181/2000, además de citar la STS de 20 de diciembre de 2000 y por ello desestima el motivo sin más. Al reseñar de forma muy sintética el simple enunciado del motivo casacional, el TS no dice si la acusación particular recurrente formuló algún tipo de alegaciones “reales” para justificar la insuficiencia de las indemnizaciones establecidas, en el entendimiento de que, estándose ante un caso caracterizado por la ausencia de circunstancias excepcionales de índole personal, la impugnación tendría que haberse centrado exclusivamente en los perjuicios patrimoniales del lucro cesante, por no haber sido resarcidos o por haberlo sido deficitariamente, dando la sensación de que no lo haría o que, de hacerlo, lo habría hecho por cauce inadecuado, pues para ello era necesario que se dieran por acreditadas las circunstancias económicas de la fallecida y, en concreto, cuál fuera su nivel de ingresos, por constituir el indispensable presupuesto fáctico para apreciar el padecimiento de un lucro cesante y, por lo tanto, para poderlo cuantificar como partida resarcitoria independiente. Supuesto más parecido a la comentada en el texto es el contemplado por la STS (Sala 2ª) de 24 de abril de 2001 (Pte. Excmo. Sr. Martínez Arrieta), porque en este caso se dio por probado que el fallecido, de 22 de años, funcionario público (guardia civil), casado y sin hijos, obtenía unos ingresos netos mensuales de 221.475,- Ptas., sin que se deje constancia del importe de la pensión de viudedad. Valorados los daños y perjuicios sufridos de acuerdo con la regulación tabular, la viuda denunciaba que la sentencia recurrida había aplicado el Baremo, pese a carecer de fuerza vinculante, según el criterio jurisprudencial que con seguridad invocaría. El recurso se desestimó por las razones aducidas en las SS de 20 de diciembre de 2000 y 15 de marzo de 2001, a las que se remite, sin plantearse la cuestión de la resarcibilidad específica del lucro cesante padecido. Como vemos, la gran diferencia existente entre la S estudiada en el texto y las dos SS reseñadas en esta nota estriba en que en éstas los perjudicados reprochaban al Tribunal sentenciador que hubiera aplicado el sistema, mientras que en la del texto la parte condenada le reprochaba que no lo hubiera aplicado. Por eso los casos de esas dos SS no se prestaban fácilmente a que la cuestión del resarcimiento del lucro cesante fuera objeto de una solución correcta, mientras que el caso de la S del texto se prestaba perfectamente a ello. Adviértase, por otra parte, que en los casos de estas dos SS la cuantificación del lucro cesante del cónyuge viudo habría de estar afectado por su presumible duración que, según he razonado en su momento, hago coincidir con la duración misma de la unión conyugal, de modo que, en uno de los casos, tal duración sería de unos cinco años y, en el otro, posiblemente, de uno.

correspondientes subconceptos dañosos y, por tanto, resarcitorios, con dedicación especial a los cálculos del lucro cesante, habría dejado de propiciar la atrabiliaria afirmación de que se estaba ante un caso en el que no procedía fijar por lucro cesante una suma superior a la, en este caso ridícula, que resulta de la estricta disciplina tabular²⁴⁴.

Lamentablemente, para el TS era razonable que, en el caso de autos, el lucro cesante se cifrara en 1.757.329,- Ptas.²⁴⁵; juicio de conformidad carente del más mínimo rigor, pues habría dicho lo mismo si, en lugar de haber dos hijos menores, hubiera habido cinco, con lo que habría homologado que el lucro cesante hubiera ascendido a una cantidad superior (al añadir el resultado de aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos a la indemnización básica de los otros tres hijos), pese a ser obvio que partiendo de un concreto nivel de ingresos de la víctima, el lucro cesante de sus familiares, no aumenta sensiblemente por el hecho de que sea mayor el número de hijos dependientes²⁴⁶; y, por otra parte, es claro que aquella suma correspondía como mucho al lucro cesante padecido por los perjudicados durante los dos años siguientes al fallecimiento de la víctima.

Con todo, esta S. tiene el valor de dejar abierto el portillo para que se admita que la doctrina de la STC 181º/2000 es perfectamente trasplantable al supuesto del fallecimiento.

²⁴⁴ Contrasta la simplicidad a la que acude esta STS con la dialéctica valorativa a la que se atuvo la SAP de Madrid (Secc. 17ª) de 21 de octubre de 1998 (Pte. Ilmo. Sr. Vázquez Honrubia). Aunque adscrita a una interpretación gótica del sistema (de ahí la presencia del voto disidente del Ilmo. Sr. Fernández Entralgo), esta S desarrolla, según hemos visto en su momento, un cálculo de entereza para justificar el lucro cesante causado en un supuesto de muerte. A tal efecto, parte de que, según la prueba actuarial practicada, la diferencia entre los ingresos esperados por la unidad familiar hasta la edad de la jubilación de la víctima y los obtenibles por pensión de viudedad y de orfandad, quedaba cifrada en 14.982.950, Ptas. Fijada tal suma, se señala que debe ser objeto de varias correcciones, pues hay: en primer lugar, la aleatoriedad de la duración de la vida de la víctima; en segundo lugar, los gastos de su propio consumo, que deben descontarse del déficit de ingresos; en tercer lugar, la ventaja del anticipo, por las posibilidades de su rentabilidad inversora; y, en cuarto lugar, las posibilidades de mejora de las condiciones laborales de la víctima que se contrarrestan con las posibilidades de sufrir infortunios de signo contrario. De acuerdo con tales parámetros, se cifra el lucro cesante en el 55% de aquella cantidad, cuantificándolo, pues, en 8.260.522,- Ptas. *Vide* comentario a esta resolución en *La valoración civil...*, cit., t. II, *La tipología general...*, cit., pp. 381-399, y t. III, vol. 2º, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit., pp. 259-275.

Se trata de una S que se caracteriza, según se produce con cierta frecuencia, por el completo desacuerdo de su fundamento y el acierto básico de su decisión judicial, pues lo correcto hubiera sido que se computaran, dentro del sistema legal valorativo, las cantidades correspondientes tanto a los perjuicios personales como al lucro cesante. Se trata, en definitiva, de una de las pocas resoluciones judiciales en las que verdadera y demostrativamente se ha resarcido el lucro cesante causado por la muerte.

²⁴⁵ Compárese la solución dada en este caso por el TS con la que dio la SAP de La Rioja de 16 de octubre de 2000, que se estudia dentro del siguiente apartado (ap. 5.1), pues ambas corresponden a un supuesto de víctima productiva que, al fallecer, deja cónyuge viudo y dos hijas menores dependientes.

²⁴⁶ Aumenta porque disminuye el porcentaje de la *quota sibi*.

4.2.- Una correcta declaración sobre la resarcibilidad extratabular del lucro cesante causado por la muerte (consortes fallecidos que dejan dos hijos de edad superior de vida independiente): STS (Sala 2ª) de 2 de abril de 2001

Partiendo de las insinuaciones efectuadas por la S que acaba de estudiarse, la de 2 de abril de 2001 (también de la Sala 2ª)²⁴⁷ aborda con mayor precisión la cuestión del resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte. Su respuesta fue también negativa, aunque en este caso fue materialmente correcta, a diferencia de lo acontecido con aquella otra.

El procedimiento correspondía a un accidente (acaecido el día 20 de agosto de 1997), en el que murieron un hombre y una mujer que, casados, dejaron dos hijos (una de 39 años y el otro de 37) de vida independiente. La SAP de Zaragoza de 3 de febrero de 1999 condenó al inculpado y fijó, para cada hijo, una indemnización de 9.030.000,- Ptas., con deducción de 7.946.400,- Ptas. que uno y otro habían percibido durante la fase instructora del proceso. Consentida tal resolución por el condenado y por su aseguradora, los perjudicados interpusieron recurso de casación, en un intento de obtener una indemnización mayor, siendo desestimado con base en el siguiente fundamento:

El motivo... denuncia... que el Tribunal..., “lejos de hacer una adecuada motivación, se limita a sentar apodícticamente que la cuantificación económica debe hacerse aplicando el Baremo que... recoge... la Ley 30/1995, actualizado al momento en que suceden los hechos”; lo que... no supone establecer razonadamente las bases en que se fundamenta la cuantía de... la indemnización...

Ciertamente son varias las SS de esta Sala en las que se ha planteado la cuestión relativa a si es... obligatorio el sistema de valoración... conocido por Baremo. Sin embargo²⁴⁸, planteada la... inconstitucionalidad..., la cuestión ha sido resuelta por el TC... en... S de 29 de junio de 2000 [, según la cual] el sistema... vincula... a... jueces y tribunales en... lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deben satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor... [y que] tal vinculación se produce, no sólo en los casos de responsabilidad civil por... riesgo (responsabilidad cuasi objetiva), sino también cuando los daños sean ocasionados por actuación... negligente del conductor...

²⁴⁷ Pte. Excmo. Sr. Abad Fernández.

²⁴⁸ Adviértase el eufemismo de expresión suavizante al que acude el TS, pues dice que varias sentencias de la Sala se habían planteado la cuestión de si el sistema valorativo era preceptivo o no y, sin decir lo que decían las mismas, se refiere seguidamente a que el TC ha afirmado su preceptividad. Se disimula así la drástica rectificación a la que ha tenido que acudir el TS prescindiendo de su doctrina de rebeldía frente a un texto legal que disgustaba pero que era inequívocamente preceptivo.

En el caso... examinado, el Tribunal dice... que la cuantificación económica... “debe hacerse aplicando el Baremo que... recoge... la Ley 30/1995, actualizado al momento en que suceden los hechos [20 de] agosto de 1997”, por lo que tiene en cuenta... la Resolución de la DGS de 13 de marzo de 1997... Tesis... correcta²⁴⁹ y fundada que debe ser respetada en esta... casación...

La S de esta Sala de 20 de diciembre de 2000... señala que la STC 181/2000 no ha extendido su decisión a supuestos... que no habían sido impugnados, pero que, dados sus razonamientos, no puede descartarse que, en casos de muerte o lesiones graves, cuando se producen circunstancias excepcionales en las que la aplicación del Baremo no cubre las pérdidas patrimoniales sufridas, se deba proceder a una adecuada satisfacción procesal de la pretensión resarcitoria. Circunstancias excepcionales no acreditadas en el presente caso, por lo que la indemnización concedida a los dos hijos de los fallecidos -9.030.000,- Ptas. a cada uno- se atiende correctamente a las normas y pautas generales... [, por lo que] el... motivo... debe ser desestimado²⁵⁰.

el TS se plantea, pues, la cuestión del resarcimiento del lucro cesante; y, partiendo del carácter preceptivo del sistema, consonante con las declaraciones efectuadas por la STC 181/2000, invoca el precedente de la STS de 20 de diciembre 2000, pero da un paso más, pues, en lugar de no descartar la posibilidad de resarcirlo cuando resulta insatisfecho con aplicación de las reglas tabulares, se pronuncia de forma contundente por la pertinencia de tal solución²⁵¹; y, a tal efecto, retomando el concepto de circunstancias excepcionales, parece aproximarse a su configuración técnica, pues viene a decir que lo son aquellas que, existentes y estando acreditadas, no han sido tomadas en consideración por las reglas tabulares. Tal es lo que sucede efectivamente con el perjuicio del lucro cesante, pues el factor de corrección por perjuicios económicos se monta sobre el nivel de los ingresos netos de la víctima, sin computar en absoluto las reales pérdidas económicas de futuro que pueden sufrir sus causahabientes, de modo que hay una circunstancia excepcional²⁵² que, por lo menos, es atendible siempre que el lucro cesante acreditado no resulte completamente amparado por el indicado factor de

²⁴⁹ Correcta la tesis de la preceptividad del sistema, pero incorrecta la de su aplicación nominalista. Parece que el reconocimiento de la corrección de la tesis nominalista corresponde a un despiste de la Sala, más que a una convicción reflexiva.

²⁵⁰ Los subrayados de esta transcripción son míos y acudo a ellos para destacar precisamente lo que interesa doctrinalmente de esta sentencia.

²⁵¹ En sentido opuesto, la STS (Sala 2ª) de 24 de diciembre de 2001 (Pte. Excmo. Sr. Martín Canivell) declara, *obiter dictum* y de forma bastante superficial, que no cabe proyectar la doctrina constitucional originaria para el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte y las lesiones permanentes impeditivas. Dadas estas contradicciones, es ilusorio sostener que la Sala 2ª del TS constituya un Tribunal unificador, pues lo cierto es que se descompone en una serie de Tribunales incapaces de construir una doctrina unitaria que sería la que correspondería a su quebrantada función nomofiláctica. En todo caso, la S que citamos en la presente nota se hizo eco de que “*se ha producido algún atisbo doctrinal de aplicar las razones de la inconstitucionalidad pronunciada a supuestos previstos en las tablas II y IV*”, pero señala que son “*poco acogibles teniendo en cuenta que el examen de constitucionalidad también las tuvo en cuenta [?] y nada dijo al respecto*”.

²⁵² Ya hemos matizado en su momento que se trata de una circunstancia extrínsecamente excepcional.

corrección.

Sentada esa conclusión, el TS desestima el motivo porque afirma que no constan circunstancias excepcionales que sirvan para acreditar la existencia de un estricto lucro cesante dejado de resarcir. Viene a declararse lo mismo que en la STS de 20 de diciembre, pero con la importante diferencia de que aquí se está ante un supuesto de signo opuesto, pues, en aquel caso, había un importante lucro frustrado dejado de resarcir, mientras que, en éste, brilla por su ausencia²⁵³, dado que, según los hechos probados, los dos hijos (con 39 y 37 años de edad, respectivamente) vivían con independencia de los fallecidos, sin que haya dato alguno por el que atisbar dependencia alguna de índole económica. Pero lo cierto es que el TS se abstiene de expresarlo, con lo que queda en el aire si el acierto de la decisión fue fortuito simplemente.

En todo caso, lo importante es que esta S, en conexión con la que invoca y a la que mejora, proyecta (sin brillantez técnica) la doctrina de la STC 181/2000 sobre el tratamiento resarcitorio del lucro cesante causado por la muerte y las lesiones permanentes impeditivas; y que incluso el concepto de circunstancias excepcionales, como circunstancias extratabulares²⁵⁴, no va referido exclusivamente al lucro cesante, sino a cualquier pérdida patrimonial que la regulación tabular haya dejado de ponderar²⁵⁵.

²⁵³ Desde luego, no consta que se alegara ni que se intentara acreditar.

²⁵⁴ Prescindiendo, por tanto, del mayúsculo error en que incurrió el fundamento jurídico decimoséptimo de la STC 181/2000, al desconocer paladinamente la significación técnica del concepto de circunstancias excepcionales de índole dañosa, según se desprende de la pintoresca afirmación de que tales circunstancias ya se encuentran ponderadas dentro de la regulación tabular. Sobre la afirmación de ese imposible ontológico que no deja de serlo porque lo desconozca el TC, me remito a *La bendición constitucional...*, cit., pp. 105-118.

²⁵⁵ De la lectura de la S reseñada se deduce que la parte recurrente centró su argumentación en la falta de preceptividad del sistema legal, pero no realizó el más mínimo esfuerzo enderezado a demostrar que las indemnizaciones fijadas por la AP de Zaragoza se hubieran traducido en un infraresarcimiento, que se habría producido en el caso de que hubieran acreditado la existencia de un verdadero lucro cesante. Lo curioso es que, imbuida la parte recurrente por su deseo de que se anulara la resolución *a qua* con base en la falta de preceptividad del sistema, no se molestó en denunciar que la AP se había atenido indebidamente a un criterio nominalista contrario a la doctrina jurisprudencial del valorismo, de tal manera que, de haberse denunciado esta infracción, el TS habría acogido el motivo para que la valoración se efectuara de acuerdo con la Resolución actualizadora de 1999, en que se celebró el juicio oral, y no de acuerdo con la de 1997, en cuyo año se produjo el accidente. Por otra parte, no se comprende la cuantificación que efectuara la AP. Para hacer el correspondiente cálculo, hay que partir de la suma que consignara la entidad aseguradora, contraída a 7.946.400,- Ptas. para cada uno de los hijos de los fallecidos. Esta suma resulta de adicionar las cantidades previstas, dentro de la primera columna de edad, en las dos primeras reglas del grupo III.2 (6.192.000,- Ptas. + 1.032.000,- Ptas.), con el incremento del 10% del factor de corrección por perjuicios económicos de la primera regla de la tabla II (722.400,- Ptas.). Hecho este cálculo, no se comprende que la aseguradora consignara la cifra resultante para cada uno de los dos perjudicados, pues dicha suma correspondía a los dos conjuntamente. En todo caso, tendría que haberse aplicado el factor de corrección del doble fallecimiento de los padres que, en atención a la edad de los perjudicados, permitiría incrementar la suma básica con un porcentaje de hasta el 25%, con lo que la cantidad conjunta que correspondería a los dos hijos sería de 9.933.000,- Ptas. (7.224.000,- Ptas. de indemnización básica; 722.400,- Ptas. por el factor de corrección por

Por eso, pese a sus netos defectos técnicos, esta S y la estudiada en el epígrafe anterior pueden servir de apoyo para que la jurisdicción reconozca el pleno resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte.

4.3.- Un caso denegado de lucro cesante causado por la muerte (la pérdida de las exenciones fiscales de una explotación agrícola): STS (Sala 2ª) de 17 de julio de 2002

Si las dos SS que se han estudiado anteriormente ofrecen una nítida utilidad doctrinal, no sucede lo mismo con la que se analiza en este epígrafe.

La STS (Sala 2ª) de 17 de julio de 2002²⁵⁶ corresponde a un recurso de casación articulado por la acusación particular contra S²⁵⁷ que había condenado al acusado como autor de un delito de hurto de uso de vehículo de motor y otro de homicidio imprudente, con fijación de las correspondientes indemnizaciones para los padres de la víctima. Disconformes éstos con las indemnizaciones reconocidas, interpusieron el recurso mediante dos motivos que claudicaron con base en la siguiente fundamentación:

PRIMERO. El primer motivo... se basa en la infracción de la Ley 30/1995. Sostienen los recurrentes que las probanzas practicadas... se apartan considerablemente de lo establecido en los Baremos previstos en dicha Ley²⁵⁸, pues ésta ha sido aplicada sin tener en cuenta un informe actuarial obrante en las actuaciones. Consideran en este sentido que los Baremos referidos impiden ponderar la real producción del lucro cesante, dado que, con la muerte de su hija, los padres supervivientes pierden las exenciones fiscales de las que gozaba la explotación de la finca por estar al frente de la misma una joven agricultora que podía disfrutar de las... reconocidas por la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua de la Región de Murcia. Invocan los recurrentes asimismo el art. 1101 C.c. En tal sentido entienden que el lucro cesante asciende a 109.874.130,-

perjuicios económicos; y 1.986.600,- Ptas. por el factor de corrección del doble fallecimiento de los padres). Por ello no se entiende cuál fue el cálculo enriquecedor efectuado por la AP para valorar los perjuicios de cada uno de los hijos en 9.030.000,- Ptas., lo que suponía un total de 18.060.000,- Ptas., que a ellos les parecía asaz escasa.

²⁵⁶ Pte. Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater.

²⁵⁷ SAP de Murcia (Secc. 1ª) de 1 de septiembre de 2001; Pte. Ilmo. Sr. García Fernández; Ar. JUR, 2001/15872.

²⁵⁸ Es llamativa la imprecisión técnica con que se expresa el TS (al igual que, antes, la AP y, al parecer, también la propia parte recurrente) para identificar la Ley en la que se encuentran los que, también sin rigor técnico, denomina Baremos. Late en la redacción de esta S un cierto aire de desgana, como si el tema suscitado no mereciera una especial atención de tan Alta Magistratura.

Ptas.,... cantidad a la que ascienden los beneficios fiscales que hubiera obtenido la fallecida hasta la fecha de su jubilación, más 8.790.857,- Ptas. por el perjuicio económico a partir de... [tal] fecha...

El motivo debe ser desestimado. No cabe ninguna duda²⁵⁹ que la Ley 30/1995 no ha sido vulnerada, pues no se denuncia ningún error en el cálculo sobre el que se base la aplicación del Baremo correspondiente²⁶⁰. Sin perjuicio de ello, la pretensión de los recurrentes carece de fundamento, pues se basa en la suposición de una expectativa de hechos futuros inciertos que, como tales, no pueden constituir un lucro cesante²⁶¹.

En efecto, no existe ninguna razón para suponer que un beneficio fiscal de carácter coyuntural como el invocado por los recurrentes se mantendrá indefinidamente en el tiempo o, por lo menos, hasta el momento de la jubilación de la víctima. Las posibilidades de modificación legislativa de las exenciones fiscales para el estímulo de determinadas actividades, están abiertas y dependen de la política fiscal que se establezca en cada momento. Por otra parte, los recurrentes podrían encontrar otra persona que reúna las condiciones de su hija para beneficiarse de las exenciones fiscales, siempre y cuando, naturalmente, ello no constituyera un fraude de ley.

En suma: la aplicación del correctivo previsto en la Ley para casos como el presente tiene un efecto compensador que no determina, en este caso, una indemnización manifiestamente desproporcionada. Por tal razón, no cabe censurar la decisión recurrida por no haber incrementado la suma deducida de la aplicación del Baremo en la forma pretendida por la acusación particular.

SEGUNDO. El restante motivo... tiene apoyo procesal en el art. 849, 2º L.e.cr. Los recurrentes sostienen que [, a virtud de] los documentos obrantes a los folios..., está acreditado que la víctima compartía el domicilio de sus padres, no obstante lo cual ha sido aplicado un Baremo en el que esta circunstancia no se tiene en cuenta. El motivo debe ser parcialmente estimado.

En las conclusiones provisionales los recurrentes no estimaron la indemnización reclamada, remitiendo al cálculo que presentarían en la vista oral... En el juicio oral..., sin embargo, sólo consta la declaración del perito que hizo el cálculo del lucro cesante, pero se omitió concretar el cálculo de la indemnización. En estas circunstancias resulta claro que la materia de este motivo constituye una cuestión civil nueva, que no fue objeto de las pretensiones ejercidas por los recurrentes en la instancia y que, por tal razón, es ajena al objeto del recurso de casación.

