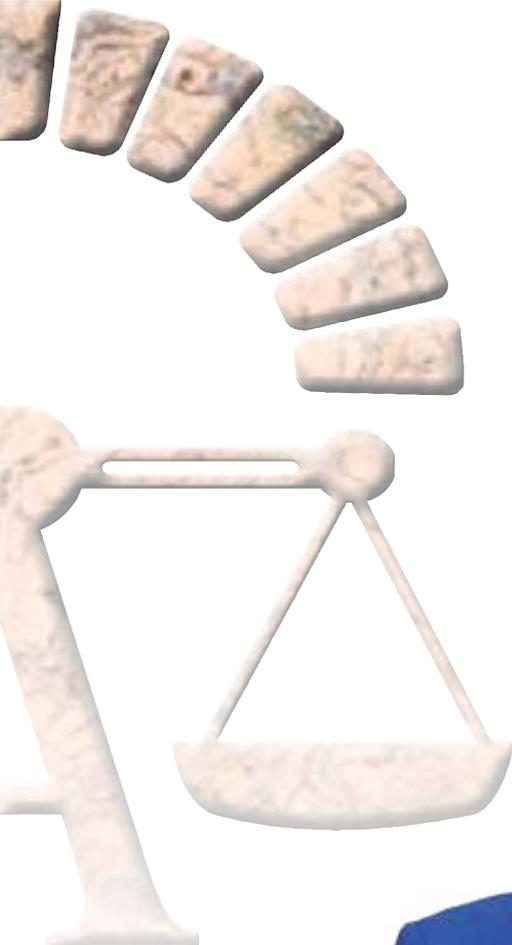


# Sobre la Propuesta del nuevo “Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación”: exposición general y crítica\*



**Miquel Martín-Casals**

Catedrático de Derecho Civil  
Instituto de Derecho privado europeo y  
comparado de la Universidad de Girona

## Sumario

### 1. Introducción

### 2. Estructura y contenido del nuevo Sistema

- 2.1. Estructura de la Propuesta
- 2.2. Sobre las Disposiciones Directivas
  - 2.2.1 Criterios generales, en especial, el principio de reparación íntegra
  - 2.2.2 La culpa exclusiva o concurrente de la víctima
  - 2.2.3 Otras cuestiones generales
- 2.3. Indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales: perjuicio básico y perjuicios particulares
  - 2.3.1 Indemnizaciones por causa de muerte: categorías de perjudicados, perjuicio básico y sistematización de los perjuicios particulares
    - 3.1.A) La importancia de la sustitución de grupos excluyentes por categorías autónomas de perjudicados en la nueva determinación del perjuicio básico
    - 3.1.B) Los perjuicios personales particulares
  - 2.3.2 Indemnizaciones por secuelas: perjuicio personal básico y perjuicios particulares
  - 2.3.3 Perjuicio básico y perjuicios particulares en lesiones temporales

\* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación del “Plan nacional de I+D+I2 (Ref. DER2013-40613) titulado “Modernización y armonización del Derecho de daños: Fronteras de la responsabilidad, daño resarcible y su valoración”, financiado por el MCINN para el período 2014-2016.

## 2.4. El resarcimiento de los perjuicios patrimoniales: cambio de paradigma

### 2.4.1 El resarcimiento de gastos

4.1.A) Gastos en los casos de muerte

4.1.B) Gastos en los casos de secuelas

4.1.C) Gastos en los casos de lesiones temporales

### 2.4.2 El resarcimiento del lucro cesante

4.2.A) Breve excursus sobre la compensación del perjuicio patrimonial de quien no tiene ingresos por dedicarse al trabajo doméstico

4.2.B) Lucro cesante en caso de muerte

4.2.C) Lucro cesante en caso de secuelas

(4.2.C.a) Multiplicando

(4.2.C.b) Multiplicador

4.2.D) Lucro cesante en caso de lesiones temporales

## 2.5. Breve referencia a los traumatismos menores de la columna vertebral

### 3. Valoración final

#### 1. Introducción

A finales del pasado mes de mayo la llamada, primero, “Comisión de Expertos” y, más tarde, “Grupo de Trabajo” –que el autor de estas líneas ha tenido el honor de presidir/coordinar– entregó a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones el borrador del nuevo “Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación” en el que habían estado trabajando desde mediados de 2010, es decir, durante casi cuatro años, y al que de aquí en adelante me referiré como la “Propuesta”. En caso de prosperar y convertirse en Ley esta Propuesta, con las modificaciones que pueda experimentar durante su tramitación, sustituirá al actual baremo de autos que, tras casi veinte años de vigencia y de multitud de vicisitudes de todos bien conocidas, reclama desde hace tiempo una profunda renovación.