Para concretar el sentido y el alcance de esta S, de inequívoca motivación desfalleciente, debe advertirse que el recurso resuelto fue formalizado cuando ya se había dictado la STC 181/2000, de 29 de junio, aunque la expresión literal de su formulación parece

²⁵⁹ La negación de las dudas es, con frecuencia, un socorrido expediente para dejar de resolverlas; o una visión estrábica de la materia considerada.

²⁶⁰ Es verdaderamente lamentable que la infracción del sistema legal pretenda reconducirse a unos meros problemas económicos de cálculo, pues se trata de una visión jurídica asaz estrecha y, desde luego, equivocada, según demuestra la jurisprudencia que se ha ido produciendo en relación con la indicada disciplina.

²⁶¹ Realizo este subrayado para resaltar la persistente inserción de esta sentencia en la lamentable doctrina tradicional consagrada de la preterición resarcitoria del lucro cesante.

tributaria de alguna consideración contenida en la STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 1997²⁶², adoleciendo de su misma falta de matización que, de darse, permitiría la conversión en *intra ius* de unas afirmaciones producidas *contra ius*.

El primer motivo, articulado por error de derecho, denunciaba la “infracción de la Ley 30/1995”. Así se recoge en la fundamentación transcrita, sin que contenga mayor precisión la previa reseña contenida en el cuarto de los antecedentes de hecho, en el que se dice que el motivo se formula por “violación de la Ley 30/1995”, “en su apéndice 8” (*sic*²⁶³). Si la formulación del motivo se produjo en esos estrictos términos, sin concretar la norma específica que se consideraba infringida, su admisión a trámite habría tenido lugar con enorme benignidad, pues la infracción denunciada, para ser objeto de posible consideración casacional, había de ir referida a normas concretas del sistema legal y no al sistema legal *in globo*.

Tras esa expresión, puede, no obstante, captarse, en cierto modo, la consistencia de la vulneración denunciada, pues se asevera que la parte recurrente (la acusación particular constituida por los padres de la joven fallecida²⁶⁴) argüía que el resultado de las probanzas practicadas en el juicio se apartaba considerablemente de lo establecido en el Baremo de la expresada Ley²⁶⁵. De esta forma, nos encontramos ante una impugnación extraña, pues, en primer lugar, se dice que el sistema legal ha sido vulnerado por la *S a qua* y, al tiempo, se dice que dicho sistema (el Baremo) impide el resarcimiento del lucro cesante que, acreditado, debería cuantificarse en 118.664.987,- Ptas.²⁶⁶. Este doble planteamiento se traduce en un doble

²⁶² Me refiero a la afirmación de que las pruebas practicadas arrojan un resultado distinto al de las cuantías baremadas, en cuyo caso el TS postulaba el desdén de la solución normativa.

²⁶³ Es llamativo que se denomine así a la disposición adicional 8ª de la indicada Ley.

²⁶⁴ Según se comprueba por el examen de la resolución recurrida, la acusación particular fue ejercitada conjuntamente por los padres y por los hermanos -aunque no se dice cuántos- de la fallecida, pero las indemnizaciones fueron solicitadas sólo para los primeros, según veremos después.

²⁶⁵ Hay que entender que quería decirse que la cantidad reconocida en concepto de perjuicios económicos, por aplicación del primer factor de corrección de la tabla II, era sensiblemente inferior al importe de los perjuicios acreditados. De esta forma, este motivo, deducido por error de derecho, exigía previamente el acogimiento del motivo articulado por error de hecho, tendente a completar la declaración de hechos probados con las circunstancias personales y económicas que pudieran servir de base para apreciar la existencia de un lucro cesante y acometer seguidamente su valoración. Al desestimarse un motivo y otro, el TS declara que la aplicación del correctivo previsto en la Ley (es decir, el factor de corrección por perjuicios económicos) se traduce en una indemnización que no se considera manifiestamente desproporcionada.

²⁶⁶ La contradicción sólo se salvaría si se entendiera que el sistema legal no es un sistema *de* baremos, sino un sistema *con* baremos, sin que éstos agoten en absoluto el contenido del sistema. De esa forma, la infracción habría consistido en una indebida aplicación de la regla primera de la tabla II y en una falta de aplicación del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema, en cuanto que consagra el principio de la (total) indemnidad y canaliza los mecanismos o elementos para hacerla efectiva, con fijación de una cantidad extratabular.

argumento con la que justificar el efecto claudicante del motivo. Se declara así, por lo pronto, con toda contundencia (“no cabe ninguna duda”)²⁶⁷, que la Ley 30/1995 no ha sido vulnerada, pues no se denuncia ningún error de cálculo sobre el “que se base la aplicación del Baremo correspondiente”; expresión insatisfactoria, pues, reconducidas las posibles infracciones del sistema legal a la comisión de algún “error en el cálculo”, no se capta qué quiere decirse, en cuanto que lo normal es que la vulneración de las normas del sistema (como cualquier infracción legal) se concreta en una interpretación errónea de la norma aplicable y aplicada o en un problema de subsunción del supuesto de hecho en una determinada norma tabular y no en otra, que es precisamente la infracción jurídica que pretendía denunciar la primera parte del motivo segundo.

A continuación, se aborda la específica cuestión del resarcimiento del lucro cesante y se resuelve de forma negativa con el sólito argumento de que no se ha acreditado su existencia, con lo que queda cortada de raíz la cuestión del *quantum*. A tal respecto, debe destacarse, en primer lugar, que la declaración de hechos probados de la S recurrida no contiene elemento alguno que pudiera servir para discutir la existencia y la cuantificación de ese lucro frustrado, pues lo único que resulta de su tenor es que la fallecida era una joven, sin consignarse su edad, ni su estado civil, ni su profesión, ni cuál fuera su nivel de ingresos, permitiéndonos saber que dejaba padres²⁶⁸, porque la declaración se remata con la indicación de que la aseguradora consignó el día 7 de octubre de 1998 la suma de 8.421.000,- Ptas. en concepto de indemnización para ellos²⁶⁹. No obstante, la fundamentación de la S, que transcribo después, amplía la declaración de los hechos probados y de ella fluye que la fallecida no convivía con sus padres, que se dedicaba a una explotación agrícola y que ésta le proporcionaba unos ingresos netos anuales del orden de 6.000.000,- Ptas.

Por eso, sin conocer los estrictos términos en que quedó formulado el motivo, parece plausible sostener que tendría que haber consistido en proponer que la doctrina de la STC 181/2000, referente a los perjuicios económicos causados por un daño corporal temporal, fuera trasplantada al resarcimiento de los perjuicios económicos causados por la muerte, con lo que cobraría coherencia el planteamiento señalado, aunque la STS no hace al respecto, según hemos visto, la más mínima alusión a dicha doctrina.

²⁶⁷ Reitero la apostilla efectuada al transcribir antes esta concreta expresión de la sentencia.

²⁶⁸ De ello se induce que era soltera y no tenía hijo alguno.

²⁶⁹ La SAP condenó a la aseguradora a abonar los intereses del art. 20 LCS, pero, dada su concreta remisión a uno de sus fundamentos, no puede, en principio, saberse la concreta fórmula empleada ni la incidencia que tuviera la suma consignada previamente, aunque de forma intempestiva, por la aseguradora. Como veremos después, la sorpresa surge cuando se lee el texto completo de dicha resolución.

Pese a estarse ante un motivo por error de derecho y pese a que la posible existencia de un lucro cesante no fluye de los componentes fácticos de la sentencia recurrida, el TS aborda la cuestión de su resarcimiento como si se estuviera en el ámbito de un recurso de apelación y la resuelve, como queda dicho, con la negativa radical de su existencia; y ello sin tener en cuenta la razón por la que la *S a qua* se abstuvo de formular declaración alguna sobre la existencia y, en su caso, sobre la cuantificación, del lucro cesante reclamado.

Una vez más estamos ante un caso en el que la discusión sobre el *quantum* del lucro frustrado se corta *in nudice* mediante la socorrida –e insensible– fórmula de negar el *an*, por ignavia valorista. Si tenemos en cuenta que la fallecida era titular de una explotación agraria que constituía la fuente de los ingresos familiares y cuya explotación, debido a su juventud, gozaba de unas importantes exenciones fiscales, resulta incontrovertible la repercusión patrimonial negativa que produciría su fallecimiento, incluso en el caso de que los padres de la interfecta pudieran encontrar otro titular (que no se erigiría como tal *gratis et amore*) que justificara el mantenimiento de aquellas exenciones. Por ello consideramos que la solución adoptada es excesivamente drástica en la negatividad de su conclusión, inserta, por tanto, en la censurable preterición tradicional del resarcimiento del lucro cesante. Téngase en cuenta que, según veremos después, la suma que reconoció a los padres de los fallecidos en concepto de perjuicios económicos se cifró en 1.684.200,- Ptas.

Pero aquí interesa, no entrar en la discusión de si había o no un lucro cesante²⁷⁰, sino advertir que, de haberse admitido su existencia, habría procedido su resarcimiento, sin que la regulación tabular lo impida. Porque, si el TS consideraba que, aun acreditada la existencia y la cuantía del lucro cesante, su resarcimiento sería impertinente de acuerdo con el sistema legal, tendría que haberlo declarado así²⁷¹; y en este caso, estaría de más la argumentación sustancial referente a su existencia o inexistencia²⁷², salvo que, apreciada su existencia, se tuviera la

²⁷⁰ Debe, de cualquier forma, dejarse constancia de que la pretensión resarcitoria de los padres de la fallecida era verdaderamente absurda en su expresión cuantitativa y en la estructura de su fundamento, pues, en rigor, no se reclamaba el lucro cesante padecido por ellos como consecuencia de la muerte de su hija, sino todas las pérdidas económicas ligadas al fallecimiento de su hija, que es cosa bien distinta, de tal manera que tales pérdidas iban referidas a la duración normal de la vida de la hija, con proyección incluso después de su jubilación, cuando lo cierto es que, tratándose del lucro cesante padecido por los padres, el límite cronológico estaría constituido por la fecha estadística calculada de su fallecimiento.

²⁷¹ Y no lo hace porque el mismo deja de estudiarse.

²⁷² Por ello, como veremos, la SAP prescindió de esa argumentación de tipo material.

sensibilidad de elevar al respecto una cuestión de inconstitucionalidad.

Tras negarse la existencia del lucro cesante que se aducía, el TS concluye que *la aplicación del correctivo previsto en la Ley para casos como el presente tiene un efecto compensador que no determina, en este caso, una indemnización manifiestamente desproporcionada*. Se trata de una afirmación que, para comprenderla, exige²⁷³ realizar una serie de cálculos; y, para ello, hay que partir de que la AP reconoció a los padres de la interfecta una indemnización de 10.105.200,- Ptas.²⁷⁴ y que la suma que, a tal efecto, había consignado la aseguradora ascendió a 8.421.000,- Ptas. La combinación de estas dos cifras y la consistencia del enunciado del segundo motivo del recurso permiten inducir²⁷⁵ que la AP aplicó la segunda regla del grupo IV de la tabla I (víctima con padres sin convivencia), por lo que, ateniéndose a un vitando criterio nominalista (fijación de los importes vigentes en la fecha del siniestro y no en la del enjuiciamiento), cifró la indemnización básica en 8.421.000,- Ptas. (la suma consignada por la aseguradora), a la que aplicó un porcentaje de incremento del 20% (1.684.200,- Ptas.) previsto dentro del arco del segundo tramo de la escala del factor de corrección por perjuicios económicos (segunda regla de la tabla II).

Los cálculos anteriores significan que el TS consideró que, en este caso, la fijación de 1.684.200,- Ptas. como indemnización por los perjuicios económicos padecidos por los padres de la fallecida era razonable y suficiente (o, como dice expresamente, que no era manifiestamente desproporcionada); afirmación con la que, como tantas veces sucede, se demuestra que lo que, para unos (los magistrados del TS a través de su ponente) es razonable, para otros (cualesquiera ciudadanos ordinarios a los que se explique el supuesto de hecho) no lo es²⁷⁶.

²⁷³ Si se opera sólo con la STS, sin conocer, por tanto, el total contenido de la SAP.

²⁷⁴ Ya veremos después que no queda claro si fue efectivamente así o fue algo superior la cantidad reconocida.

²⁷⁵ Utilizando al respecto sólo la STS y sin conocer, por tanto, el total contenido de la SAP.

²⁷⁶ Una vez más se comprueba que el sentido común no es el común de los sentidos. Se trata de una S de expresión elíptica, pues, dado el planteamiento del recurso, tendría que haberse empezado por dar la razón a los recurrentes y quitársela a la Sala *a qua*, pues tendría que haberse empezado por aclarar que la regulación tabular no impide, en caso de muerte, el resarcimiento del lucro cesante acreditado, porque el sistema prevé la reparación extratabular del mismo o porque así resulta del efecto traslaticio de la doctrina de la STC 181/2000; y sólo después de esta importante puntualización jurídica, tendría que haberse entrado a conocer de la existencia y, en su caso, del alcance del lucro cesante aducido, para entonces declarar, en su caso, que su importe no excedía o sí excedía de la suma adjudicada a los padres por el factor tabular de corrección correspondiente a los perjuicios económicos.

Con ello podría ponerse término, en principio, a este comentario que se centra en la cuestión del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte. Pero lo cierto es que el propio tema reclama hacer referencia a la desestimación del segundo motivo del recurso. A tal efecto, es útil reproducir la fundamentación de la resolución recurrida, para introducir nuevas consideraciones en relación con el hético razonamiento de la sentencia casacional. Ello permite conocer que en el pleito se practicó una prueba pericial para el cálculo del lucro cesante²⁷⁷; y, a su vez, hay la referencia a que la fallecida compartía domicilio con sus padres.

Articulado el motivo por error de hecho, no queda explicitado en la fundamentación transcrita su completa consistencia, pues parece descomponerse en dos infracciones: consistente la primera en que, pese a los documentos que se invocaban, la AP no había tenido en cuenta, como elemento condicionante del importe de la indemnización, que la fallecida convivía con sus padres; y consistente la segunda, quizá (porque no se explicita), en tratar de hacer valer la eficacia probatoria de la prueba pericial practicada en relación con la existencia y la cuantía del lucro cesante.

El TS declara que el motivo ha de ser parcialmente acogido y, aunque queda sin expresar, parece que se admite la equivocación juzgadora de no haberse ponderado que la fallecida convivía con sus padres. Tras declararse que el motivo se acepta parcialmente, el lector espera un fallo que case la sentencia recurrida y que una segunda sentencia aplique la primera regla de la tabla IV, con concesión de la suma básica de 11.579.000,- Ptas. y consiguiente aumento de 2.315.800,- Ptas.²⁷⁸ Pero la sentencia rescisoria no existe porque el recurso se desestima y se condena al recurrente al pago de las costas, con lo que, falta, al menos, una explicación relativa a que la estimación parcial de un motivo sea compatible con la desestimación del recurso, sin que tal explicación se encuentre convincentemente en las razones que se aducen después de haber acogido parcialmente el motivo señalado.

²⁷⁷ La pérdida de las exenciones fiscales que se habían acreditado conllevaba, según el planteamiento de la parte recurrente, un importante disminución de la ganancia obtenida con la explotación agraria.

²⁷⁸ Salvo que se aplicara el criterio valorista y el TS se atuviera a la sumas vigentes en 2000, en que se produjo el enjuiciamiento en primera instancia, en cuyo caso la indemnización básica sería de 12.081.640,- Ptas. y el consiguiente incremento por perjuicios económicos sería de 2.416.328,- Ptas.

Si nos atenemos literalmente a tales razones, hay que entender que los recurrentes tenían razón, pero que ésta no podía ser acogida porque la pretensión constituía una cuestión civil nueva que no se había planteado en la instancia, dado que la acusación particular no concretó su pretensión económica (primero, en sus conclusiones provisionales; y, después, en sus conclusiones definitivas), de modo que la pintoresca desinencia que se obtiene es que, por defecto de la rogación (*nemo iudex sine actore*), no tendría que haberse reconocido a los padres de la fallecida indemnización alguna y que, si se les reconoció una determinada suma, fue, de un lado, por una especie de reconocimiento de deuda efectuado por la aseguradora (en virtud de la consignación efectuada en la fase instructora) y, sobre todo, a virtud de la indemnización que para ellos pidiera el MF, aunque nada se nos dice al respecto. Por ello y para despejar la duda que suscita el estudio de esta S, es imprescindible acudir al fundamento civil de la recurrida, que es del siguiente tenor:

Todo responsable de un delito... lo es de las indemnizaciones de los daños y perjuicios ocasionados..., planteándose... [como] elemento controvertido... la aplicación... de la Ley de 8 de noviembre de 1995 y... [en concreto, de su] Baremo. Entiende la Sala que el art. 1.2... induce a pensar “prima facie” que la responsabilidad civil nacida de ese riesgo [la circulación de vehículos de motor] es de naturaleza tasada frente a las cuantías indemnizatorias que... han de ser respetadas en cualquier caso. No obstante..., en la interpretación de esas normas tan aparentemente cerradas, han surgido diversas opiniones doctrinales y jurisprudenciales... [y] se ha discutido su inconstitucionalidad, siendo... tema resuelto... por el TC [S 181/2000, de 29 de junio], declarando la constitucionalidad de dicha Ley. De ahí que, siendo de aplicación obligatoria dicho Baremo, acudamos al mismo para concretar el “quantum” indemnizatorio.

La acusación particular aporta prueba pericial para basar la solicitud de indemnización. La referida prueba no puede ser tenida en cuenta, dado que... vino a conceptuar los perjuicios dejados de percibir por su fallecimiento la perjudicada²⁷⁹, y... la Sala entiende que..., para concretar dichos perjuicios, en todos los conceptos, hay que estar a lo establecido en el Baremo regulador²⁸⁰ que, para el supuesto enjuiciado, establece el del año 1999, que el perjuicio para los padres que no convivían con la víctima es de 8.539.016,- Ptas., [pues,] teniendo en cuenta que dicha fallecida venía trabajando y percibiendo unos emolumentos que alcanzaban los 6.000.000,- Ptas., es de aplicación el factor de corrección de un 11 a un 25% que la Sala, atendiendo a... la explotación de las fincas que venía realizando la perjudicada,... pondera el 20% sobre dicha cantidad...

A [“sic”] la citada cantidad hay que deducir la... consignada... [y] retirada por los

²⁷⁹ Adviértase la despreocupación con que se redacta la sentencia, pues no puede hablarse de perjuicios dejados de percibir por su fallecimiento por la perjudicada, sino que habría de hablarse de los perjuicios que los familiares de la fallecida sufren como consecuencia de la cesación de los ingresos de que ellos se beneficiaban gracias a la fallecida.

²⁸⁰ Las frases subrayadas sirven para resaltar la clave de la denegación del resarcimiento del lucro cesante, constituida, según se sostiene, por impedirlo el sistema legal y no porque los perjuicios aducidos fueran inciertos.

perjudicados... que asciende a 8.421.000,- Ptas., y al resultado de esa resta ha de aplicarse el recargo de los intereses legales desde la presente resolución, dado que ha habido consignación de la cantidad antes de los dos años del accidente, asumidos [“sic”] por la compañía de seguros²⁸¹.

Completando el fundamento transcrito, debe advertirse que, según consta en sus antecedentes, la S reseña que el MF propuso en conclusiones definitivas que los padres de la occisa fueran resarcidos con 16.000.000,- Ptas.; y que, a su vez, la acusación particular pidió que lo fueran con 135.000.000,- Ptas.; dato este último que hace incomprensible la segunda parte del fundamento dedicado por el TS al segundo motivo del recurso, pues, si previamente se ha dicho que la cantidad reclamada por lucro cesante era de 118.664.987,- Ptas., es claro que el exceso, hasta alcanzar los 135.000.000,- Ptas. pedidos como indemnización total, correspondería al resarcimiento pretendido por perjuicios personales²⁸², con lo que, ascendiendo tal exceso a 16.355.013,- Ptas.²⁸³, había cobertura suficiente para casar la S *a qua* y haber reconocido a los padres la indemnización básica anteriormente señalada (11.579.000,- Ptas. o 12.021.640,- Ptas.²⁸⁴)²⁸⁵.

A la vista de la fundamentación transcrita, es claro que, planteada por la acusación

²⁸¹ La utilización de la palabra recargo y la circunstancia de que en el fallo los intereses se impongan exclusivamente a la aseguradora, demuestra que, aunque sin mencionarse, se aplicó el art. 20 LCS; pero no se entiende la referencia a los dos años no transcurridos. No es de recibo que no se señale que la consignación fue extemporánea (el plazo legal que se concede al asegurador para pagar o consignar es de 3 meses), realizada casi seis meses después del accidente; y no se entiende por qué no se imponen los intereses de toda la indemnización desde la fecha del siniestro, con disminución de su base a partir de la fecha de la consignación realizada como pago a cuenta.

²⁸² Pues no queda explicitado ningún otro concepto dañoso.

²⁸³ Suma ligeramente superior a la propuesta indemnizatoria del MF, según hemos visto.

²⁸⁴ Reconocimiento de cantidad que, a la hora de deducir la suma pagada a cuenta por la aseguradora, exigiría la actualización de ésta, de acuerdo con un elemental criterio de homogeneización cuantitativa.

²⁸⁵ Por otra parte, debe tenerse en cuenta que estamos ante un accidente que se produjo el día 15 de abril de 1998 y que la aseguradora consignó en 7 de octubre siguiente, para los padres de la fallecida y en concepto de indemnización, 8.421.000,- Ptas. que fueron retiradas por los indicados perjudicados (como cobro a cuenta), según recoge la SAP en su fundamentación jurídica. Aunque el enjuiciamiento del caso tuvo lugar en 2000, la AP no se atuvo al criterio valorista de tomar en consideración las sumas actualizadas a dicho año, pero tampoco se atuvo al criterio nominalista que habría llevado a ponderar las cantidades vigentes para el año 1998, pues ponderó las cuantías vigentes en 1999, fijando por ello, para los padres de la fallecida, en supuesto reputado como de falta de convivencia, una indemnización básica de 8.539.016,- Ptas., a la que añadió, por el capítulo factorial de los perjuicios económicos, en virtud del porcentaje estimado del 20%, la suma de 1.707.803,- Ptas., resultando así una indemnización total de 10.246.819,- Ptas..

Curiosamente, el fallo de la SAP dice que la indemnización reconocida para los padres de la finada queda cifrada en “diez millones ciento cinco mil doscientas (10.246.819) pesetas”, con lo que es neta la discordancia en que se incurría. La cifra que se reseña en letra corresponde a la cantidad que resultaría de computar la indemnización básica vigente en 1998, mientras que la consignada con números entre paréntesis es la que corresponde a la cuantía vigente en 1999. Ésta es la que recoge la fundamentación de la sentencia, según aparece en la fuente que consultamos. Pero en la reproducción que de dicho fallo efectúa la STS, la cifra del paréntesis aparece convertida en 10.105.200, haciéndose así concordar con la suma fijada previamente en letras.

particular la cuestión de la existencia y la cuantificación del lucro cesante, la AP entendió que no procedía pronunciarse al respecto, por la sencilla razón de que, en su concepto, no hay más posibilidad de resarcimiento de los perjuicios económicos causados por la muerte que la resultante de aplicar el primer factor de corrección de la tabla II, mediante el cálculo semiabstracto en que consiste incrementar la indemnización básica con un porcentaje que se determina en relación con el nivel de la renta laboral anual, en términos netos, del interfecto. Curiosamente, parecía que la AP iba a acudir a una interpretación de apertura de la regulación del sistema, pero, tras hacer referencia a la declaración de su constitucionalidad, no se plantea en absoluto su relación con el resarcimiento del perjuicio económico causado por la muerte y se limita a estimar que, declarado constitucional, el sistema queda agotado con su regulación tabular y que, por tanto, no cabe que, caso de muerte, se fije una indemnización por perjuicios económicos por cuantía superior a la que resulte de aplicar el indicado factor de corrección. Por eso, el informe pericial que trataba de acreditar el alcance cuantitativo del lucro cesante fue radicalmente despreciado, porque, para la AP, apegada a una interpretación romo–literalista y excluyente de la regulación tabular (confundiéndola con el sistema, como si éste se agotara con ella), era por completo indiferente que el lucro cesante fuera poco o mucho, pues fuera mucho o poco, o aunque no lo hubiera, tenía que aplicarse el factor tabular de corrección y nada más. Por eso la AP no se pronuncia respecto de la existencia del lucro cesante que se le alegaba, ni, por tanto, respecto de su importe.

Dado lo anterior, la STS, más que elíptica, es escapista, estrictamente evasiva, pues oculta la única razón aducida por la AP para no atender la pretensión del lucro cesante: que el Baremo impide su resarcimiento y que, en el caso, sólo habría de aplicarse el factor de corrección por perjuicios económicos; y, a su vez, ni una ni otra se plantean expresamente la cuestión de la proyección traslaticia de la doctrina de la STC 181/2000, aunque la niega implícitamente la de instancia y la afirma, también de forma implícita (y sin la debida entereza), la casacional, pese a la función nomofiláctica que corresponde al recurso extraordinario de casación.

De lo expuesto se deduce que los padres de la fallecida obtuvieron respuesta a su

pretensión resarcitoria en una única instancia, la del TS, pues la brindada por la AP no puede computarse como tal, dado que, al entender que el sistema legal impide el pleno resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte y que cualquier prueba que se practique al efecto es por completo inútil, se abstuvo de abordar la cuestión y no fijó los elementos fácticos que habrían de servir de base para efectuar, en su caso, el cálculo de la indemnización pertinente. Tal es el vacío con el que tuvo que enfrentarse el TS, al que se pedía que se pronunciara, en primer lugar, sobre la posibilidad técnica del resarcimiento extratabular del lucro cesante y, en segundo lugar, que, caso positivo, se pronunciara sobre su existencia y su concreta cuantificación. El TS, sorteando con pértiga la primera petición (sin encararla frontalmente), afrontó directamente la segunda y la solucionó negativamente actuando como órgano sentenciador, con lo que, en definitiva, se produjo estrictamente un enjuiciamiento (pésimo) en única instancia²⁸⁶.

²⁸⁶ Lo correcto era que, acogido el motivo en el sentido de que cabe perfectamente el resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte, en lugar de abordarse la cuestión de su existencia y su cuantificación, se declarara la nulidad de la sentencia, en aras al cumplimiento de la debida tutela judicial, y que se devolvieran las actuaciones a la AP para que, partiendo de que tenía que conocerse del fondo del asunto en cuanto a la existencia y cuantificación del lucro cesante, por ser éste perfectamente resarcible, valorara las pruebas practicadas en el juicio oral y se pronunciara al respecto. Tal tipo de pronunciamiento es el que, por exigencias constitucionales, utiliza en la actualidad la Sala 1ª del TS cuando, en pleitos seguidos por responsabilidad civil del empresario por daños causados a su trabajador, desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción acogida por la AP y, sin entrar a conocer del fondo del pleito, devuelve las actuaciones al Tribunal sentenciador para que se pronuncie al respecto y no queden las partes privadas de una instancia (en este caso, la segunda).

Las leyes... son mudas y sordas... Pero algunos hombres son utilizados por ellas para que a través de sus voces hablen y... a través de su vista y oída vean y oigan también. A estos hombres acostumbramos a llamarlos jueces y... cuando hablan se les llama leyes [parlantes],... pero te pueden encontrar con algunos... que callan... e incluso cierran los ojos... Éstos... ni son jueces de verdad... ni son... guardianes de las leyes, ni leyes parlantes (Luis VIVES)

5.- El resarcimiento del lucro cesante “ex morte”, en la práctica judicial (II): las aportaciones aisladas de la jurisprudencia provincial.

He estudiado en el epígrafe precedente las SSTs que han abordado la cuestión del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte, desde la perspectiva de su posible reconocimiento a la luz de lo establecido en el sistema legal valorativo y se ha resaltado el avance progresivo que supuso la de 2 de abril de 2001 en relación con la de 20 de diciembre de 2000, así como la deleznable consideración que merece la de 17 de julio de 2002, sin que, después de aquéllas, se hayan dado nuevos pasos al respecto.

En el presente epígrafe, estudio la jurisprudencia provincial que conozco sobre la materia, la cual está constituida, hoy por hoy, por tres SS, una de La Rioja y dos de Vizcaya. Estudiadas por orden cronológico, se comprobará la progresividad de la segunda sobre la primera y la progresividad de la tercera sobre la segunda, porque: la primera sirvió para homologar con habilidad la solución abstracta o libertaria a la que se había acudido en la primera instancia; la segunda pretende sustraerse a la falta de justicialidad de la tasación semiabstracta en que consiste el factor de corrección por perjuicios económicos, pero no lo consigue, al acudir a una tasación de la misma índole; y la tercera constituye un perfecto ejemplo de ponderación correcta del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte, aunque, como veremos, la solución resultó facilitada gracias a la circunstancia de que el matrimonio del fallecido se había disuelto previamente por causa de divorcio.

A estas SS hay que añadir una de la AP de Baleares que corresponde a un supuesto de responsabilidad civil médica, al que se aplicó el sistema legal valorativo, pero con trasposición de la doctrina de la STC 181/2000 para el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte.

5.1.- Un primer caso de resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte (varón productivo que deja viuda y dos hijas menores dependientes): SAP de La Rioja de 16 de octubre de 2000

La primera S que, conocida por mí, se sitúa dentro de la apuntada línea de proyección traslaticia es la SAP de La Rioja de 16 de octubre de 2000²⁸⁷, resolutoria de apelación dimanante de un juicio de faltas seguido por un fallecimiento, siendo resolución en la que el cálculo del lucro cesante parece realizado, no por un órgano jurisdiccional, sino al modo varicador de las cuentas del Gran Capitán.

Producido el accidente en 1998, la SJI 3 de Logroño de 16 de julio de 1999 condenó al denunciado como autor de una falta de homicidio imprudente y fijó como indemnización las siguientes sumas: 40.000.000,- Ptas., para la esposa del fallecido; 7.000.000,- Ptas., para un hijo mayor, habido en un primer matrimonio, sin concretarse la edad; 7.000.000,- Ptas., para cada una de las dos hijas menores; y 1.216.215,- Ptas., para cada uno de los padres. Tales indemnizaciones se cuantificaron de acuerdo con el régimen tradicional de la judicialidad valorativa²⁸⁸, bajo las pautas discrecionales (arbitrarias) del principio de globalidad, al negarse la fuerza preceptiva del sistema legal, según tenía declarado por entonces con rebeldía uniforme la jurisprudencia riojana. Disconforme con ellas, la aseguradora condenada interpuso recurso que fue resuelto cuando ya se había dictado la STC 181/2000, con lo que estaba definitivamente vedada la posibilidad técnica de seguir sosteniendo el disolvente criterio libertario²⁸⁹. Pero la impugnación fue sorprendentemente desatendida con base en el siguiente fundamento:

La... apelante interesa... la revocación de la S... y que se dicte una nueva... reduciendo... las indemnizaciones establecidas... que... no se ajustan al Baremo de la Ley 30/95... A los efectos... del presente recurso... debe tenerse presente la S dictada por el TC el pasado 29

²⁸⁷ Ilma. Sra. Olivero Albuerne; resolutoria de apelación 47/2000.

²⁸⁸ Pero con la influencia del denostado sistema valorativo, como se pone de manifiesto al reconocerse indemnización a los padres del fallecido, pese a estar éste casado y tener descendencia.

²⁸⁹ Propiciado por la tradicional abstención ponciana del Legislador, que ha limitado su labor a la fijación de unas puras normas en blanco y ha transferido por completo sus determinaciones al casuismo de la práctica judicial, la cual tiene que abordarlas sin la guía de unas directivas legales. Por eso ha declarado la jurisprudencia que en nuestro Derecho positivo no hay ni siquiera principios generales rectores [legalmente expresados] de la indemnización de daños y perjuicios (STS, Sala 1ª, de 13 de abril de 1987) y que el art. 1902 C.c. no contiene regla secundaria alguna relativa a la valoración del daño (STS, Sala 1ª, de 22 de marzo de 1995).

*de junio*²⁹⁰... [según la cual] *el sistema legal de valoración... vincula... a los... Tribunales en todo lo que atañe a la determinación... de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deben satisfacerse... La S, sin embargo, abre una considerable brecha... que... circunscribe la baremación del lucro cesante establecido por el apartado B) de la tabla V... y... concluye que el Legislador ha establecido un impedimento insuperable para la adecuada individualización... del daño,... al no permitir... acreditar una indemnización por valor superior..., vulnerándose... el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE. Teniendo presentes las anteriores consideraciones,... llegaremos a una S confirmatoria de la impugnada, pues, sumando a las indemnizaciones básicas... la cantidad correspondiente al lucro cesante, en virtud de la prueba practicada, y restando... las cantidades que se calculan... en concepto de factor de corrección..., se obtiene una cantidad total... por encima... de la concedida... y para ello han de calcularse, como partida autónoma, las pérdidas... patrimoniales que realmente han sufrido los perjudicados a consecuencia del fallecimiento... La víctima percibía una retribución anual líquida de unos 4.704.000,- Ptas.; le quedaban 17 años para su jubilación; la viuda pasa a percibir una pensión mensual de 157.276,- Ptas...; ambos hijos menores pasan a percibir una pensión de 78.500,- Ptas. cada uno,... Javier durante 10 años hasta su mayoría de edad... y Tatiana durante 6... A partir de la jubilación, los ingresos que hubiera percibido el matrimonio hubieran sido de 275.000,- Ptas. Un cálculo aproximado, tras la realización de las correspondientes operaciones aritméticas, nos ofrecería [ofrece] una pérdida de 5.000.000,- Ptas. en los primeros 6 años (teniéndose en cuenta que en ese período ambos hijos percibirán su pensión); de 7.498.760,- Ptas. en los 4 años siguientes (sólo un hijo percibirá la pensión); de 19.816.816,- Ptas. en los siguientes 7 años hasta la jubilación; y de unos 16.000.000,- Ptas. durante los 5 años calculados de la jubilación al fallecimiento. Siguiendo los pasos de ese modo... llegaríamos [llegamos] a una cantidad total indemnizatoria de unos 67.000.000,- Ptas... La S impugnada ha concedido una cantidad... total de 63.432.432,- Ptas..., por debajo de la estimada, razón por la que debe... confirmarse, aún cuando... se haya apartado del Baremo.*

Como vemos, la AP traslada al ámbito letal la doctrina sentada por la STC 181/2000 para el lucro cesante causado por la lesión temporal impeditiva. Sobre esta base, efectúa los cálculos correspondientes, pero lo hace con manifiesta torpeza porque identifica el lucro cesante sufrido por los parientes supervivientes con las ganancias que obtenía el interfecto, sin computar en absoluto el nivel de gastos correspondientes al autoconsumo (la *quota sibi*), que hay que tener necesariamente en cuenta para que la indemnización corresponda, sin enriquecimiento sobrerrestaurador, a la parte que de aquellos ingresos iban destinados a sus familiares²⁹¹, pudiéndose calcular (por lo menos) en una cuarta parte, con lo que el primer parámetro a utilizar no habría de estar constituido por la suma de 4.704.000,- Ptas. (la

²⁹⁰ Dada la frase que subrayo, queda claro que se proyecta la doctrina de la STC 181/2000 sobre el tratamiento resarcitorio del lucro cesante causado por la muerte.

²⁹¹ La S ignora algo tan elemental como que, cuando se trata del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte, no se resarce el perjuicio del muerto, sino el perjuicio de los vivos, no la ganancia que hubiera obtenido el muerto de haber seguido viviendo con capacidad productiva, sino el aprovechamiento parcial de esa ganancia por parte de los parientes vivos.

retribución líquida anual del fallecido), sino por la de 3.528.000,- Ptas. (la parte destinada a los familiares del interfecto). De esta forma, efectuados los siguientes cálculos y reconocida la efectividad de la *compensatio lucri cum damno*, resultaría una indemnización muy inferior a la que, mediante un silogismo invertido, reconstruyera la AP con el claro propósito de confirmar una respuesta que antes hubiera convalidado con el simple argumento de negar la preceptividad del sistema legal²⁹² y el de invocar el principio tradicional de la discrecionalidad judicial.

Pero conviene hacer un cálculo verdaderamente razonable para cuantificar el lucro cesante que en aquel caso se causó y ello aceptando los períodos fijados por la AP, sin efectuar la reducción ponderativa que se utiliza en los países en que se aplica la regla del multiplicante y del multiplicador²⁹³. Así las cosas, el primer dato a computar es que, según queda dicho, el nivel de los ingresos netos anuales de la víctima, ascendente a 4.704.000,- Ptas., debe quedar reducido por la *quota sibi*, para convertirlo como pérdida inicial, a 3.528.000,- Ptas. anuales, según hemos visto. Junto a este primer dato, tenemos que el importe anual de la pensión de viudedad estaba cifrado en 1.887.312,- Ptas. y que el de cada pensión de orfandad lo estaba en 942.000,- Ptas. A su vez, el ingreso calculado en concepto de jubilación se encontraba cifrado, según la AP, en 3.300.000,- Ptas. anuales; cantidades éstas que se integran en el concepto de *damnum cessans*.

Sobre estas bases y para calcular el lucro cesante correspondiente a los primeros 6 años²⁹⁴, hemos de tener en cuenta que el importe anual percibido por pensiones de viudedad y orfandad asciende a 3.771.312,- Ptas. (1.887.312,- Ptas. + 942.000,- Ptas. + 942.000,- Ptas.), con lo que resulta una suma superior a la de los ingresos del marido y padre, cifrada en 3.528.000,-

²⁹² Reitero que la AP de La Rioja era una de las que, sin fisuras, negaba la fuerza preceptiva del sistema valorativo. La tosquedad de los cálculos que efectúa para cuantificar el lucro cesante permite sostener que, en buena medida, constituye un fraude a la doctrina del TC, pues da más que la sensación de que se trata de disimular la nomoclastia y confirmar *ex post* una valoración “personal” (libertaria) efectuada al margen de la regulación legal. Por otra parte, se realizan para dar cobertura a la solución libertaria adoptada por el JI. Adviértase, a su vez, que no se invoca SS en las que la misma AP, u otra, hiciera cálculo similares para resarcir aisladamente el lucro cesante causado por la muerte; y no se invocan por la sencilla razón de que nunca se han efectuado al respecto cálculos como los que en este caso recoge la sentencia en su esfuerzo por justificar la suma fijada por el juzgador *a quo*. En este caso, dado el afán confirmatorio de que se hace gala, la AP no se molesta en justificar que se resarciera el lucro cesante sufrido, en su caso, por el hijo mayor de edad, fruto de una unión antecedente, sin que ni siquiera haga referencia a su dependencia económica.

²⁹³ Sobre la prevalencia del método matemático sobre el equitativo para la valoración del lucro cesante derivado de la muerte y de la lesión permanente, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 2º, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit., pp. 172-177.

²⁹⁴ Valorado por la AP en 5.000.000,- Ptas., que se corresponden con una pérdida anual de 833.333,- Ptas.

Ptas., con lo que durante este primer período no nos encontramos ante un *lucrum cessans*, sino ante un *lucrum emergens* que, ascendente a 243.316,- Ptas. anuales, se traduce en un total de 1.459.872,- Ptas.

En lo que refiere al segundo período, hemos de restar de 3.528.000,- Ptas. la suma de 2.829.312,- Ptas. (1.887.312,- Ptas. + 942.000,- Ptas.), con lo que la pérdida efectiva anual es de 698.688,- Ptas. que, proyectada sobre los 4 años, se convierte en un detrimento de 2.794.752,- Ptas.

Para el siguiente período, durante el cual ya no se percibiría pensión alguna de orfandad, mantenemos el nivel de la *quota sibi*, dando por supuesto que las hijas, aún siendo mayores, seguirían en situación de dependencia económica, por lo que el cálculo ha de consistir en deducir de los 3.528.000,- Ptas. de erogaciones frustradas la suma de 1.887.312,- Ptas. correspondiente a la pensión de viudedad, con lo que la pérdida anual quedaría cifrada en 1.640.688,- Ptas. que, proyectada sobre 7 años, arrojaría un total de 11.484.816,- Ptas.

Finalmente, situados en el período de jubilación, habría de incrementarse en este caso el nivel autoconsumo, para cifrarlo en un 50%, por lo que el nivel anual de ingresos de 3.300.000,- Ptas. habría de reducirse a 1.150.000,- Ptas., de modo que, multiplicando esta suma por los 5 años, se obtiene una pérdida de 5.750.000,- Ptas.

Teniendo en cuenta el saldo favorable del primer período (1.459.872) y el negativo de los otros tres (2.794.752 + 11.484.816 + 5.750.000), el lucro cesante quedaría cifrado razonablemente en 18.569.696,- Ptas. (20.029.568 – 1.459.872) y no en la fantástica suma de 67.000.000,- Ptas. a la que llegó la AP²⁹⁵.

Así las cosas, hay que calcular la suma que, con criterio anómico, estableció el JI para ver cuál era el excedente fijado en relación con las indemnizaciones tabulares, pero

²⁹⁵ En este caso, pues, la AP hizo las cuentas del “cuento de la Lechera” que, quizá, no se atreviera a realizar ni siquiera la parte reclamante. La cantidad calculada por nuestra parte sería inferior si la presunta duración del lucro cesante se hiciera coincidir con la duración de la convivencia matrimonial, pues, en tal caso, el tercer período quedaría reducido a unos tres años y no habría un cuarto período.

prescindiendo del factor de corrección por perjuicios económicos²⁹⁶, de tal manera que, ateniéndonos a las indemnizaciones que se habrían de haber establecido como básicas y suponiendo que el primer hijo del fallecido tuviera una edad intermedia, nos encontraríamos con que la viuda percibió 27.191.476,- Ptas. por encima de la suma básica de 12.808.524,- Ptas.; que el primer hijo recibió un excedente de 5.865.246,- Ptas., en relación con la indemnización básica cifrada en 2.134.754,- Ptas.; que el segundo y el tercer hijo percibieron, cada uno, un excedente de 1.663.115,- Ptas. en relación con la suma básica de 5.336.885,- Ptas.; y que cada uno de los padres del fallecido recibió un excedente de 148.838,- Ptas., en relación con la indemnización básica de 1.067.377,- Ptas.

De esta forma, imputados esos excedente al lucro cesante, se obtiene la suma de 36.680.628,- Ptas., que es cantidad muy superior (casi el doble) a la sobredimensionada que antes hemos calculado de 18.569.696,- Ptas., con lo que, estamos ante un caso en el que, desde un punto de vista estrictamente económico, los perjudicados, además de obtener la reparación de su *lucrum cessans*, se beneficiaron de un *lucrum emergens*. Se compensó ciertamente la *deminutio patrimonii*; pero hubo además un *incrementum patrimonii* que vulneró por exceso el principio legal de la total indemnidad²⁹⁷. Se ve así la dificultad empírica de alcanzar el equilibrio del justo medio, porque los jueces, o no llegan (la mayor parte de las veces) o rebasan.

Pero, pese a su rusticidad razonativa (*ratio rusticorum*) y pese a su carácter sobrerrestaurador, interesa de esta S su valor doctrinal de base²⁹⁸, contraído al efectivo

²⁹⁶ Dado que el criterio mayoritario es que el resarcimiento del lucro cesante impide que entre en juego este factor corrector; criterio que no comparto, pero que, por puras razones prácticas y utilitarias, no me queda más remedio que aceptar. De reputarse que el factor de corrección por perjuicios económicos sirve para reparar un perjuicio patrimonial básico perfectamente compatible con el lucro cesante que en su caso pueda producirse, las cuentas que se indican en el texto se mantendrían, pero habría de ponderar la suma asignada por el señalado factor.

²⁹⁷ Cuando se estudia el tratamiento resarcitorio que el lucro cesante recibe en la práctica judicial, se comprueba que la falta de tradición se traduce en las posturas más extremas, porque los jueces, unas veces, las menos, se pasan, y otras, las más, no llegan. Casi siempre, el lucro cesante aparece ligado a los sueños de fortuna, dando lugar a su pura y simple preterición. Es manifiesta la influencia literal que, en este sentido, ejercieron en nuestra jurisprudencia algunas páginas de Hans-Albrecht FISCHER (*Los daños civiles...*, cit., p. 43: “el [concepto] del lucro cesante participa de todas las variedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios”), traducción y anotaciones de Wenceslao Roces Suárez, Edit. Revista Derecho privado, Madrid, 1928), dando lugar a un acúmulo jurisprudencial que constituye una expresión mimética parcial de la obra de dicho autor; influencia producida a través de José-Pío CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil...*, cit., t. 3, *Derecho de obligaciones...*, cit., p. 144).

Pero ahora el sistema lo aísla y puede repararse con rigor, aunque la ausencia de criterios doctrinales y de unos precedentes positivos asentados da lugar a la utilización de fórmulas tan fantásticas como las reflejadas en la sentencia comentada, una vez que se decide abandonar la postura ablatoria o cicatera.

²⁹⁸ Sin desconocerse su utilización pretextual para confirmar la respuesta libertaria del juzgador *a quo*.

resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte, realizable gracias a la vertebración (aislamiento del lucro cesante como concepto dañoso y como concepto resarcitorio) que conlleva el sistema legal.

5.2.- Un segundo caso de resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte (mujer productiva que deja viudo y dos hijas mayores dependientes): SAP de Vizcaya (Secc. 1ª) de 28 de mayo de 2002

Dentro de la línea de apertura resarcitoria de la que me ocupo (aunque con un pintoresco mecanismo para la valoración del lucro cesante causado por la muerte), se encuentra la SAP de Vizcaya (Secc. 1ª) de 28 de mayo de 2002²⁹⁹, resolutoria de apelación dimanante de un procedimiento abreviado. Celebrado el juicio oral, el JP 6 de Bilbao condenó al inculpado como autor de una falta de homicidio imprudente, sin fijar indemnización alguna para los perjudicados (marido e hijas de la víctima fallecida), al entender que habían sido completamente resarcido con la suma que, con propósito de pago, había consignado la aseguradora dentro del procedimiento. Disconformes con que la indemnización se concretara en la suma percibida, sin reconocerse la solicitada, los perjudicados interpusieron recurso de apelación que la AP acogió parcialmente, fijando una cantidad adicional en concepto de lucro cesante (15.000 €)³⁰⁰, con base en el siguiente fundamento:

Implícitamente, la S parece considerar que... [el] cuadro indemnizatorio que desarrolló la aseguradora... a la hora de consignar para pago... es... [el] que corresponde según... Baremo... Ahora bien, la vinculación al Baremo no excusa un campo para el arbitrio judicial dentro de su propio régimen. La aseguradora... protesta... haber resarcido... el factor de corrección... del 10%..., por no superar los ingresos netos de la perjudicada [“rectius”: víctima] el umbral aplicable en 1999 para su segundo tramo..., el cual se utiliza para incrementar las... indemnizaciones básicas de cónyuge y descendientes... La STC... 181/2000 apreció la inconstitucionalidad... de... las... previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V..., no de forma absoluta o incondicionada... en cuanto que tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a... supuestos en que el daño... determinante de incapacidad temporal tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente... del hecho lesivo. La doctrina constitucional... lo que hace es conectar el régimen de responsabilidad con el de fijación del “quantum” reparatorio, de manera que [en] el clásico régimen por culpa subjetiva³⁰¹... repugna que no se autonomice el... lucro cesante por incapacidad temporal que ha de sumarse al daño moral... y quede

²⁹⁹ Pte. Ilmo. Sr. Herrera Cuevas; resolutoria de apelación 96/2002.

³⁰⁰ La suma consignada por la aseguradora había ascendido a 19.959.961,- Ptas. (119.961,78 €).

como un mero porcentaje... utilizable... respecto de cantidades concretas diarias generalizables. Tal es el sentido de la expulsión del ordenamiento... de una porción de la Ley³⁰² para un supuesto preciso. El argumento resumido es simple: como no es contrario a la interdicción de la arbitrariedad, ni recorta la efectividad de la tutela judicial, ni desoye el mandato de garantizar el derecho a la integridad física y moral que la responsabilidad civil... objetiva dé paso a un resarcimiento de cuantía objetivada y con presunción de lucro cesante, es contrario al art. 9.3 CE, recorta el... 24.1 y desoye la garantía del... 15... que la responsabilidad por culpa no pueda rebasar unas tasas, si el daño se prueba³⁰³. Puesto que la responsabilidad civil derivada de infracción penal nunca puede ser objetiva..., la indemnización por perjuicios económicos a que se refiere el apartado B) de la tabla V... no debe operar... como un mero factor de corrección de la... indemnización básica... y... la cuantificación de tales perjuicios... o ganancias dejadas de obtener puede ser establecida de manera independiente,... con arreglo a lo que... se acredite en el... proceso... Pero este Tribunal considera que no debe verse ningún impedimento en razonar lo mismo para las indemnizaciones por lesiones permanentes de la tabla IV o por muerte de la tabla II,... para atender igualmente a la... restitución íntegra, por lo que toca al... lucro cesante..., de modo que no esté ceñido... tampoco a la fórmula disfuncional del régimen tasado... Si la tesis es que... podrá quedar resarcido... de forma independiente... siempre que... quede demostrada... su cuantificación³⁰⁴, se trata de una tesis... interpretativa... acogible en todos los casos en que el Baremo contempla un factor de corrección automatista.

En caso de imprudencia punible acreditada..., no podrá ser inferior el factor de corrección a lo que se aplica presuntivamente en supuestos de resarcimiento por... riesgo creado..., pero, conforme a la doctrina constitucional..., debe examinarse la petición de una reparación... de [la] ganancia perdida, y no es forzoso limitar[la]... al simple empleo del factor de corrección conforme a una escala por tramos en relación con rentas personales netas. Por otro lado, este sistema automático de escala, que puede superarse en casos de... culpa subjetiva³⁰⁵, de suyo no tiene que aplicarse con una pura regla aritmética de proporcionalidad de ingresos de la víctima,... ya que, en otro caso, no tendría sentido el establecimiento de tramos con una horquilla de porcentajes o que se admitiera... en el primer tramo... a los perjudicados que simplemente se hallen en edad laboral. En consecuencia,... la Sala valora, como datos documentados..., la convivencia familiar de Juan..., viudo de la finada..., con las dos hijas comunes, Estíbaliz y Nerea..., de 25 y 22 años al momento de los hechos, sin ingresos..., así como los rendimientos... de la finada... que ascendieron a 2.978.668,- Ptas. netas en 1998 por trabajo personal y los del viudo, de... 581.742,- Ptas. netas en el mismo ejercicio... El factor de corrección supone un “plus” del “lucrum cessans” derivado de la muerte por la desaparición de la aportación personal de la víctima con su actividad rentable al núcleo de perjudicados. Y habida cuenta que, sobre un nivel de rentas de la familia de cuatro miembros,... más del 85% correspondía a la víctima fallecida, su falta no sólo priva a la unidad familiar del sostén esencial..., sino que la sume en la pobreza real... Por ello... se considera prudente asignar, en lugar de un factor de corrección del 10% sobre [las] prestaciones [indemnizatorias] básicas, otro del 25%, que equivale al superior porcentaje del segundo tramo del Baremo legal,... cantidad que aproxima los 15.000 € y que es obligación adicional de los responsables civiles condenados...

³⁰¹ Sobrecoge la persistencia jurisprudencial en hablar de “culpa subjetiva” para contraponerla a una supuesta “culpa objetiva” que, de suyo, constituye un imposible ontológico al que se acude cuando se toma conciencia de que no puede mantenerse el monismo atributivo de la culpa, pero no se quiere prescindir de él, manteniéndolo literariamente de forma ficticia.

³⁰² Expulsión que, desde luego, no produce la STC 181/2000.

³⁰³ Éste es el berenjenal en el que sin justificación, ni legal ni constitucional, se mete el TC en la S 181/2000.

³⁰⁴ El subrayado es mío y lo hago para resaltar la doctrina que interesa aquí, consistente en proyectar al caso de muerte la doctrina de la STC 181/2000, relativa a la lesión temporal.

³⁰⁵ La SAP insiste en el disparate de hablar de “culpa subjetiva”, haciéndose eco de los “hallazgos” doctrinales y jurisprudenciales que la oponen a una “culpa objetiva” o “social”.

Como vemos, la AP parte de la doctrina sentada por la STC 181/2000, en relación con el resarcimiento del lucro cesante derivado de una lesión temporal causada con culpa relevante, y la traslada al ámbito letal al declarar que existen las mismas razones para que en este caso el lucro cesante no quede parcialmente resarcido a través del factor de corrección por perjuicios económicos, sino que hay que restaurarlo en su cuantía real, siempre que el fallecimiento derive de una culpa relevante, que es lo que sucede cuando se condena penalmente al conductor causante de un siniestro.

Predicada la traslación de aquella doctrina al caso de la muerte, la originalidad de esta S radica en el mecanismo al que acude para valorar el lucro cesante, pues, en lugar de operar con los rendimientos netos que la víctima obtenía por su trabajo y ponderar la parte que aportaba a los miembros de la unidad familiar (marido e hijos), viene a afirmar que la suma resultante de aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos es insuficiente, pero no efectúa al respecto el más mínimo razonamiento demostrativo de tal apreciación, aunque se hace eco de que el fallecimiento de la esposa y madre sumía a la familia en la “pobreza real”; y, sentada esa conclusión, no prescinde de la técnica de tasación semiabstracta, sino que, partiendo de las indemnizaciones básicas reconocidas, aplica un porcentaje de corrección aumentativa del 25%, en lugar de aplicar el del 10% que es el que correspondía al nivel de los ingresos netos de la interfecta; y, obtenida la suma resultante, resta la percibida (correspondiente al porcentaje del 10% calculado por la aseguradora) y fija un saldo complementario de 15.000 € (2.495.790,- Ptas.), con lo que, en definitiva, reputa que el lucro cesante producido ascendió a 4.129.650,- Ptas. (24.819,70 €), de las cuales los perjudicados tenían cobradas 1.663.860,- Ptas. (10.000 €).

Llama la atención que una fórmula legal de tasación semiabstracta sea sustituida por una judicial del mismo carácter³⁰⁶, para valorar el lucro cesante derivado de la muerte, cuando lo cierto es que, en el trance de hacerlo, hay que manejar de forma razonable los parámetros objetivos con los que se cuente y ponderarlos *in concreto*, pues carece de sentido que su importe

³⁰⁶ Naturalmente, concebida como fórmula para resarcir el lucro cesante, tan irracional es una como otra, pues, en definitiva, su importe se hace depender del valor legal adjudicado al perjuicio existencial causado por la muerte. Sólo la falta de tradición y cultura sobre el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte explica que la AP acudiera a ese expediente atrabiliario consistente en atenerse al factor de corrección, pero sin respetarlo, por no gustar intuitivamente su resultado.

se cifre en relación con la cantidad asignada como básica. Así las cosas, la AP contaba con los datos objetivos constituidos por los ingresos anuales netos de la víctima (2.978.666,- Ptas.) y por los de su marido (581.741,- Ptas.), por lo que conocía los ingresos totales que percibía la unidad familiar antes del accidente (3.560.407,- Ptas.). Sobre esta base, podría imputarse una cuarta parte de los ingresos al autoconsumo de la que resultó fallecida, con lo que la porción destinada a los otros miembros del núcleo familiar (marido e hijas) quedaría cifrada en 2.670.305,- Ptas., de las que, para valorar el lucro cesante causado por la muerte, habrían de deducirse las 581.741,- Ptas. obtenidas por el marido, con lo que resultaría una pérdida neta para los supervivientes de 2.088.564,- Ptas. anuales.

Partiendo de este dato, habrían de computarse, por lo menos, los años que restarían a la fallecida para alcanzar la jubilación, por lo que, suponiendo que tuviera 55 años³⁰⁷, el lucro cesante sería el correspondiente a un período previsible de diez años, con lo que su importe podría haber quedado cifrado en 20.885.640,- Ptas., que es muy superior al de 4.269.508,- Ptas.³⁰⁸ que, con su fórmula semiabstracta, fijó la AP.

Pero, con independencia de que no es de recibo en absoluto la grosera fórmula semiabstracta a la que acudió, lo importante es que la AP se basó en la STC 181/2000, para valorar con autonomía el lucro cesante derivado de un fallecimiento, como partida añadida a la suma adjudicada por los perjuicios estrictamente personales.

5.3.- Un tercer caso de resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte (varón productivo que deja viuda dependiente y dos hijos menores): SAP de Baleares (Secc. 4ª) de 29 de marzo de 2003

Ofrece particular interés el estudio de la SAP de Baleares (Secc. 4ª) de 29 de marzo de 2003³⁰⁹, que, en un supuesto de responsabilidad civil médica por fallecimiento, se ponderó de forma sustancialmente acertada el lucro cesante causado, con resarcimiento separado de los

³⁰⁷ Conociéndose por la sentencia que el marido tenía 55 años, no se consigna la edad de la fallecida, por lo que el cálculo que efectúo en el texto está montado sobre la suposición de que tuviera la misma edad.

³⁰⁸ Ésta cantidad es la que la fallecida habría obtenido sólo durante dos años más de supervivencia.

³⁰⁹ Pte. Ilmo. Sr. Artola Fernández; Ar. civ. 1056.

perjuicios personales y de los patrimoniales, siendo de señalar que, con pleno acierto, se utilizó orientativamente el sistema legal valorativo, en orden a la fijación de la indemnización correspondientes a los primeros, fijándose el resarcimiento por los segundos al margen de la regulación tabular, con apoyo en la doctrina de la STC 181/2000, de 29 de junio.

Con ocasión de la práctica de una artroscopia en una rodilla, consistente en una intervención quirúrgica con torniquete y suministro de anestesia epidural (operación de técnica sencilla y de bajo riesgo), el paciente, de 47 años de edad, después de haber sido trasladado a su habitación, sufrió la interrupción del riesgo sanguíneo, quedando en un coma vegetativo que, por deterioro progresivo, desembocó dos años después en su fallecimiento.

La viuda del fallecido, en su nombre y en el de sus dos hijos menores, ejercitó acción de responsabilidad civil contra el cirujano, el anestesista y el centro sanatorial, siendo acogida parcialmente la demanda con reconocimiento de las siguientes indemnizaciones: para la viuda, 69.652.667,- Ptas. (418.620,96 €); para el primer hijo menor, 49.152.667,- Ptas. (295.413,48 €); y para el segundo hijo, también menor, 51.652.667,- Ptas. (310.438,78 €). De dichas cantidades, correspondían al lucro cesante para cada perjudicado 36.652.667,- Ptas. (220.287 €).

La suma correspondiente a lucro cesante se calculó mediante la capitalización de las sumas que el fallecido dejó de ingresar para el núcleo familiar, cifrándose la pérdida anual en 8.703.740,- Ptas., equivalente al nivel de ingresos netos calculados sobre los brutos con deducción de las cantidades abonadas a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública.

Disconformes ambas partes con la solución indemnizatoria adoptada, la actora dedujo recurso de apelación con el argumento de que el cálculo correspondiente al lucro cesante debía efectuarse con base en el salario bruto del fallecido, con descuento de las cantidades correspondientes a las cotizaciones de la Seguridad Social, pero sin descontarse en absoluto la suma correspondiente a las cantidades destinadas a la Hacienda Pública, por lo que, de acuerdo con sus cálculos, la partida debía cifrarse en 185.615.000,- Ptas. (1.115.568,62 €), al operarse

sobre una pérdida de capacidad económica familiar cifrada en 14.691.570,- Ptas. anuales.

A su vez, los demandados, en lo que refiere a la impugnación de la cuantía indemnizatoria, adujeron que la práctica judicial es cada vez más proclive a utilizar por vía analógica el sistema de valoración del daño corporal establecido para los accidentes de circulación, por lo que, insistiendo en que la partida reconocida por el dolor de la inesperada noticia del efecto de la operación y permanencia durante dos años en deterioro progresivo, así como por el cese de la convivencia durante un período calculado de veintitrés años de expectativas de vida, eran partidas englobadas dentro del daño moral causado por el fallecimiento, proponían que se reconociera a la viuda, de acuerdo con el sistema legal valorativo, la suma de 13.707.770,- Ptas. y a cada hijo menor la de 5.711.321,- Ptas., correspondiendo estas indemnizaciones a los perjuicios de carácter personal y añadiendo que, en concepto de lucro cesante, había de aplicarse el factor de corrección por perjuicios económicos, contemplado en la tabla II, por lo que, jugando con el mínimo porcentaje aplicable en el caso de que se computaran los ingresos netos del fallecido (26%) o el máximo en el caso de que se computaran los ingresos brutos (75%), la indemnización total, incluidos los señalados perjuicios señalados, debía cifrarse en una cantidad oscilante entre 31.664.319,- Ptas. y 43.978.221,- Ptas.

La AP resolvió los recursos con desestimación del articulado por la parte actora y acogimiento parcial del articulado por los demandados, pues, como veremos, se redujeron las indemnizaciones correspondientes a los perjuicios personales de los familiares del fallecido, aunque se mantuvieron incólumes las indemnizaciones correspondientes al lucro cesante padecido.

El recurso de la viuda fue desestimado por sostener la AP con pleno acierto que no puede compartirse el criterio de que el lucro cesante se ha de calcular con base en los ingresos seminetos del fallecido, con descuento sólo de las cotizaciones sociales, pues, de conformidad con el criterio sostenido por el juzgador de la instancia, *“las cantidades que deberían ser reintegradas a la Hacienda Pública no pueden computarse en el haber... del lucro cesante familiar”*.

Desestimado el recurso de la actora, se aborda seguidamente el recurso de los demandados, respecto del que interesa reproducir la siguiente fundamentación:

Subsidiariamente, respecto del “quantum” indemnizatorio, recuerda la defensa de los doctores intervinientes y de su aseguradora... que la práctica forense es cada vez más proclive a utilizar, por la vía de la aplicación analógica, el sistema de valoración del daño corporal derivado de la circulación de vehículos de motor, por lo que, por razones de igualdad y seguridad jurídica, debería también aplicarse al caso de autos.

En este punto... coincide la Sala con la parte demandada-apelante, siendo pauta reiterada de este Tribunal extender analógicamente los baremos indemnizatorios creados para los accidentes de tráfico, pues, aunque en el sector de la responsabilidad médica no se haya aún socializado el riesgo a través de un baremo, existe identidad de razón en el hecho de que, tratando aquél de conceder cantidades indemnizatorias razonables y dignas..., no... es de recibo pretender dejar esta cuestión al exclusivo arbitrio del juzgador, por lo que tales baremos sirven en buena lógica como instrumento adecuado para orientar la decisión judicial, por cuanto que debe partirse... de que el valor indemnizatorio concedido en ellos, en tanto que aprobado parlamentariamente, refleja... una posición normativa asumible en un Estado de Derecho.

Así las cosas, aplicando... como orientativo el sistema de valoración..., comoquiera que se cuantifica una deuda de valor, se ha de considerar como precio el vigente en el momento de su determinación, es decir, las cantidades... actualizadas por la Resolución de 20 de enero de 2003 de la DGS, en la que se otorgan como indemnizaciones por muerte, las cuales incluyen los daños morales, según la tabla I,... a la esposa viuda 87.990 €, al hijo menor... 36.663 € y al hijo menor... 36.662 €.

Con relación al otro concepto indemnizado, a saber, pérdida económica por ser el... [fallecido] la fuente de ingresos familiares, sostiene la parte apelante que la misma viene recogida en el factor de corrección de la tabla... [correspondiente, es decir, la II].

Si bien se ha aplicado el baremo como orientativo para cuantificar la indemnización por muerte, la cual incluye los daños morales, no puede acogerse la tesis de que la compensación del lucro cesante... de... la familia del fallecido deba resarcirse por la vía de la aplicación... del... factor de corrección, ya que, siguiendo la lógica de la STC de 29 de junio de 2000, que, si bien tampoco resulta vinculante en el caso de autos, puede... servir igualmente de vía interpretativa, cabe entender... que, determinada la culpa relevante de los demandados, la cuantificación de los perjuicios económicos sufridos podrá ser establecida de manera independiente, conforme a lo que quede acreditado..., sin que pueda tal materia quedar reconducida a los factores de corrección, pues, en otro caso, la pretensión resarcitoria de las víctimas o perjudicados no podría ser efectivamente satisfecha en el... proceso, con la consiguiente vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva... por no permitir... acreditar una indemnización de valor superior al que resulte de la estricta aplicación de los factores..., infringiéndose la legalidad vigente en materia de resarcimiento íntegro de los daños y perjuicios...

En consecuencia... [dado que] el fallecido era el único miembro que aportaba ingresos económicos y que se computaron en atención a ingresos netos y perspectivas de vida...,

procede confirmar esta partida, de modo que se mantiene la cantidad de 36.652.667,- Ptas., es decir, 220.287 €, para cada uno de los tres actuales integrantes del grupo familiar.

Se trata de una S que, pese a sus comprensibles defectos concretos de valoración, es particularmente encomiable, porque hace gala de una lucidez insólita dentro de nuestra jurisdicción.

Por lo pronto, hay que compartir plenamente el criterio de utilizar el sistema legal valorativo para valorar los daños corporales causados en un supuesto de responsabilidad civil médica, con base en que, en definitiva, no hay razón para que sean valorados de forma distinta los daños corporales en atención a su diverso origen; pero en el entendimiento de que el sistema legal se utiliza para valorar en este caso los perjuicios personales causados por la muerte, lo que se traduce en fijar como indemnizaciones las previstas en la tabla I para la viuda del fallecido y para sus dos hijos menores, sin que cupiera aplicar ninguno de los factores personales de corrección previsto en la tabla II, por no existir en este concreto caso ninguno de los perjuicios especiales o extraordinarios que en ella se contemplan.

En relación con el resarcimiento del lucro cesante, la AP se atiene, a su vez, al correcto criterio de trasladar al ámbito de la muerte la doctrina sentada por la STC 181/2000, de 29 de junio, de tal manera que, fijada la indemnización por los perjuicios personales, aborda el resarcimiento del lucro cesante con base en las pruebas practicadas y, a tal efecto, prescinde del factor de corrección por perjuicios económicos, habida cuenta que su utilización comportaba una cantidad muy inferior al lucro cesante padecido por los familiares del fallecido.

La S tiene, pues, en su haber varios aciertos fundamentales que interesa reseñar. El primero radica en atenerse al principio de vertebración y separar la valoración de los perjuicios personales y de los perjuicios patrimoniales causados por la muerte, prescindiendo, por tanto, de la tradicional técnica de la globalidad. El segundo acierto consiste en aceptar la aplicación del sistema legal valorativo, utilizándolo por analogía con un carácter orientativo, pese a estarse ante un supuesto de muerte causada al margen del tránsito motorizado. El tercer acierto se halla en interpretar cabalmente la significación resarcitoria de la tabla I y asumir, por tanto, que sirve

sólo para reparar perjuicios de índole personal, sin que la indemnización básica sirva en absoluto para reparar el más mínimo perjuicio patrimonial y, por tanto, para reparar algún tipo de lucro cesante. El cuarto acierto se produce porque expresa que, valorados los perjuicios personales causados por la muerte a través de la tabla I del sistema legal valorativo, no hay razón alguna convincente que lleve a la jurisdicción a efectuar una valoración distinta, dado que, en definitiva, la valoración legal de la regulación tabular es la que ha sido establecida por el Parlamento. Y el quinto acierto se debe a que efectúa una valoración *in concreto* de los perjuicios patrimoniales del lucro cesante causado por la muerte a la esposa e hijos menores del fallecido, ateniéndose a ella en la medida en que es superior a la que resulta de la tasación semiabstracta en que consiste el factor de corrección que por perjuicios económicos contempla la tabla II; y completa este acierto con la invocación que efectúa de la STC 181/2000, de 29 de junio, al entender que la doctrina construida por dicha S respecto del lucro cesante causado por la lesión temporal impeditiva es perfectamente trasplantable al supuesto del lucro cesante causado por la muerte.

Destacadas las notas positivas de esta S, procede resaltar los defectos en que incurre la S respecto de la valoración del lucro cesante, debiendo, por lo pronto, señalarse que no recoge la estricta estructuración determinante de la indemnización que se fija por lucro cesante, valorado en junto en 109.958.001,- Ptas., de las que corresponden a cada uno de los tres perjudicados (la viuda y los dos hijos menores del fallecido) 36.652.667,- Ptas.

En cierto modo, se comprende que la S no contenga un estricto análisis de los cálculos efectuados para fijar la indemnización por lucro cesante, habida cuenta que, en definitiva, por las razones que se indicarán a continuación, la AP se limita a confirmar la indemnización que al respecto había fijado el juzgador *a quo*.

Efectivamente, la AP desestima el recurso de la actora, que aspiraba a que se efectuara un aumento de la indemnización correspondiente al lucro cesante, por cuanto que debería haberse partido, según ella, como parámetro básico, no del nivel de los ingresos brutos de su marido al tiempo de la intervención quirúrgica de resultado letal, con deducción del

importe correspondiente a las cuotas de la Seguridad Social y de las cantidades abonadas a la Hacienda pública, sino de aquellos ingresos brutos con la sola deducción de las cotizaciones sociales. Como hemos visto, con pleno acierto la AP desestima esa pretensión que hubiera generado un grosero enriquecimiento injusto en favor de los perjudicados.

A su vez, el recurso de apelación de los demandados se contraía a proponer que el lucro cesante se resarciera exclusivamente a través del factor de corrección que por perjuicios económicos contiene la tabla II del sistema legal valorativo, sin que se registre un planteamiento subsidiario que supusiera una crítica material respecto de la solución indemnizatoria adoptada por el juzgador *a quo*, con lo que ello suponía una invitación a que, desestimada la propuesta valorativa de los apelantes, la AP no entrara a estructurar la indemnización por el lucro cesante, aunque lo cierto es que, podría haberlo hecho, pues, si se proponía que la indemnización por lucro cesante se fijara en una cantidad inferior a la establecida por el juzgador *a quo*, la AP podía haber fijado una suma que, siendo superior a la propuesta por los demandados, fuera inferior a la fijada por el juzgador *a quo*.

Los defectos que se detectan en cuanto a la fijación de la indemnización por lucro cesante radican, en primer lugar, en que no parece que se tuviera en cuenta la *quota sibi*, en orden a excluir como parámetro valorativo las cantidades correspondientes al autoconsumo del fallecido, porque la suma que él consumía no puede integrar lucro cesante de los familiares supervivientes, circunstancia ésta que parece no haber sido ponderada en absoluto.

Por otra parte, de acuerdo con el criterio que he expuesto en su momento, estimo que la *quota sibi* había de cifrarse en un 25% y que la *quota commodi* para cada uno de los supervivientes (cónyuge y dos hijos), igualmente, en un 25%.

Sentado ello, no parece que se utilizara el expediente de la *compensatio lucri cum damno*, habida cuenta que el lucro cesante padecido por la viuda y por los hijos menores del fallecido resultaría disminuido por razón de la percepción de las pensiones sociales de viudedad y orfandad, de tal manera que, en la medida en que no se computara reductoramente el importe

de estas pensiones, se empleó una fórmula que daba lugar a un enriquecimiento injusto en favor de los perjudicados.

A su vez, la duración del lucro cesante habría de ser distinta en los hijos menores del fallecido y en su viuda, tal como ha sido anteriormente expresado, aunque debe tenerse en cuenta que la fórmula propuesta por nuestra parte, respecto a computar como duración del lucro cesante la de la convivencia matrimonial, habría de ser en este caso particularmente aquilatada, de forma aumentativa, dadas la circunstancia de que la esposa carecía de ingresos económicos propios, dependiendo totalmente del marido, debiéndose ello, no tanto a sostener que por razón de esa dependencia habría de presumirse una duración mayor de la convivencia matrimonial, como a que, caso de romperse la convivencia matrimonial, según es bastante sólito hoy día, se estaría ante un supuesto neto en donde se fijaría una importante pensión compensatoria para la esposa, dato éste a computar a la hora de calcular la duración del lucro cesante causado por el fallecimiento.

El lucro cesante de los hijos menores y del cónyuge viudo no se puede cuantificar igualitariamente, sino que se trata de perjuicios que han de proyectarse sobre una duración presuntiva distinta, de tal manera que el *dies ad quem* del lucro cesante padecido por los hijos ha de estar constituido por la fecha en que presumiblemente habrían de haber alcanzado independencia económica respecto del padre, con lo que se habría de valorar el lucro cesante padecido por los hijos, hasta que cada uno cumpliera los 26 años.

Al ignorar tanto los años de convivencia matrimonial como la edad de los hijos menores, resulta imposible ver la cantidad que, en mi concepto, habría de haberse fijado correctamente para el resarcimiento del lucro cesante.

Así las cosas, la conclusión final a la que se llega en relación con esta resolución es que, siendo encomiable la sensibilidad técnica y justicial en orden a la ponderación efectiva del lucro cesante causado por la muerte, estamos ante un típico ejemplo de que la jurisdicción o no llega o se pasa, estándose en este caso ante un supuesto en que verdaderamente se fijó una

indemnización que parece excesiva por el capítulo señalado.

En todo caso, debe advertirse que da la sensación de que no se tuvo en cuenta que el fallecimiento se produjo dos años después de haberse producido la intervención quirúrgica, lo que implica que tendrían que haberse valorado previamente los daños y perjuicios sufridos por el propio perjudicado, tanto de tipo personal como de tipo patrimonial, de modo que, en lo que refiere al lucro cesante, no estaríamos durante este período bianual ante el lucro cesante sufrido por los familiares del fallecido, sino ante el lucro cesante sufrido por el propio paciente, de tal manera que en este caso la cuantificación habría de haberse cifrado en el total de sus ingresos netos, aunque, naturalmente, con deducción de las cantidades percibidas con cargo a la Seguridad Social; y, fijada esta indemnización, que habría de corresponder al fallecido y que, por haber fallecido, se transmitiría por vía de herencia a sus herederos, habría de efectuarse el cálculo del lucro cesante padecido por la viuda y los hijos menores a partir del fallecimiento de su marido y padre.

5.4.- Un cuarto caso de resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte (varón productivo que deja dos hijas dependientes, una mayor y otra menor): SAP de Vizcaya (Secc. 6ª) de 3 de diciembre de 2003

Por su importancia doctrinal y práctica, remato el presente epígrafe con la reseña de la SAP de Vizcaya (Secc. 6ª), de 3 de diciembre de 2003³¹⁰, que habilitó el cabal funcionamiento del sistema valorativo respecto del resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte.

Se trata de una resolución bastante extensa que aborda, con seriedad y rigor, diversos problemas, entre los que destaca el relativo al lucro cesante causado por la muerte; y la solución adoptada consiste, no en un resarcimiento extratabular intrasistema, que es el que yo postulo como interpretación ordinaria de la legalidad ordinaria en que consiste el sistema valorativo, sino en un resarcimiento extratabular extrasistema, fundado en la

³¹⁰ Ilmo. Sr. Arévalo Lassa. Di noticia de esta sentencia y la reproduje con sus apostillas en *Resarcimiento extratabular del lucro cesante causado por la muerte. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 3 de diciembre de 2003*, R. Asociación Española Abogados Especializados Responsabilidad Civil Seguro, núm. 9, 2004/1T, pp. 6-17.

trasposición al ámbito mortal de la doctrina que la STC 181/2000 forjó (y forzó) para el caso de la lesión temporal impeditiva.

Tales soluciones, nacidas ambas de la rebeldía frente a la inercia y la insensibilidad judicial (literalismo romo y aséptico, ligado al funcionarismo judicial), se diferencian en su estricto apoyo normativo (el propio sistema, sin salirse de él, aceptando *todo* lo que en él se dice, en el primer caso; la disciplina común y general de la responsabilidad civil, aplicada con carácter complementario o supletorio, por exigencia constitucional, en el segundo), pero confluyen en un mismo resultado: resarcir y, por tanto, evitar la acrítica y vergonzante confiscación del resarcimiento del lucro cesante efectivamente padecido. Transitando por caminos distintos y situadas dentro de la legalidad, ambas posiciones alcanzan la misma meta, pues permiten que se haga realidad el propósito afirmado en el inciso segundo de la regla general 7ª del apartado 1º del sistema legal, donde se expresa una finalidad que sólo aparece de forma implícita en la disciplina general: la consecución de la (total) indemnidad³¹¹.

La AP deja claro, con desautorización del criterio sostenido por el juzgador *a quo*, que la indemnización básica prevista en la tabla I sirve exclusivamente para resarcir perjuicios de índole personal, sin incluir adarme alguno de perjuicio patrimonial. De esta forma, se efectúa una afirmación que, aunque, algunos la niegan y otros la consideran discutible, es consecuencia natural del principio instrumental de la vertebración dañosa, proyectado en el primero de sus niveles.

Tratándose de un caso en el que no había duda respecto de la fácil cuestión del *an* del lucro cesante causado por la muerte, lo llamativo el mecanismo del que se vale la sentencia para resolver la menos fácil cuestión del *quantum*, sin tener que acudir al socorrido, pero, a veces, necesario, mecanismo de la equidad. Estamos ante un caso en el que, como se verá seguidamente, se pusieron de manifiesto las que pueden denominarse “ventajas del divorcio”, propiciadas por la existencia de su convenio regulador.

La técnica utilizada consiste en manejar parámetros positivos de medición distintos a los que deben manejarse normalmente, consistentes éstos en fijar el importe de los rendimientos económicos netos que por su trabajo venía obteniendo quien resulta fallecido (primer parámetro), para entonces, concretados los familiares que

³¹¹ Resulta pleonástico hablar de total indemnidad, bastando, naturalmente, con decir indemnidad, aunque se trata de una redundancia de virtualidad enfatizante.

se beneficiaban de dichos rendimientos, fijar con criterio prudencial la *quota sibi* (segundo parámetro) y la *quota commodi* (tercer parámetro); y cada una de estas cuotas de conjuga con el dato de su presumible duración (cuarto parámetro). Pero no procede insistir en esto, sino apuntar simplemente que tal es la técnica civilizada³¹² que debe emplearse para medir, en el supuesto más paradigmático, el alcance del lucro cesante causado por la muerte.

El Tribunal vizcaíno prescinde de esa técnica ordinaria y acude a otra consistente en fijar directamente las cantidades que las hijas del fallecido recibían de su padre y, por tanto, las que habrían recibido hasta el momento de su emancipación económica que, por cierto, con cierto optimismo ajeno a la normal realidad sociológica, se cifra en los 23 años.

La singularidad del caso radica en que las hijas del fallecido (una de 19 años; otra, de 13) vieron facilitada la prueba de su lucro cesante gracias al divorcio de sus progenitores, y, en concreto, gracias a un convenio regulador en el que se fijaban los compromisos del padre en cuanto a la participación en la manutención y formación profesional de sus hijas, con fijación de un razonable *dies ad quem* carente de rigidez. Mucho me temo que, de no mediar la regulación de esa situación patológica de la disolución matrimonial, la indemnización se habría fijado con bastante menos entereza.

Lo cierto es que la solución adoptada es bastante realista y convincente en general. Quedó en el aire la cuestión relativa al resarcimiento del lucro cesante que también padeció la conviviente *more uxorio*; pero el planteamiento técnico de su impugnación no permitía abordarla, porque aceptó que se le aplicara pura y simplemente el factor de corrección que, por perjuicios económicos, contempla la regla primera de la tabla II, limitándose a discutir el porcentaje de incremento, dando la sensación de que el Tribunal unipersonal se quedó con las ganas de resolver esa problemática de forma cumplida. Por eso, al reproducir parcialmente los fundamentos de la sentencia, prescindo de los extremos atinentes al recurso de esa perjudicada, limitándome a reflejar los fundamentos que afectan a las hijas del fallecido, que son del siguiente tenor:

³¹² *Id est*, de Derecho civil.

PRIMERO... En aplicación del Baremo³¹³ aprobado por la Ley 30/1995, actualizado por Resolución de 20 de enero de 2003 de la DGS..., la S recoge las siguientes indemnizaciones...

1. *A favor de... Cristina..., perjudicada por fallecimiento de su pareja de hecho, 87.990 €, atendiendo a lo establecido en la tabla I..., apartado correspondiente a la edad de la víctima [49 años] en el momento del siniestro. A esta suma... añade un factor corrector, con arreglo a la tabla II, del 17% (14.958 €)³¹⁴ para arrojar un total de 102.918 €.*
2. *A favor de... Carmen..., por fallecimiento de su padre... atendiendo a la tabla I..., en el apartado que corresponde por la edad de ambos [13 años la de ella], 36.662 €, a los que aplica un factor de corrección del 25% conforme a la tabla II (9.166 €) para arrojar un resultado total de 45.829 €.*
3. *A favor de... Begoña..., por fallecimiento de su padre y en aplicación de la tabla I en la cuantía que corresponde por las edades de ambos [19 años la edad de ella], 14.665 €, incrementados con un factor corrector del 25% conforme a la tabla II (3.666 €), para arrojar un total de 18.331 €.*

Para llegar a esta concreción..., el juez... [efectúa] tres precisiones previas...: proclama la naturaleza de deuda de valor de la obligación de resarcimiento³¹⁵...; establece el carácter vinculante del Baremo³¹⁶...; [y] rechaza... [el] establecimiento de una diferenciación a efectos indemnizatorios entre lucro cesante y daño moral, entendiendo que éste... está incluido... en la tabla I y aquél... en la indemnización que resulta de la aplicación de las tablas I y II³¹⁷...

³¹³ De acuerdo con lo que constituye una lamentable pauta general, la S se empeña en llamar Baremo al sistema; concepto éste que es el legal y que arguye que se trata, como así es efectivamente (concepto técnico), de un conjunto normativo compuesto de reglas y principios, sin que los baremos, que se integran en él, como parte importantísima del mismo, agoten en absoluto su contenido.

³¹⁴ Se supone que el juzgador de la instancia quedaría muy satisfecho al fijar un porcentaje de incremento del 17% para la conviviente *more uxorio* y de un 25% para las hijas del fallecido, como si tal indemnización fuera expresiva de una verdadera sensibilidad justicial.

³¹⁵ La aseguradora del denunciado sostuvo en el juicio que debían fijarse los nominales vigentes en la fecha del siniestro. Sobre este punto, perfectamente resuelto por el JI, primero, y por la AP, después, me remito a *El criterio valorista y el resarcimiento de los perjuicios sufridos por la abuela y la hermana (mayor de edad) del fallecido. En torno a la STS (Sala 2ª) de 15 de noviembre de 2002*, Sepín Práctica Penal, núm. 3, 2003, pp. 99-131. Posterior a dicho artículo, véase también la STS (Sala 2ª) de 4 de noviembre de 2003.

³¹⁶ El JI fijó esta premisa porque creyó que las hijas del fallecido, al pretender que se les fijara un resarcimiento por lucro cesante al margen de la regulación tabular, postulaban el carácter no preceptivo del sistema. Es claro que el juzgador vinculó la preceptividad del sistema con el pretendido hermetismo de la regulación tabular; error interpretativo en el que ciertamente también incurrió la STC 181/2000, aunque después, en un primer momento, pareció rectificar tan drástica conclusión (SSTC 24/2000, de 16 de octubre y 37/2001, de 12 de febrero), a la que parece haber vuelto, con poca brillantez, después (STC 15/2004, de 23 de febrero); bandazos propios de un Tribunal cuyos componentes (y asesores) pertenecen a un país que tradicionalmente ha sido ajeno a la cultura del daño y, desde luego, del daño corporal.

³¹⁷ La acusación particular constituida por las hijas del fallecido se atenía al correcto criterio de que la tabla I sirve exclusivamente para reparar perjuicios de índole personal, sin aditamento de perjuicio patrimonial alguno y, desde luego, sin incluir el más mínimo adarme de lucro cesante. Con el literalismo dislocador que le caracteriza, el juzgador de la primera instancia, con desconocimiento de las ineludible exigencia impuestas por el principio de vertebración (es decir, interpretando el sistema con desconexión de la cultura europea del daño corporal, plasmada en la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa), estimó que la indemnización básica corresponde a un doble componente, personal y patrimonial, por lo que incluye siempre cierto resarcimiento de lucro cesante. Con buen criterio, la AP desautoriza esta inaceptable mezcla que es contraria al principio de la vertebración, es decir, opuesta, lo reitero, a uno de los postulados racionales de la cultura valorativa.

SEGUNDO. La representación de las hijas del fallecido... combate... [la sentencia] formulando diversas peticiones escalonadas. El primer... motivo argumenta infracción de... la Ley 30/1995, que... entiende incorrectamente interpretada, invocando... la STC 181/2000... para solicitar una indemnización... sensiblemente mayor... Se argumenta... que ha de extenderse la doctrina... a otros supuestos distintos del... contemplado..., a fin de obtener un resarcimiento íntegro del perjuicio realmente causado...³¹⁸. En segundo lugar, como petición subsidiaria..., entiende que... las perjudicadas han de ser encuadradas en el grupo II de la tabla I..., de forma que corresponde una indemnización mayor que la reconocida en favor de... Carmen..., no así en el caso de su hermana, puesto que... es la misma que en el grupo I³¹⁹...

TERCERO. La... STC 181/2000... analizó... la adecuación a la CE de la tabla V... Después de abordar el análisis global del Baremo desde la perspectiva constitucional, sancionando su adecuación a la Norma Suprema..., se detiene... en las denuncias de inconstitucionalidad... en relación [con] la mencionada tabla... La primera de las conclusiones... es que... no puede tacharse de inconstitucional que... el apartado... A)... disponga una indemnización básica comprensiva del daño psicofísico y moral³²⁰... En relación con el apartado... B,... llega a la conclusión de que vulnera los arts. 9.3 y 24.1..., en cuanto... el daño... determinante de incapacidad temporal... tenga... causa exclusiva en una culpa relevante... imputable al agente... En estos casos, la cuantificación de los perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener podrá ser establecida de manera independiente... con arreglo a lo que... se acredite en el... proceso... y, por tanto, no está limitada a los porcentajes... del Baremo.

Ése es el sentido de la inconstitucionalidad declarada..., que no ha supuesto la derogación o expulsión del ordenamiento³²¹ del mencionado factor corrector cuando nos encontremos en supuestos de culpa relevante. Aun... en este caso, por un lado, no puede dudarse de su aplicación cuando no exista acreditación de ingresos, para la víctima se encuentre en edad laboral y, por otro..., el factor de corrección no podrá ser inferior, de forma lógica, a los que se aplican en supuestos sin culpa, todo lo cual es conforme al espíritu de la mencionada STC,... [que] es... permitir la acreditación de un lucro cesante real superior al previsto. De entenderse de otro modo³²²..., se incurriría en una incomprensible discriminación de trato con relación a los supuestos de culpa objetiva o

³¹⁸ Postulé esta posibilidad técnica, acogida en esta sentencia, en *La bendición constitucional...*, cit., pp. 192-197.

³¹⁹ Partiendo de la correcta y aceptada aplicación del grupo I a la conviviente *more uxorio*, para fijar el resarcimiento básico de sus perjuicios personales, las hijas del fallecido sostenían que, por su desconexión coexistencial con dicha perjudicada, su perjuicio básico debía insertarse en el grupo II, de acuerdo con el que denomino principio de preterición traslaticia, ligado con el principio relacional o de correspectividad del resarcimiento de los perjudicados secundarios en relación con el resarcimiento del perjudicado principal. Sobre este extremo, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. IV, *El fallecimiento*, cit., pp. 68 ss.

³²⁰ Conclusión interpretativa que supone reconocer que la indemnización básica no incluye componente alguno de perjuicio patrimonial. Así lo captó con acierto la STC 181/2000 y así lo capta en este caso la AP. La indemnización básica sirve para resarcir sólo el perjuicio fisiológico y el daño moral ordinario inherente a él. Así resulta de la regulación tabular en consonancia con lo establecido en el inciso primero de la regla general 7ª del apartado primero del sistema valorativo.

³²¹ La S se refiere al criterio de que, de actuar el responsable con culpa relevante, no pueda aplicarse el factor de corrección por perjuicios económicos. Como dice con acierto, esta solución ablativa es contraria al espíritu [que no a la descuidada letra, ciertamente] de la STC 181/2000.

³²² Así lo destacué en mi libro *La bendición constitucional...*, cit., pp. 182-186.

*derivada del riesgo*³²³. *Ésta es... la tesis que mantiene la SAP Madrid, Secc. 17ª, 96/2002, de 27 de febrero, que se ocupa de forma detallada de la cuestión...*

*No ha sido éste... el único problema al que ha dado paso la STC... Quizá la cuestión de mayor interés sea la consistente en determinar si la... solución que establece para los supuestos de incapacidad temporal es aplicable... cuando el evento dañoso... es un fallecimiento o una lesión permanente*³²⁴.

*CUARTO.- Las demandas de la parte apelante... comienzan... por aquí. Se sostiene... que se ha postulado “la posibilidad de aplicar la doctrina derivada de la declaración de inconstitucionalidad... a la... indemnización por lucro cesante en supuestos de muerte*³²⁵. *En línea con las peticiones formuladas en el juicio oral,... cuantifica el lucro cesante... para las hijas del [fallecido] en... 97.099,83 € para cada una...*

*A continuación, la parte apelante se refiere a la reparación del daño moral. Afirma no sólo que ha de comprenderse en la reparación íntegra del daño sino que, con arreglo a lo que... estima opinión doctrinal prácticamente unánime, “las cantidades fijadas como indemnización básica en la tabla I... se refieren a la indemnización del daño moral y en ningún caso al patrimonial o lucro cesante”*³²⁶. *Por ello,... reclama la cantidad que deriva de la tabla I en este concepto de daño moral, teniendo en cuenta que la cantidad concretada con anterioridad se refiere... exclusivamente al lucro cesante... efectivo...*

*La sentencia apelada incardina a las hijas del fallecido en el grupo I... concediendo a la menor... 36.663 € y a la mayor 14.665 €... como pedimento de naturaleza subsidiaria... Se articula la pretensión de que las perjudicadas sean incluidas, no en el grupo I, sino en el... II... La posición de Begoña... no variaría con este criterio, pero la de... Carmen... experimentaría una mejora sustancial, ya que la cuantía establecida para el supuesto... es de 102.655,35 €. En síntesis, se señala que la tabla está diseñada bajo un principio “relacional o correspectivo” del que deriva... que... la suma adjudicada a cada hijo se reduce en función de la... asignada al cónyuge viudo cuando éste es el progenitor de estos hijos y constituyen un núcleo familiar. En el caso que nos ocupa, la indemnizada... mantenía una relación de unión de hecho con el fallecido, que no era la madre de las perjudicadas y con quienes no constituía un núcleo familiar, mientras que la ex-esposa,... con quien conviven las hijas, no percibe cantidad alguna... Por ello... entiende que la calificación adecuada del supuesto es la de víctima sin cónyuge y con hijos menores*³²⁷...

³²³ Al referirse la AP a los regímenes de imputación de responsabilidad civil subjetiva objetivada y objetiva atenuada, se vale del lamentable acuñamiento doctrinal y jurisprudencial de la “culpa objetiva”, con la que se encierra la significación de una culpa que puede no ser o que simplemente no es. Se trata de una concesión al viejo paradigma del monismo de la culpa como título de imputación de la responsabilidad civil, para no sustituirlo por el efectivo poliformismo de los títulos de imputación, que el que resulta del Derecho positivo (Código civil y Leyes especiales).

³²⁴ Los subrayados que realizo pretenden destacar el pensamiento atinente a la posible proyección de la doctrina de la STC 181/2000 sobre la muerte y las lesiones permanentes impeditivas.

³²⁵ Como vemos por los subrayados, la acusación particular propuso la proyección a que refiere la nota anterior.

³²⁶ Reitero lo dicho respecto de la tercera de las premisas sentadas por el juzgador de primera instancia, con desautorización del criterio propuesto por la acusación particular y cuyo criterio desautorizante fue desautorizado por la AP.

³²⁷ Naturalmente, esa calificación se proponía desde la perspectiva de las hijas del fallecido; pues, para la conviviente *more uxorio*, se estaba ante un supuesto de víctima sin cónyuge, inserta en el grupo I. Se trata, según tengo razonado al estudiar el resarcimiento por parte de muerte, de una exigencia impuesta, al interpretarse la regulación tabular, por la existencia de dos núcleos familiares que, conectados con el fallecido (dada su pertenencia a ambos), están desconectados entre sí (inexistencia de relación vital y afectiva entre los hijos matrimoniales del fallecido y su compañera sentimental). De ahí nace la falta de razonabilidad de que, asignada a la conviviente *more uxorio* la suma básica prevista en la primera regla del grupo I, se adjudique a la hija menor de la víctima, fruto de la unión matrimonial antecedente, la suma básica prevista en la segunda regla de este grupo y no la prevista en la

Lo que sucede es que... no puede entrarse en la cuestión que plantea el recurrente... [pues,] como denuncia la... aseguradora, se está introduciendo... una cuestión nueva... no... debatida en la instancia. El recurso de apelación tiene un carácter devolutivo en virtud del cual el órgano... superior procede a un nuevo enjuiciamiento de los hechos. No existe conceptualmente... limitación en el conocimiento sobre la valoración fáctica y jurídica que efectúa el... inferior, pero... en ningún caso puede pretenderse... que... se extienda a... cuestiones que no fueron objeto de debate... en la instancia... puesto que... se actuaría con violación de los principios de congruencia y contradicción, resolviendo, por primera vez, como si se actuase en... [una primera] instancia... Por... tanto, no puede ahora el apelante sostener que el Juzgado... ha incurrido en error cuando... la omisión ha sido suya al no haber defendido en el juicio... la incardinación en el grupo II³²⁸...

QUINTO. De manera que... ha de entrarse... en el análisis de las pretensiones... en relación con la aplicación del factor corrector... Nos encontramos en un supuesto de culpa..., tan relevante que ha sido... judicialmente declarado como soporte... de una sanción penal,... a título de imprudencia...Esto supuesto,... concurren en el caso... las mismas circunstancias apreciadas por el TC en relación con la incapacidad temporal. La vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad y del derecho a la tutela judicial es exactamente la misma y por los mismos argumentos... Si... se trata... de obtener una reparación integral y... la regulación legal lo impide..., la aplicación del factor... en... caso de fallecimiento, ha de quedar reservada para los supuestos de culpa objetiva³²⁹ y... para aquellos otros en los que no se pretenda una indemnización por encima de lo que... señala el factor³³⁰... Tratándose de una sentencia interpretativa³³¹, pudiera sostenerse³³² incluso que a esa conclusión se llega, no por... coincidencia con los argumentos de la STC 181/2000, sino por una obligada aplicación de lo dispuesto en el art. 5.1 y 3 LOPJ.

El TS no ha aplicado expresamente este criterio, pero ha dejado entrever su postura favorable al mismo en la... STS 2001/2000, de 20 de diciembre³³³... Los términos de esa sentencia han dado paso a una línea doctrinal de las AAPP que defiende esta... postura. Podemos encontrar... pronunciamientos expresamente contrarios a esa aplicación de la doctrina del TC (p. ej., SAP de Alicante, Secc. 1ª, 10/2002, de 8 de enero), pero... encontramos... muchos³³⁴... en los que, con argumentos similares a los anteriores..., que han de compartirse, se opta por esta solución: SAP de Vizcaya, Secc. 1ª, 351/2002, de 28

segunda regla del grupo II.

³²⁸ Como se ve, el debate del recurso se extendió también a la posible operatividad del que denomino principio relacional o de corresponsabilidad de las sumas previstas en cada grupo tabular, conectado con el preterición traslaticia; principios ambos que, con otros, informan la regulación básica del resarcimiento de los perjuicios personales (morales) causados por la muerte, haciendo posible su racionalidad judicial. De tales principios normativos me he ocupado en *La valoración civil...*, cit., t. IV, *El fallecimiento*, cit., pp. 125-131. Lamentablemente, se reputó que la pretensión deducida constituía una “cuestión nueva”, no suscitada en la primera instancia; y por ello no se entró a conocer de ella. Pero la duda que suscita esta solución obstativa es si el importe reclamado en el juicio por las hijas del fallecido permitía cuantitativamente, en aras a la congruencia, su reconocimiento en la segunda instancia, pues, de ser así, la correcta interpretación judicial de la regulación hubiera permitido el reconocimiento de la suma pertinente.

³²⁹ Reitero lo dicho respecto a la utilización de este sintagma que, en definitiva, corresponde a una ficción posibilista carente de sentido.

³³⁰ Las frases subrayadas contienen la justificación de la trasposición al caso de la muerte de la doctrina de la STC 181/2000.

³³¹ Tal es el criterio al que me atuve en *La bendición constitucional...*, cit., pp. 173-177.

³³² Expresión de modestia eufemística. Lo que se quiere decir es que puede sostenerse y que, en definitiva, se sostiene.

³³³ La S que transcribimos reproduce la fundamentación de la sentencia que cita, en la que, de forma más bien intuitiva, se utiliza la expresión técnica de circunstancias excepcionales. Sobre esta sentencia y sobre la de 2 de abril de 2001, me remito a su estudio en esta misma ponencia.

de mayo³³⁵; SAP de Valencia, Sec., 5ª, 281/2001, de 15 de octubre³³⁶; SAP de Teruel 38/2001, de 10 de mayo³³⁷; SAP de La Rioja 24/2001, de 21 de febrero³³⁸ ... [; y] la SAP de Guipúzcoa, Secc. 2ª, 2092/2001, de 12 de febrero.³³⁹

SEXTO... La representación de las hijas del fallecido [formula una] petición... clara: que se les reconozca un lucro cesante superior al que permite la aplicación del factor corrector... con base en la prueba que se aporta... Con arreglo a una doctrina jurisprudencia incólume,... el lucro cesante como concepto indemnizatorio ha de ser objeto de cumplida acreditación por quien lo alega. Se trata de reparar... [las] ganancias dejadas de obtener conforme a una expectativa cierta y consistente, de modo que sólo pueden incluirse... los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha podido materializar debido al hecho lesivo, no incluyéndose... los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna³⁴⁰.

Conforme a convenio regulador... aprobado... en... 1996, el fallecido venía obligado a satisfacer en concepto de contribución al sustento de sus hijas... 40.000 Pts. [mensuales] para cada una de ellas, cantidad actualizable conforme al IPC y que se extenderá “aún

³³⁴ De acuerdo con una técnica de expresión jurisprudencial que es muy usual, parecería que, a la luz del texto de la S que reseñamos, el criterio de no resarcir el resarcimiento del lucro cesante efectivamente causado por la muerte, al margen y por encima de la suma resultante de la regulación tabular, es minoritario; y que, en cambio, es mayoritario el criterio positivo. Lamentablemente, hoy por hoy, prima la insensibilidad judicial casada con el literalismo acrítico y romo; y, por tanto, sucede lo contrario.

³³⁵ Pte. Ilmo. Sr. Herrera Cuevas. Para la reseña y comentario de esa S, me remito a su estudio en esta misma ponencia.

³³⁶ Ilma. Sra. Sifres Solanes. Esta S asume *obiter dictum* la doctrina de la “trasposición”, pero corresponde a un supuesto de un joven soltero que, carente de ingresos, convivía con sus padres, por lo que, acreditada la inexistencia de lucro cesante, se confirmó el, en mi concepto, equivocado criterio de que no procede aplicar ni siquiera el factor de corrección por perjuicios económicos, de modo que, en este caso, los padres del fallecido percibieron una indemnización menor que la que hubieran recibido de no existir la STC 181/2000, generándose un efecto no querido por ella; y ello por no saber interpretarla.

³³⁷ Ilma. Sra. Rivera Blasco. Esta S asume también *obiter dictum* la doctrina de la “trasposición” en un supuesto en que se reclamaba el lucro cesante causado por las lesiones temporales impeditivas, ascendiendo su importe a cantidad inferior a la resultante del factor de corrección por perjuicios económicos, por lo que, reputándose incompatible uno y otro resarcimiento, se mantuvo la segunda cifra.

³³⁸ Ilmo. Sr. Mota Bello. Esta S asume la doctrina de la “trasposición” en un caso de muerte, pero sólo como *obiter dictum*, pues en el caso se había fijado la indemnización tabular para los padres del fallecido, con aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos, mediante un pronunciamiento que era combatido por la aseguradora condenada, al sostener que se había reconocido a los padres una indemnización superior a la resultante de la regulación tabular, sin que la fundamentación expuesta por la AP para desestimar el recurso (falta de motivación o fundamento) permita saber la consistencia real de la impugnación. Da la sensación, por otra parte, de que el JI había reconocido indemnización también a los hermanos mayores del fallecido, adjudicando a cada uno 500.000 Pts. y que, impugnada esta indemnización por la aseguradora, la AP desestimó el motivo mediante el siguiente decreto: “en lo relativo a las indemnizaciones a favor de los hermanos, que incluso podrían no haberse concedido [evidentemente, por no aparecer incluidos en el grupo IV de la tabla I], ha de estarse a las cantidades fijadas en la sentencia de primera instancia”. Ante ello, sólo cabe decir: ¡Menuda menudencia de fundamentación!

³³⁹ Ilmo. Sr. Hoya Coromina. Esta sentencia asume la doctrina de la “trasposición” en un caso de lesiones permanentes, pero no reputa probado el lucro cesante.

³⁴⁰ Reitero lo dicho en una de las notas precedentes sobre el origen de este acuñamiento jurisprudencial tan socorrido. El problema del mismo es que, en muchísimos casos, quien se imagina los sueños de fortuna es el juez y no quien sufre el perjuicio; y es el propio ensoñador el que rompe voluntariamente la lechera. Se trata de una postura que goza de honda tradición doctrinal en nuestro país. Así, José-Pío CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil...*, cit., t. 3, *Derecho de obligaciones...*, cit., p. 145) decía que “la experiencia constante nos enseña que las demandas de indemnización más exageradas y desmedidas tienen su asiento en este concepto imaginario de las ganancias no realizadas”. Es el espíritu que animaba a José-María MANRESA NAVARRRO, quien decía (*Comentarios al Código civil español*, 4ª ed., Reus, Madrid, t. 8 [arts. 1106-1107], pp. 94-95) que el reconocimiento de una indemnización exigía una “prueba robusta”, de acuerdo con el criterio de la “prudencia forense” del TS que lucha contra el “apasionamiento del litigante” y evita “la discusión incesante sobre la cuantía de los daños y perjuicios”. El problema es que, con enorme frecuencia, la pretensión del resarcimiento del lucro cesante se interpreta como el deseo de obtener un lucro incesante.

después de adquirida su mayoría de edad y hasta tanto éstas no hayan terminado su formación por causa que no les fuere imputable”. En la fecha de los hechos... satisfacía por este concepto... 91.000 Pts. mensuales, según... las... transferencias. Se estableció también que los gastos extraordinarios serían sufragados a mitades e iguales partes entre los dos progenitores. Como consecuencia de... ello..., la sentencia apelada no deja de reconocer “el perjuicio que... ha producido la muerte... a las hijas que se encuentran cursando estudios y a cuyo sostenimiento... contribuía el fallecido por mitad”. Se trata de una afirmación... que tiene apoyo en documentos que acreditan los ingresos efectuados por aquél en la cuenta de su ex-cónyuge en la que se cargaban los recibos girados por la Universidad de la hija mayor.

La realidad de estas circunstancias no puede ser cuestionada... Estamos hablando de la manutención y de la formación y... nos encontramos ahora con la necesidad de dar una solución reparadora de la decisiva repercusión del fallecimiento de quien hacía frente nada menos que a la mitad de los gastos ocasionados por necesidades tan básicas. La realidad del lucro cesante, en su manifestación más descarnada que entraña la pérdida de la persona de quien se depende económicamente, es evidente...

Begoña... tenía 19 años... en la fecha del accidente. Se disponía a iniciar el 2º Curso de... Odontología en una Universidad Privada de Madrid y se alojaba en una Residencia de Estudiantes. La reclamación que... formula parte del cálculo de cinco conceptos (coste anual del curso, alojamiento, gastos de material, desplazamientos, viajes a Estados Unidos para realizar cursos de inglés) que pudieran³⁴¹ conceptuarse... comprendidos en la formación, añadiendo... la pensión mensual por manutención... destinada a sufragar... gastos distintos a los indicados... Puesto que el [fallecido]..., se dice, hubiera seguido manteniendo a su hija y sufragando la mitad de sus gastos al menos durante cinco años desde que... deja de obtener los ingresos de su padre, mediante esta multiplicación... se llega al establecimiento de la suma... de 97.099,83 € que... reclama.

Es de apreciar el esfuerzo efectuado para concretar el alcance de la merma patrimonial producida. Igualmente, no puede por menos que compartirse la alegación [de que]... la reclamación no se funda en vanas esperanzas o pérdidas dudosas, constituyendo una consecuencia lógica y racional de una realidad preexistente. La perjudicada percibía de su padre una aportación material de entidad en relación con su manutención y sus estudios que podría razonablemente esperar continuara durante el plazo de se señala... Desde esa perspectiva, han de estimarse probados los gastos correspondientes al coste anual del curso y alojamiento en residencia estudiantil, respectivamente, para el curso escolar 2002-03, 14.031 y 9.870,75 €. Es indudable que los estudios lejos del hogar familiar llevan aparejada la necesidad de desplazamientos, mas no puede compartirse,... que deban producirse con la frecuencia que se señala y menos... en avión. El gasto que se prevé para esta necesidad con carácter anual es excesivo. Ha de adoptarse un criterio de prudencia igualmente,... en lo que... refiere a los viajes a Estados Unidos en verano, que no tienen por qué resultar absolutamente precisos para completar los estudios de inglés que se señalan³⁴². Moderando sensiblemente estos conceptos, y dividiendo por dos la suma total llegamos al establecimiento de una suma anual de 12.500 €³⁴³, a la que ha de

³⁴¹ *Rectius*: pueden, deben.

³⁴² La AP se atiene a un criterio que parece excesivamente riguroso, máxime si tenemos en cuenta la suma que se asigna a este concepto perjudicial, según resalto en la siguiente nota. Se trata de un criterio que, más que riguroso, es sencillamente equivocado, porque no se trata de ver si esos gastos eran o no suntuarios, sino si lo sufragaba o no el padre, bajo el entendimiento de que, de ser sufragados por él, se habrían de insertar en el ámbito del lucro cesante padecido por la hija.

³⁴³ Esto significa que los gastos mensuales de formación se cifran en 25.000 € y, dado que el coste del curso en sí y del alojamiento de la interesada fuera de su domicilio se cifra en 23.901,75 €, el coste anual calculado por desplazamientos ligados a la formación profesional se cifra en la suma anual de 1.098,25 €. Téngase en cuenta que

sumarse la correspondiente a la percepción de la pensión derivada de la separación matrimonial, para el año 2002, de 3.295,50 €.

Procediendo a la multiplicación por cinco antes anunciada, llegamos a un total de 78.950 €... Sumando la cantidad de 2.337 € que se acredita [por gastos de material], llegamos a un total de 81.287 €. No procede la... actualización que se solicita. Esa actualización se aplica cuando se percibe en un momento posterior una deuda que se ha generado con anterioridad. Aquí... se efectúa,... una previsión de gastos futuros, resultando evidente que esa cantidad global..., una vez... en manos de la perjudicada, podrá ser objeto de inversión del modo más adecuado para que produzca rendimiento, neutralizando... el efecto de la devaluación... que pudiera producirse³⁴⁴. Esa es... cantidad que ha de ser reconocida a... Carmen... en concepto de lucro cesante,... cantidad que nada tiene que ver con la reconocida... como aplicación de factor corrector³⁴⁵.

Se reclama la misma suma para Begoña... alegando que es más que probable que los gastos que fuera a generar hasta su emancipación económica sean iguales que los de su hermana [y]... que es presumible que la independencia económica no se alcance antes de los 23 años... y, finalmente, que sólo la pensión de alimentos por un período mínimo de diez años habría ascendido a... 32.920 € que, tras la oportuna actualización debería establecerse en 46.911 €.

Puede compartirse³⁴⁶ este último argumento de la mayor duración de la pensión alimenticia, con la... reserva de la actualización antes indicada, y... la razonabilidad del plazo... que se maneja, hasta llegar al fin del período de formación y, con éste, de la percepción de la pensión establecida en el proceso matrimonial. La cuestión más delicada es lógicamente la relativa a la determinación del lucro cesante que pudiera relacionarse con sus expectativas de formación académica,... porque... no tienen... en la actualidad... concreción.

Hasta la edad de 23 años que se toma como referencia puede aceptarse razonablemente la realización de una carrera universitaria en la progresión académica de un estudiante con un rendimiento normal... Es cierto, además, que, si atendemos al término de comparación que puede suponer su hermana, ha de concluirse que la previsión para este gasto efectuada por los padres, se corresponde con un desembolso económico importante.

Ahora bien, no habiendo accedido todavía Begoña... a ese nivel de estudios, no puede por menos que valorarse... que... hay... otras posibilidades a las que puede optar... que no precisen de una previsión de gasto similar. No puede seguirse el razonamiento de la acusación particular equiparando las necesidades de las dos hermanas porque en un caso se parte de una realidad cierta mientras que en otro, aun estimando que estamos ante una

esta partida resarcitoria no corresponde en sí a que el responsable del daño tenga que abonar los gastos de unos desplazamientos especiales y de unos cursos especiales, sino a que debe resarcir la suma que el padre destinaba efectivamente a tales conceptos, por lo que el concepto de la normalidad y de la estricta prudencia en el gasto no se compagina con el sentido del resarcimiento de que se trata. Recuérdese que, como ha dicho reiteradamente el profesor Fernando PANTALEÓN PRIETO, el instituto de la responsabilidad civil, cuando se proyecta sobre daños y perjuicios materiales, sirve para dar al pobre su pobreza y al rico su riqueza. Por eso, no cabe criticar ni el número de viajes ni que los mismos se hicieran en avión, sino aceptar que el padre de la víctima sufragaba la mitad de su importe.

³⁴⁴ Tiene razón la S. Los incrementos nominales de actualización que se habrían producido en el futuro se compensan con la ventaja del anticipo, careciendo de sentido que en el presente se perciba una actualización venidera.

³⁴⁵ Naturalmente, la AP contrasta la distancia que existe entre la suma que por perjuicios económicos reconoció el JI a la perjudicada Carmen, ascendente a 9.166 € y la que ella reconoce en concepto de lucro cesante, ascendente a 81.287 €.

³⁴⁶ *Rectius*: se comparte, se acepta.

expectativa razonable, ésa no ha alcanzado el mismo grado de materialización. Esta situación desigual permite aplicar... un trato diferenciado... En otro caso nos estaríamos desviando de las características del lucro cesante... Se trata de establecer una cantidad que puede representar una dotación para una formación académica razonable, atendiendo... a las posibilidades que derivan de la capacidad económica de los padres...

Aplicando estas consideraciones... se concede una indemnización... por este concepto, descontando el concepto de gastos por material, de 62.500 €. Partiendo de esta cifra, se considera prudencial el establecimiento de... 21.000 €, que ronda el tercio de aquélla y que,... partiendo de... que... la madre... aportase una cantidad similar permitiría correr con los gastos de una enseñanza universitaria de un coste... superior a la que pudiéramos estimar con arreglo a la experiencia común como media. A esa cantidad, habrá de sumarse... la suma correspondiente a diez años de pensión establecida judicialmente y destinada a cubrir otras necesidades..., esto es... 32.955 €. El total a indemnizar por el concepto de lucro cesante es de 53.955 €.

Al igual que en el otro caso, la cantidad no tiene nada que ver con el factor de corrección aplicado por la sentencia³⁴⁷ y que el criterio expuesto... permite superar... Lo relevante es que el daño ha sido calculado no en atención a lo que consta en relación con la capacidad económica del fallecido, sino analizando la prueba practicada en relación con la situación patrimonial,... en que han quedado las hijas como consecuencia del fallecimiento.

La solución es indudablemente mucho más... acorde con el criterio de resarcimiento íntegro del perjuicio causado que la que recoge la sentencia apelada, que no... insensible a la situación de las perjudicadas..., aprecia expresamente... el máximo de factor corrector que permite el tramo correspondiente de la tabla.

Sin perjuicio de las apostillas que he ido introduciendo a medida que se reproducía el texto de esta sentencia, lo cierto es que sus excelentes razonamientos se comentan por sí mismos.

³⁴⁷ La AP contrasta la distancia existente entre la suma que por perjuicios económicos reconoció el JI a la perjudicada Begoña, ascendente a 3.666 €, y la que ella reconoce en concepto de lucro cesante, ascendente a 53.955 €.

Escucha a... Celso que en el pórtico... se dirige... a... los jueces, advirtiéndoles... que vean, provean, miren por debajo, miren de arriba abajo, miren alrededor, miren en su interior, y se guarden siempre de no salirse del surco... Hay muchas cosas que el Legislador no puede prever y concretar. El juez, que da vida y sostiene... las Leyes, ha de ver estas cosas y aplicará la Ley a la naturaleza del asunto de que se trate (Luis VIVES)

6.- La recepción de la teoría normativa del doble trípode de circunstancias de índole dañosa en la jurisprudencia provincial.

6.1.- SAP de Madrid (Secc. 10ª) de 20 de mayo de 1999

Antes, desde luego, de que se dictara la STC 181/2000, de 29 de junio, la SAP de Madrid (Secc. 10ª) de 10 de mayo de 1999³⁴⁸, resolutoria de apelación dimanante de un juicio verbal civil del automóvil, abordó y resolvió de forma perfecta la cuestión del resarcimiento del lucro cesante, de acuerdo con una correcta interpretación del sistema legal de valoración. La consistencia del pleito queda recogida con gran precisión en el segundo de sus fundamentos, que es del siguiente tenor:

A través de la demanda rectora... Don F. ..., ejercitando acción resarcitoria por culpa extracontractual, postulaba... la cantidad de 156.450,- Ptas., en concepto de lesiones temporales, a razón de 3.129,- Ptas. por cada uno de los 50 días que invirtió en curar de las mismas... [3.000,- Ptas. más 129,- Ptas. por aplicación del porcentaje del 4,3%, IPC de 1995 para 1996], más... 555.000,- Ptas., en concepto de perjuicios económicos durante ese mismo período, durante el cual afirma no haber... desempeñado su actividad como conductor autónomo de auto-taxi, a razón de 11.100,- Ptas. por día, conforme a la certificación suministrada por la Asociación Gremial del Taxi.

Los codemandados... se opusieron parcialmente a las pretensiones articuladas..., ofreciendo... 170.280,- Ptas., a razón de 3.405,- Ptas. por cada uno de los 50 días de lesión, [es decir, 3.096,- Ptas.], más el 10% del factor de corrección por perjuicios económicos, en el que reputaba comprendida la partida de lucro cesante..., invocando duplicidad indemnizatoria... y... considerar excesiva la suma... de 11.100,- Ptas. por día, sin tener en cuenta... gastos... y... días libres... y... que el actor había percibido una pensión del Régimen de Autónomos de la Seguridad Social.

Tramitado el juicio verbal, el JPI 13 de Madrid dictó S, de 19 de septiembre de 1997, que resume el tercero de los fundamentos de la apelatoria, en los siguientes términos:

³⁴⁸ Pte. Ilmo. Sr. Gordillo Álvarez-Valdés. La doctrina de esta sentencia se reitera en sentencias posteriores de la misma Sección: 10 de julio de 1999, 9 de octubre de 1999 y 14 de octubre de 1999 (Pte. Ilmo. Sr. Illescas Rus).

La S de instancia, estimando parcialmente la demanda..., condena a los demandados a abonar al actor la cantidad... resultante de aplicar... por día de baja... 3.000,- Ptas.,... actualizada con el... IPC... [del] 3,2% para el año 1996, y aplicado el factor de corrección de la tabla V..., al ser los ingresos del actor inferiores a 3.000.000,- Ptas.,... [de modo que, multiplicada la suma diaria de 3.405,- Ptas. por los 50 días de incapacidad, se fijó la suma de 170.280,- Ptas.], rechazando el pedimento relativo al lucro cesante, a cuyo efecto razona que... el informe de la Asociación Gremial... dice que la recaudación media... es de 11.100,- Ptas.,... [pero que] habrían de deducirse todos los gastos... [y] como consta en la declaración de I.R.P.F. de 1995 los ingresos netos... [de] 1.415.505,- Ptas. anuales,... los ingresos netos diarios ni... siquiera llegarían a las 4.000,- Ptas.,... [debiendo tenerse en cuenta además que el actor] recibió las... prestaciones de la Seguridad Social,... al estar adscrito al régimen de autónomos... En consecuencia,... esto... lleva a entender que la indemnización de 3.405,- Ptas. diarias... [es] suficiente, tanto para los daños, incluidos los morales, y de igual manera el lucro cesante...

Recurrida tal resolución por el actor e impugnado el recurso por los demandados, el quinto fundamento de la S resume el debate de la siguiente forma:

Frente a dicho pronunciamiento... interpone recurso... el demandante, postulando... en sustancia: 1.- que el hecho de no deducir gasto alguno de la cantidad certificada por la Asociación Gremial no comporta enriquecimiento injusto; 2.- Que no hay contradicción entre los ingresos brutos certificados... y los ingresos netos que figuran en las declaraciones fiscales, pues, para obtener éstos, han de percibirse aquéllos, hallándose incluidos los gastos necesarios en la noción de ganancias dejadas de percibir del art. 1.106 C.c.; 3.- Que las cantidades percibidas en concepto de pensión... de la Seguridad Social no... pagan... el lucro cesante...; 4.- Y... que no cabe meter en el mismo bloque indemnizatorio todos los conceptos reclamados, aduciendo que, por un lado, están los días de incapacidad... o daño moral... y, por otro lado,... el lucro cesante... Los demandados apelados impugnan el recurso reproduciendo los argumentos de su oposición a la demanda y por los propios fundamentos de la resolución recurrida.

Sentado lo anterior, la sentencia dedica, con excelente técnica, el quinto fundamento a la fijación de los hechos probados, como presupuesto material para resolver el recurso, declarándose al respecto:

La correcta resolución de las cuestiones litigiosas sometidas a enjuiciamiento en esta alzada, precisa partir, como premisas... inequivocales, de los siguientes hechos... A) el 22 de julio de 1996..., el vehículo auto-taxi... fue colisionado por alcance trasero por la furgoneta... B) a consecuencia de la colisión,... Don F... sufrió daños corporales consistentes en un esguince cervical del que curó sin secuelas a los 50 días, durante los cuales estuvo impedido para... sus ocupaciones habituales... C) la Asociación Gremial de Auto-Taxi de Madrid certificó... que la recaudación media diaria de un auto-taxi en jornada normal asciende a... unas 11.100,- Ptas... D) en la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al ejercicio de 1995, Don F...

consignó como rendimiento neto sometido al régimen de estimación objetiva por signos, índices o módulos, la cantidad de 1.415.505,- Ptas... E) Don. F... percibió una pensión con cargo al Régimen Especial de Autónomos de la Seguridad Social...

La resolución del recurso se articula a través de los sucesivos fundamentos:

SEXTO.- La reparación de los daños y perjuicios causados a las personas con ocasión de un accidente del tránsito rodado se atiende... a los tres principios torales enunciados en las Disposiciones Generales del apartado I de la Recomendación 75/7, de 14 de marzo, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la reparación de los daños en los casos de lesiones y fallecimiento, cuales son: a) el de reparación íntegra: "la persona que ha sufrido un perjuicio tiene derecho a su reparación, en el sentido de que debe ser repuesta en una situación tan parecida como sea posible a la que tuviera si el hecho perjudicial no se hubiera producido"; b) el de actualización del valor: "la indemnización reparadora del perjuicio se calcula según el valor del daño al día del enjuiciamiento"; y c) el de vertebración o liquidación analítica: "en la medida de lo posible, el juez debe mencionar el desglose de las indemnizaciones acordadas por los diferentes tipos de perjuicios sufridos por la víctima".

Así, el principio de reparación íntegra aparece recogido en el art. 1.2 de la Ley de Responsabilidad civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor..., cuando dispone que... [reproducción del texto] y encuentra confirmación expresa en la regla 7ª, inciso segundo, del apartado primero del sistema... anexo..., cuando, tras aludir... el inciso primero a que... [reproducción del texto], previene que...[reproducción del texto].

El principio de actualización de valores es expresión cumplida y realización concreta del principio de reparación íntegra, pues la congelación de las cuantías indemnizatorias al tiempo del accidente determinaría poner a cargo de la víctima o perjudicado el detrimento... aparejado al transcurso del tiempo entre dicho instante y el de la efectiva percepción del resarcimiento y, en consecuencia, que éste no fuera completo; y a él atiende el art. 1.106 C.c., mediatamente la regla 10ª del apartado primero del sistema, y, con práctica unanimidad, nuestra jurisprudencia (Por todas, v. gr., SSTS, Sala 1ª, de 20 de mayo de 1977, 22 de abril y 1 de diciembre de 1980, 19 de julio de 1982, 19 de noviembre de 1984, 21 de noviembre de 1998).

Finalmente, el principio de vertebración indemnizatoria, de carácter instrumental, en cuanto permite discriminar las concretas circunstancias dañosas que se ponderan para fijar la indemnización, los diferentes perjuicios y conceptos resarcitorios que, al propio tiempo, consigue y demuestra que la indemnización es efectivamente íntegra, se encuentra plenamente acogido en el sistema, en cuanto individualiza los conceptos dañosos traducidos en partidas resarcitorias perfectamente diferenciadas, impidiendo que la expresión de una indemnización global prive de valor demostrativo el cumplimiento del mandato de la reparación completa.

SÉPTIMO.- Así, el sistema realiza la individualización del resarcimiento de los daños corporales, desglosando las consecuencias extrapatrimoniales y las patrimoniales del daño corporal. A su vez, las primeras, a las que otorga la relevancia natural derivada de la índole estrictamente personal de los bienes afectados, se descomponen en una triple división entre consecuencias dañosas generales, especiales y excepcionales. Las generales están constituidas por el estricto daño biológico, fisiológico, anatómico,

orgánico en sí mismo, y el daño moral básico u ordinario inherente al mismo -inciso primero de la regla general 7ª; apartado A) de la tabla V; y la interrelación de las tablas VI y III-. Las especiales que, por su carácter típico, se prestan a su individualización y codificación tabular, están representadas por los factores de corrección incluidos en las tablas II y IV, salvedad hecha de los gastos. Y las excepcionales, que son aquéllas que, por su propia singularidad, escapan a las pautas de una catalogación apriorística, se deben ponderar "in concreto" a través del mandato... contenido en la norma... del inciso segundo de la regla general 7ª..., en el entendimiento de que su determinación cuantitativa ha de ser proporcionada a las sumas resultantes de la aplicación de las tablas, de acuerdo con el criterio de equilibrio que impone la consideración del sistema como conjunto normativo orgánico.

Por su parte, en la dimensión estrictamente patrimonial del daño corporal, se distingue la misma tríada de circunstancias. Las generales, representadas, de un lado, por los gastos intrínsecamente necesarios, que han de satisfacerse "en todo caso" y "además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas", conforme a lo ordenado en la regla general 6ª -gastos de asistencia médica... y de entierro y funeral-, y, de otra, el perjuicio patrimonial básico reconocido en los factores de corrección por perjuicios económicos de las tablas II y IV, y en el apartado B) de la tabla V. Las especiales, cuya tipicidad permite que se puedan aislar para asegurar su resarcimiento, están representadas por los conceptos de "necesidad de ayuda de otra persona", "adecuación de vivienda" y "adecuación del vehículo propio", de la tabla IV. Y las circunstancias excepcionales, resarcibles a tenor de lo establecido en el inciso segundo de la regla general 7ª..., están constituidas por los gastos contingentes o eventualmente necesarios (colaterales), por la pérdida o limitación de la capacidad de trabajo y por el lucro cesante, concepto éste ontológicamente diverso al de "perjuicios económicos", tanto desde el punto de vista semántico, cuanto material, habida cuenta que su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre un valor orientado a resarcir un daño estrictamente extrapatrimonial y las cantidades resultantes no alcanzan a satisfacer las pérdidas concretas de ingresos, cuando existen, por lo que únicamente sirven para compensar un perjuicio patrimonial básico, legalmente presumido y abstractamente tasado, compatible, por tanto, con la reparación del lucro cesante.

OCTAVO.- Si... hubiera de entenderse que el lucro cesante, en los casos en que efectivamente se produce, se resarce mediante la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos, sería... postular que el sistema no contempla, margina y aun impide su resarcimiento... Lo primero supondría que la omnicompreensiva y exhaustiva relación de menoscabos, que el art. 1.2 de la Ley... ordena cuantificar "en todo caso" de acuerdo con el sistema, se resuelve en una mera declaración de intenciones puesta al servicio de la efectiva confiscación y, además, contraria al principio constitucional de igualdad, en la medida en que el lucro cesante... encuentra amparo... en el art. 1.106 C.c., para los eventos dañosos acaecidos en ámbitos... de actividad ajenos al de la circulación motorizada. Tampoco cabe sostener, en puridad, que cabe su indemnización al margen del sistema, de acuerdo con la disciplina común de la responsabilidad civil, pues ello comportaría la transgresión de la norma terminante del... [señalado precepto].

Únicamente cabe, pues, en el ámbito de un sistema configurado legalmente como vinculante y en el que los baremos o tablas no agotan su contenido, entender racional y razonablemente que no sólo permite, sino que ordena la plena reparación del lucro cesante. Basta a tal efecto con partir del carácter imperativo de la norma del inciso segundo de la regla general 7ª... y reparar en que... expresa el mandato de la reparación íntegra cuando afirma que asegura "la total indemnidad de los daños y perjuicios" y establece los criterios y circunstancias a considerar para lograr su efectividad, entre las

que se menciona explícitamente "la pérdida de ingresos", que no es tomada en consideración por las tablas. Por lo demás, a este mismo criterio se atienden las SSAP de Sevilla, Secc. 1ª, de 26 de diciembre de 1997 y 31 de diciembre de 1997, y Secc. 7ª, de 7 de abril de 1998; y de Córdoba, Secc. 3ª, de 4 de junio de 1998. Obsérvese que el adverbio de cantidad "además", contenido en el inciso segundo de la regla general 7ª... evidencia que se trata de un "plus" que necesariamente ha de operar sobre unos conceptos, y éstos no son otros que los precedentemente mencionados en la misma regla, integrados por los daños morales y psicofísicos y patrimoniales básicos, idénticos para todos los perjudicados, que son los que contemplan las reglas estrictamente tabulares.

NOVENO.- El juzgador "a quo" parece no rechazar... terminantemente la posibilidad de compensar, de acuerdo con el sistema, el lucro cesante, aunque desestima la pretensión... por considerar que la pérdida de ingresos no se encuentra acreditada. El argumento empleado parece confundir, empero, la pretendida falta de relevancia de unos determinados índices de valoración del daño producido con la inexistencia de los daños en sí mismos. Como tiene declarado esta misma Secc. en... sentencia de 6 de marzo de 1999, no puede desconocerse... el principio de reparación íntegra que preside el instituto de la responsabilidad civil..., conforme al cual el perjudicado tiene derecho a que sus esferas jurídicas patrimonial y extrapatrimonial queden plenamente restauradas y repuestas al umbral de la indiferencia económica, esto es, a un ser y estado idéntico o equivalente al que presentaba en el instante inmediatamente anterior al en que sobrevino el evento luctuoso...[y esta reparación íntegra] comprende tanto el menoscabo o pérdida sufridos... cuanto las ganancias dejadas de obtener o lucro cesante, de acuerdo con lo establecido en el art. 1.106 C.c. A propósito de este último, la Sala 1ª del TS tiene reiteradamente declarado que, en su apreciación, los órganos jurisdiccionales han de conducirse con criterios restrictivos, cuidando de que concurren datos objetivos extraídos de hechos ciertos, terminantes, patentes y debidamente probados (sentencias... de 3 de noviembre de 1892, 17 de noviembre de 1954, 6 de mayo de 1950, 6 de marzo y 22 de junio de 1967, 6 de junio de 1968, 25 de junio y 6 de julio de 1983, 3 de junio de 1993, 24 de abril y 11 de noviembre de 1997, entre otras), al objeto de que no se resarzan ganancias ilusorias, dudosas, contingentes o sólo fundadas en esperanzas (sentencias... de 13 de febrero de 1984, 17 de diciembre de 1990, 6 de septiembre de 1991, 16 y 30 de junio de 1993, 7 de mayo de 1994, 15 de febrero de 1995, 8 de junio y 25 de octubre de 1996, entre otras), en el bien entendido, como se cuida de precisar la... de 5 de octubre de 1992, que la incertidumbre enervatoria de su reconocimiento es la que afecta exclusivamente al hecho mismo de la existencia o producción de la pérdida de ganancia, no la que únicamente atañe al "quantum", sin que pueda olvidarse, como razona la doctrina científica, que, entre la demostración absoluta y segura de que la ganancia se iba a obtener y el reconocimiento de indemnización en todos los casos en los cuales aparezca como meramente posible o esperada con racional fundamento, media la ponderación de un rigor probatorio razonable y de la razonable verosimilitud que arrojen las circunstancias concurrentes en cada caso particular y el curso normal de los acontecimientos (sentencias... de 22 de octubre y 30 de noviembre de 1993).

DÉCIMO.- De acuerdo con lo alegado y admitido de consuno por los litigantes..., la resolución recurrida reconoce que, durante el período que el actor invirtió en la curación de sus lesiones..., no pudo dedicarse al desempeño de su actividad profesional como conductor autónomo de auto-taxi... Más, aunque admite que, de acuerdo con las declaraciones tributarias del demandante, éste hubiera percibido unos ingresos netos próximos a las 4.000,- Ptas., ni siquiera le reconoce el derecho a ser resarcido en esa cantidad, al tiempo que rechaza el importe figurado en la certificación emitida por la Asociación Gremial... porque el actor no deduce los gastos.

En este sentido, la Sala comparte el criterio del juzgador "a quo"... No puede atenderse acríticamente a una certificación genérica de ingresos brutos medios, en la medida en que... proviene de parámetros abstractos... y no se descuentan gastos derivados de la utilización del vehículo y que no se producen cuando... no se encuentra en servicio -v. gr., combustible, desgaste de elementos consumibles-, sin que la falta de concreta prueba del beneficio neto obste, como cuestión estrictamente cuantitativa, al acogimiento de la pretensión "ex" art. 360 L.e.c. Por otra parte, tampoco pueden contemplarse mecánicamente los ingresos declarados a efectos fiscales en régimen de módulos, signos o índices, en cuanto no reflejan el importe efectivamente percibido en tal concepto, pues se tributan cantidades alzadas con independencia de que los ingresos sean superiores o inferiores.

A su vez, y por propia definición, este Tribunal no puede compartir el criterio del apelante a propósito de que la expresión "ganancia dejada de obtener" del art. 1.106 C.c. sea equivalente a ganancia bruta, por la potísima razón de que únicamente cabe reputar "ganancia" en sentido propio el residuo resultante... de deducir los gastos necesarios para obtenerla. Algo análogo cabe decir en relación con... la percepción de una pensión del Régimen Especial de Autónomos de la Seguridad Social... que... produce una disminución correlativa del lucro cesante. Así, una vez distinguidos los conceptos resarcitorios por daño moral y por perjuicio patrimonial, se deben computar, a los efectos de este último, las prestaciones salariales sustitutivas, que necesariamente lo disminuyen. De igual modo, y habida cuenta el obligatorio período de descanso de día y medio semanal, esta Sala estima que la cantidad a conceder debe moderarse de las 11.100,- Ptas. solicitadas hasta la cifra de 7.000,- Ptas. por 50 días, por lo que la indemnización... ha de ascender a... 280.000.- Ptas.

UNDÉCIMO.- Por respeto al principio de congruencia, al reproducir el recurrente las peticiones deducidas en el escrito alegatorio inicial de la litis, los 50 días de curación han de ser valorados conforme a la cantidad básica solicitada de 3.000,- Ptas. por día, actualizada... con el incremento porcentual del IPC del año 1996 del 4,3% y no del 3,2% concedido en la sentencia apelada que correspondió al año 1997 y que no fue cumulativamente solicitado, lo que arroja un total [de] 156.450,- Ptas. [3.000 + 129 = 3.129 x 50], y sin que, de acuerdo con lo expresamente peticionado, haya lugar a aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos.

La excelente estructuración de esta S y la cabal interpretación del sistema legal de valoración que contiene, partiendo de los postulados fundamentales de la Resolución del Consejo de Europa de 1975, me releva de hacer especiales comentarios³⁴⁹, habida cuenta que se atiene precisamente a las pautas interpretativas que derivan de la aceptación de que el sistema legal asume la teoría valorativa del doble trípode de circunstancias de índole dañosa.

³⁴⁹ Simplemente, debe resaltarse el dato de que la S se abstuvo de incrementar la indemnización básica de las lesiones temporales con una doble actualización consecutiva, la de 1995 para 1996 y la de 1996 para 1997, al no haberse solicitado ésta en la demanda, entendiendo la S que quedaba impedida tal actualización por las exigencias de la congruencia. También por tales exigencias, la sentencia se abstuvo de aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos, con el que incrementar la indemnización básica por lesiones temporales, al no haber sido postulada su aplicación, pues el actor partía de la base de que el resarcimiento de un lucro cesante, por un importe superior al resultante de aplicar la norma tabular, impedía la aplicación de ésta, quedando claro que la S no comparte tal criterio y que el resarcimiento del perjuicio patrimonial básico (a través del señalado factor) y el del lucro cesante acreditado son perfectamente compatibles.

En todo caso, centrándonos en la cuestión estricta del resarcimiento del lucro cesante derivado del daño corporal, su mérito radica en saber interpretar el sistema legal valorativo y en afirmar que dichos perjuicios se han de resarcir de acuerdo con el criterio que denomino extratabular intrasistema, sin que, cumpliendo las facultades que corresponden a la jurisdicción de interpretar la legalidad ordinaria, sea preciso acudir a la doctrina de la STC 181/2000 para dar respuesta positiva a una cuestión que en tal sentido es reclamada de suyo por el propio sistema

6.2.- SAP de Córdoba (Secc. 2ª) de 1 de abril de 2003

Las tesis concretadas en la teoría del doble trípode de circunstancias de índole nociva, con adecuada captación de la significación normativa de los principios de reparación íntegra y de vertebración indemnizatoria, así como con cabal interpretación del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema, han sido acogidas en la SAP de Córdoba (Secc. 2ª) de 1 de abril de 2003³⁵⁰, en la que se trata, además, de forma específica, del tratamiento resarcitorio del lucro cesante derivado del daño corporal. A tal efecto, reproduzco su fundamentación:

Analizando... la cuestión suscitada en relación al “plus” de productividad que [los lesionados], durante el tiempo en que han permanecido de baja, no han percibido, ascendente a 198,33 € (30.000,- Ptas.) mensuales, debemos precisar que el principio de reparación íntegra aparece recogido en el art. 1.2 de la Ley... y concretado en el anexo..., cuya regla 7ª, para asegurar la total indemnidad, tiene en cuenta, además las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado. Derivado del mismo está el principio de vertebración indemnizatoria, de carácter instrumental, en cuanto permite discriminar las concretas circunstancias dañosas que se ponderan para fijar la indemnización, los diferentes perjuicios y conceptos resarcitorios que, al propio tiempo, consigue y demuestre que la indemnización es efectivamente íntegra y que se encuentra plenamente acogido en el sistema, en cuanto individualiza los conceptos dañosos traducidos en partidas resarcitorias perfectamente diferenciadas, impidiendo que la expresión de una indemnización global prive de valor demostrativo el cumplimiento del mandato de la reparación completa.

³⁵⁰ Ilmo. Sr. Berdugo Gómez de la Torre; resolutoria de recurso de apelación 33/2003, dimanante de un juicio de faltas.

Así, el sistema realiza la individualización del resarcimiento de los daños corporales, desglosando las consecuencias extrapatrimoniales y las patrimoniales del daño corporal. A su vez, las primeras, a las que otorga la relevancia natural derivada de la índole estrictamente personal de los bienes afectados, se descomponen en una triple división entre consecuencias dañosas generales, especiales y excepcionales: las generales están constituidas por el estricto daño biológico, fisiológico, anatómico, orgánico en sí mismo y el daño moral básico u ordinario inherente al mismo –inciso primero de la regla general 7ª; apartado A) de la tabla V; y la interrelación de las tablas VI y III–; las especiales que, por su carácter típico, se prestan a su individualización y codificación tabular, están representadas por los factores de corrección incluidos en las tablas II y IV, salvedad hecha de los gastos; y las excepcionales, que son aquellas que por su propia singularidad escapan a las pautas de una catalogación apriorística, se deben ponderar en concreto a través del mandato contenido en la norma positiva del inciso segundo de la regla general 7ª, en el entendimiento de que su determinación cuantitativa ha de ser proporcionada a las sumas resultantes... de las tablas, de acuerdo con el criterio de equilibrio que impone la consideración del sistema como conjunto normativo orgánico. Por su parte, en la dimensión estrictamente patrimonial del daño corporal, se distingue la misma triada de circunstancias. Las generales, representadas, de un lado, por los gastos intrínsecamente necesarios, que han de satisfacerse “en todo caso” y “además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas”, conforme a lo ordenado en la regla general 6ª –gastos de asistencia médica y de entierro y funeral–, y, de otra, el perjuicio patrimonial básico reconocido en los factores de corrección por perjuicios económicos de las tablas II y IV, y en el apartado B) de la tabla V; las especiales, cuya tipicidad permite que se puedan aislar para asegurar su resarcimiento, están representadas por los conceptos de “necesidad de ayuda de otra persona”, “adecuación de vivienda” y “adecuación del vehículo propio”, de la tabla IV; y las circunstancias excepcionales, resarcibles a tenor de lo establecido en el inciso segundo de la regla general 7ª, están constituidas por los gastos contingentes o eventualmente necesarios (colaterales), por la pérdida o limitación de la capacidad de trabajo y por el lucro cesante, concepto éste, ontológicamente diverso al de “perjuicios económicos”, tanto desde el punto de vista semántico, cuanto material, habida cuenta que su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre un valor orientado a resarcir un daño estrictamente extrapatrimonial y las cantidades resultantes no alcanzan a satisfacer las pérdidas concretas de ingresos, cuando existen, por lo que únicamente sirven para compensar un perjuicio patrimonial básico, legalmente presumido y abstractamente tasado, compatible, por tanto, con la reparación del lucro cesante.

Si hubiera de entenderse que el lucro cesante, en los casos en que efectivamente se produce, se resarce mediante la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos, sería postular que el sistema no contempla, margina y aún impide su resarcimiento autónomo. Lo primero supondría que la omnicompreensiva y exhaustiva relación de menoscabos que el art. 1.2 de la Ley ordena cuantificar “en todo caso” de acuerdo con el sistema, se resuelve en una mera declaración de intenciones puesta al servicio de la efectiva confiscación y, además, contraria al principio constitucional de igualdad, en la medida en que el lucro cesante sí encuentra amparo y reparación en el art. 1106 C.c., para los eventos dañosos acaecidos en ámbitos o esferas de actividad ajenos al de la circulación motorizada. Tampoco cabe sostener, en puridad, que cabe su indemnización al margen del sistema, de acuerdo con la disciplina común de la responsabilidad civil, pues ello comportaría la trasgresión de la norma terminante del... señalado precepto... Únicamente cabe, pues, en el ámbito de un sistema configurado legalmente como vinculante y en el que los baremos o tablas no agotan su contenido, entender racional y razonablemente que no sólo permite, sino que ordena la plena reparación del lucro cesante. Basta a tal efecto con partir del carácter imperativo de la

norma del inciso segundo de la regla general 7ª y reparar en que expresa el mandato de la reparación íntegra cuando afirma que asegura “la total indemnidad de los daños y perjuicios” y establece los criterios y circunstancias a considerar para lograr su efectividad, entre las que se menciona explícitamente “la pérdida de ingresos”, que no es tomada en consideración por las tablas. Por lo demás, a este mismo criterio se atienden las SSAP de Sevilla, Secc. 1ª, de 26 de diciembre de 1997 y 31 de diciembre de 1997, y Secc. 7ª, de 7 de abril de 1998; y de Córdoba, Secc. 3ª, de 4 de junio de 1998. Obsérvese que el adverbio de cantidad “además”, contenido en el inciso segundo de la regla general 7ª, evidencia que se trata de un “plus” que necesariamente ha de operar sobre unos conceptos y éstos no son otros que los precedentemente mencionados en la misma regla, integrados por los daños morales y psicológicos y patrimoniales básicos, idénticos para todos los perjudicados, que son los que contemplan las reglas estrictamente tabulares. En definitiva, sólo cae añadir, en palabras de la SAP de Sevilla de 31 de diciembre de 1997, que el principio de restitución íntegra... que establece el art. 113 C.p. se contempla también el punto 7 de los criterios que preceden del [rectius, al] baremo introducido por la Ley 30/95, según el cual, para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además de las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado, concepto este último dentro del cual habrán de incluirse todos los perjuicios probados no contemplados en los baremos. Entre ellos está la pérdida de salarios, en este caso del “plus” de productividad, que es un concepto distinto de los “perjuicios económicos” que se contemplan como factor de corrección, ya que éstos, tanto por su denominación como por pura comprobación aritmética, no alcanzan a indemnizar la pérdida concreta de salarios por las cuantías que se señalan. Por ello, ha de concluirse que responden a un concepto distinto, como son todo el cúmulo de gastos y perjuicios de naturaleza económica, de imposible o muy difícil prueba, que lleve consigo la lesión y que el Legislador ha optado por considerar proporcional al nivel de ingresos del lesionado. En base a lo razonado, el motivo del recurso debe ser estimado y entender que esa falta de percepción del “plus” de productividad es indemnizable, si bien debe limitarse a los días en que dichos lesionados estuvieron impedidos para sus actividades...

Como puede verse, la sentencia reseñada acoge las aportaciones de la sentencia estudiada en el epígrafe anterior y, por tanto, enfoca correctamente la cuestión del tratamiento resarcitorio del lucro cesante a la luz del sistema legal valorativo, captando las razones por las que hay que entender que éste no sólo permite, sino que ordena la plena reparación del lucro cesante derivado del daño corporal, sin que la regulación tabular lo impida en absoluto; afirmación que se hace mediante la realización de la interpretación de la legalidad ordinaria que corresponde privativamente a la jurisdicción, sin que, por tanto, sea necesario acudir a la doctrina de la STC 181/2000, de 29 de junio, para justificar, con sus condicionamientos, el resarcimiento del lucro cesante y por tanto, sin necesidad de trasponer dicha doctrina, elaborada en relación con la lesión temporal impeditiva, para proyectarla sobre las consecuencias perjudiciales derivadas de la lesión permanente impeditiva y de la muerte.

Soy un hombre de la duda... Frente a lo que pueda parecer..., no soy un autor que tenga la pluma fácil. Todo aquello que escribo me cuesta... gran esfuerzo... En cuanto acabo un artículo... tengo la sensación de que, si lo rescribiera, quedaría mejor. Hasta el punto de que cuando tengo ocasión de volver sobre un mismo tema, no repito... de forma idéntica las ideas anteriores o... apporto nuevos argumentos (BOBBIO)

No me hago ilusiones, ni pretendo cambiar el mundo. Sé muy bien hasta qué punto soy insignificante. Pero me va la marcha. Me gusta el juego. Me refiero, claro está, a ese juego... de poner en evidencia la sinrazón y no me importa, en absoluto, saberme en minoría (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ)

7.- Dos conclusiones fundamentales y una coda (relativamente) esperanzada en pos de la razón valorativa

De cuanto antecede se obtienen, de forma selectiva, dos conclusiones fundamentales.

La primera es que un estudio adecuado³⁵¹ del sistema legal valorativo, sustraído a cualesquiera perjuicios legalistas, permite captar que el lucro cesante ha de ponderarse al margen de las reglas tabulares, por constituir, desde un punto de vista técnico, un perjuicio extrínsecamente excepcional, es decir, que se ha de reparar acudiendo al tercer nivel de la individualización dañosa³⁵² en virtud de la cláusula de salvaguardia del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema. En todo caso, la utilización vicaria de la doctrina sentada originariamente por la STC 181/2000, de 29 de junio, sirve para que la jurisdicción la trasplante a los casos de muerte³⁵³, valorando el lucro cesante como partida extratabular independiente, siendo indiferente desde un punto de vista práctico que se trate de un

³⁵¹ Crítico y constructivo; y enmarcado en el ámbito de las aportaciones proporcionadas por la doctrina y la jurisprudencia en nuestro ámbito cultural, concretamente, primero, en Francia y, después, en Italia.

³⁵² El primer nivel está constituido por los perjuicios generales, comunes u ordinarios, que se reparan a través de las indemnizaciones básicas contempladas en las tablas “primeras”; y el segundo nivel está constituido por los perjuicios extraordinarios, particulares o especiales que, fundamentalmente, se resarcan mediante los factores de corrección contemplados en las tablas “segundas”. Queda así claro que el tercer nivel de individualización está constituido por los perjuicios excepcionales o singulares, extrínseca o intrínsecamente atípicos, que se han de reparar, según las exigencias elementales de la cultura valorativa, de acuerdo con su previsión en la norma que se cita en el texto.

³⁵³ También a los casos de lesión permanente laboralmente impositiva.

resarcimiento extratabular intrasistema o de un resarcimiento extrasistema³⁵⁴, aunque, en mi concepto, la postura correcta es la primera.

La segunda conclusión es que el problema ligado a la valoración del lucro cesante derivado del daño corporal, y en concreto en los casos letales³⁵⁵, estriba en que tiene que afrontarse sin una previa tradición judicial de signo positivo; y por eso hay que aquilatar las fórmulas que deben utilizarse, dando preferencia al método matemático sobre el equitativo y evitando las respuestas extremistas, es decir, tanto las restrictivas (por su carácter infrarresarcitorio o empobrecedor) como las expansivas (por su alcance sobrerrestaurador o enriquecedor). No puede prescindirse, pues, del método equitativo, aunque debe negarse su utilización monista, combinándolo, por tanto, con el matemático; y, a su vez, el método equitativo se ha de manejar con carácter supletorio en los supuestos de imposibilidad o dificultad de la prueba del estricto *quantum*³⁵⁶, con la perspectiva de que hay prescindir tanto de la inmisericorde denegación como de la misericordiosa concesión que corresponden a posturas mecanicistas de signo opuesto (confiscatoria, una; y caritativa³⁵⁷, la otra).

Sentadas estas dos conclusiones fundamentales, sólo resta expresar una idea esperanzada y acuciante de progreso. Afirmada hoy la convergencia de las respuestas dadas por aquellos (pocos) Tribunales que, desde un principio, encararon con atención y sin prejuicio legalista la aplicación del sistema normativo³⁵⁸, captando que sirve a la plena reparación del lucro cesante derivado del daño corporal mediante su tratamiento técnico como perjuicio

³⁵⁴ En su excelente estudio sobre el sistema valorativo, Luis-Fernando REGLERO CAMPOS se debate contradictoriamente entre una postura y otra, las cuales, aunque sirven a un mismo resultado resarcitorio, tienen un fundamento técnico muy diverso; y ello es así porque, tras adscribirse a la tesis de que la referencia a la total indemnidad que contiene la norma del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema, constituye una declaración vacía de contenido (*Accidentes de circulación...*, cit., p. 287, nota 50 pie p. 302 y 303), invoca la utilización del mecanismo integrativo de las lagunas legales con vistas a la consecución del pleno resarcimiento del lucro cesante causado por el daño corporal y propone una interpretación del sistema de acuerdo con su espíritu y finalidad (espíritu y finalidad del sistema legal, que no del Legislador) y que, naturalmente, se extrae, en particular, de la norma mencionada.

³⁵⁵ También en los casos de lesión permanente laboralmente impeditiva.

³⁵⁶ Sobre el “juicio de prueba” y el “juicio de equidad”, así como la utilización de éste con carácter supletorio y complementario, *vide* la sintética y acertada apreciación de Eduardo FONT SERRA, *La reparación íntegra: el daño material y el daño moral*, Automóvil Derecho Circunstancia, núm. 21, 1995/1 T, p. 15, con un contenido coincidente con el que rige en el Derecho italiano de acuerdo con el art. 1226 del *Codice*; artículo reeditado en *Aportaciones del Profesor Eduardo Font a la doctrina jurídica*, Ministerio Justicia, Madrid, 2004, p. 412.

³⁵⁷ Pero caridad ejercida con dinero ajeno.

³⁵⁸ Sin agotar el reducido elenco: Secc. 10ª de la AP de Madrid; Seccs. 1ª y 4ª de la AP de Sevilla; y Secc. 2ª de la AP de Córdoba.

excepcional (extratabular, pero intrasistema) y las respuestas proporcionadas por aquellos Tribunales que, posteriormente, a raíz de la STC 181/2000, de 29 de junio, se han sumado a la efectividad de tal resarcimiento (aunque se repute extrasistema), es de esperar que, al igual que sucediera en Italia hace un par de décadas, se produzca en nuestro país el fenómeno que se ha denominado de la *nomofilaquia invertida*³⁵⁹, consistente en que la jurisprudencia del TS incorpore la avanzada doctrina de esos Tribunales Provinciales y asuma que el sistema legal está puesto en verdad al servicio de la consecución de la reparación completa. Algunos atisbos hay de que ello puede tener lugar en breve plazo³⁶⁰.

Así las cosas, debido a sus abundantes defectos de dicción (comprensibles en su momento histórico inicial)³⁶¹, el sistema valorativo (expresión de una novedosa y necesaria sumisión de la cuestión valorativa al principio de legalidad³⁶², que no puede entenderse en su expresión incivil como legalidad secante) constituye un factor normativo de significación dialéctica, negativo y positivo al mismo tiempo; negativo, porque la mayor parte de sus pocos estudiosos y de sus muchos aplicadores cree que está puesto al servicio de limitar el resarcimiento, con sacrificio del principio de plenitud reparatoria; y positivo, porque, al atenerse al principio instrumental de la vertebración, separa la perjudicialidad personal y la patrimonial, lo que permite discernir, cuando judicialmente se ha fijado una indemnización, lo que se resarce y lo que, en su caso, deja de resarcirse³⁶³, al estarse ante una liquidación analítica del daño corporal y de sus heterogéneas consecuencias perjudiciales.

³⁵⁹ Marco ROSSETTI, *Il danno da lesione della salute*, cit., pp. 125-129. Naturalmente, ejercida la nomofilaquia, se produciría la deseable monofilaquia.

³⁶⁰ Sentencias elaboradas en el TS por ponentes que ya han tenido ocasión de aplicar en destinos anteriores el sistema legal valorativo.

³⁶¹ Lo cierto es que el sistema legal contó con malos redactores; y, lamentablemente, ha contado, en términos generales, con pésimos intérpretes. No puede, pues, decirse que el sistema legal constituya, respecto de la valoración del daño corporal, “el verbo perfecto del Derecho positivo”, frase que, propia del optimismo de los momentos iniciales del jacobinismo francés, utilizara la STS (Sala 1ª) de 10 de julio de 1928.

³⁶² Enfrentados el principio de judicialidad valorativa y el de legalidad valorativa, debe proclamarse la superioridad técnica del primero sobre el segundo; y en este sentido, puede traerse a colación la frase de Pablo SALVADOR CODERCH (prólogo a Jesús PINTOS AGER, *Baremos...*, cit., p. 22) de que constituye, pura y simplemente, un disparate sostener que, en casos de accidentes con daños corporales, el juez o magistrado de turno está mejor situado que el Legislador para valorar los daños, cual defienden algunos adversarios del sistema legal valorativo y, en concreto, como han sostenido algunos magistrados de las Salas 1ª y 2ª del TS.

³⁶³ Discernimiento imposible cuando los jueces valoran los daños corporales y sus diversas consecuencias perjudiciales de acuerdo con el insensato y vicioso expediente tradicional de la globalidad.

Gracias a ello, sabemos que, cuando hay un lucro cesante efectivo (apreciado sin los condicionantes ablativos de su apreciación usual), la regulación tabular no sirve en la mayor parte de los casos (o nunca) para resarcirlo; y, a partir de aquí, confirmado legalmente el principio institucional de la integridad reparatoria, el reto queda en manos de los intérpretes de la legalidad establecida, con el manejo de los cánones que impone el art. 3 C.c., conformados con el insólito manejo de un sentido común que se ha de enmarcar en la cultura europea (concretamente, latina) sobre la valoración del daño corporal y de sus heterogéneas consecuencias perjudiciales.

Por eso, el sistema ha constituido, en términos jurídicos, un gran paso de progreso; y no olvidemos que éste, aunque lento, es indefectible. Lo que antes de ayer se veía como imposible y ayer como posible, hoy, con sentencias como la de la AP de Vizcaya (Secc. 6ª), de 3 de diciembre de 2003, empieza a convertirse en una realidad que, con absoluta certeza, está por venir y llegará. Me gustaría ver, desde luego, ese porvenir, y que se afirme, a ser posible, mañana, sin tener que esperar a pasado mañana en que yo ya no estaré aquí para aplaudir la difícil y elemental³⁶⁴ consecución de la razón valorativa.

³⁶⁴ En la medida en que la cuestión valorativa se aborda con el propósito de solucionarla de forma razonable y razonada, empiezan a desaparecer las enormes dificultades a que hace referencia la jurisprudencia como un mero pretexto precisamente para no encarar la materia y poder tomar decisiones sin la laboriosidad que deriva del principio de vertebración, que es como se canaliza la motivación de las valoraciones.

¹ Abogado; Profesor Asociado de Derecho civil (Derecho de daños), Universidad Rey Juan Carlos (Campus Vicálvaro, Madrid); Profesor colaborador en Masters y Cursos de Práctica Jurídica de Icade-Universidad Pontificia de Comillas (Madrid), Universidad San Pablo-Ceu, Universidad Carlos III (Getafe, Madrid), Universidad Europea (Villaviciosa de Odón, Madrid) y Universidad de Castilla-La Mancha (Campus Albacete), así como de Inese; Presidente de la “Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro”; Presidente del “Grupo de Automóviles” de la “Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros”; miembro de la “*Pan European Organisation of Personal Injury Lawyers*” (Peopil); Socio de Honor de la “Sociedad Española de Valoración Médica del Daño Corporal”; coordinador de la Revista “Sepín Tráfico”; miembro de los Consejos de Redacción de la “Revista Española de Seguros” y de la “Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro”; miembro de los Consejos Editoriales de “Cuadernos de Valoración” (órgano de la citada Sevamedac) y de la “Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro”.