Con este propósito se constituyó en 2010 esa Comisión, compuesta por representantes de la Fiscalía de Seguridad Vial, el Ministerio de Justicia, la Dirección General de Seguros, además de los grupos de intereses especialmente afectados por la materia, es decir, por un lado UNESPA y el Consorcio de Compensación de Seguros y, por otro lado, las Asociaciones de Víctimas. Más tarde se incorporó el Instituto de Actuarios Españoles y la representación de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, se reforzó la representación de UNESPA y, *de facto* y de modo informal, también la de Asociaciones de Víctimas. Unos pocos, como Mariano Medina y yo mismo no hemos representado a nadie aunque, abusando de la hipérbole, algún amante del ornato retórico que aporta el tropo se ha atrevido a decir que hemos representado “la doctrina científica”. Los trabajos de

la Comisión se han visto enriquecidos por las aportaciones del Grupo Plenario, compuesto por representantes de todos los sectores interesados en la regulación, que dos veces al año se ha reunido para seguir el avance de los trabajos, analizar los resultados alcanzados y hacer propuestas de mejora.

Ese carácter mixto de la Comisión, compuesta, pues, por miembros con representación de intereses y por miembros independientes, ha permitido que la Propuesta no se limite a ser un simple informe, con recomendaciones técnicas para un legislador futuro y eventual, sino que sea un borrador de anteproyecto de ley con un texto articulado completo, unas Tablas para su aplicación y unas Bases Técnicas que dan razón de los criterios utilizados para dar traslado de las previsiones normativas del texto a las cuantías que se expresan en las Tablas. La composición de la Comisión también ha permitido que el resultado de los trabajos sea fruto de un consenso que, aunque ha costado Dios y ayuda alcanzar, tal vez por ello tiene una más base sólida. En todo caso, creo que el intento al menos tiene el enorme mérito de que, por primera vez, se ha hecho un trabajo con luz y taquígrafos y con las Asociaciones de Víctimas y UNESPA sentadas a la misma mesa y dialogando.

Por otra parte, para dar cumplimiento al mandato de la Orden comunicada de los Ministerios de Economía y Competitividad y de Justicia de 30 de agosto de 2012, que prorrogaba el funcionamiento de la Comisión de Expertos y establecía la necesidad de valorar el impacto económico de las propuestas que formulara, también se ha llevado a cabo el estudio de impacto económico correspondiente. Para ello, bajo la supervisión del Consorcio de Compensación de Seguros y con rendición de cuentas

a la Comisión de Expertos, el Instituto de Actuarios Españoles ha validado la propuesta metodológica de cálculo presentada por UNESPA y TIREA ha realizado los cálculos. El análisis se ha llevado a cabo sobre una muestra representativa de datos provenientes de entidades aseguradoras que forman parte de la Comisión Técnica del Seguro del Automóvil de UNESPA y que se han tratado de forma agregada y confidencial. La muestra representaba el 62% de cuota de mercado, desde el año 2000 al 2011, y ha comportado el análisis de 2.248.770 siniestros. Ello ha permitido ir calculando qué incremento representaba cada aspecto concreto de la Propuesta y que, para hacerla viable, se haya tenido que ajustar en algunos puntos para no superar el incremento que se considere asumible. Ese ajuste fino se ha aplicado a aquellos aspectos que, a juicio de la Comisión, suponían un menor quebranto para la coherencia del sistema propuesto. Finalmente, tras intensas negociaciones, cerradas en el llamado “Pacto de Girona” de primeros de mayo pasado, el incremento global estimado que comportará el nuevo sistema ha quedado fijado en un 15,6%.

Sin más dilación, paso a referirme a algunos de los principales aspectos del sistema que se propone y a cuáles son, en mi opinión, sus avances y sus logros, sin ocultar los aspectos que no me convencen del todo y que, de haber sabido y podido, hubiera querido resolver de otro modo.

## 2. Estructura y contenido del nuevo Sistema

### 2.1. Estructura de la Propuesta

La Propuesta presentada agrupa sus 115 artículos en dos Títulos. El primero se refiere a criterios generales y definiciones; el segundo incluye las reglas para la valoración del daño corporal y, en tres capítulos, se ocupa, respectivamente, de las indemnizaciones por causa de muerte, por secuelas y por lesiones temporales.

Para facilitar futuras reformas se opta por una numeración del articulado, que puede calificarse como “decimal” o “indiciaria”, y que está compuesta de dos partes. La primera, indica cuál es la posición del artículo dentro del texto legislativo, por lo que el primer dígito se refiere al Título y el segundo al Capítulo. La segunda parte de la numeración, separada de la primera por un guion, empieza de nuevo en cada capítulo a partir de 1, con una numeración correlativa que puede tener el número de dígitos que sea necesario. Ciertamente, esta numeración puede suponer un engorro cuando uno no está acos-

tumbrado a ella, pero es la que se utiliza cada vez más en el ámbito comparado. En España ya la usó el Código civil de Catalunya hace más de diez años y, con alguna variación menor, también la utiliza el reciente Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

El texto articulado se cierra con una Parte Final que contiene una Disposición Adicional Única, relativa a la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración; una Disposición Transitoria Única, referida a la aplicación temporal del sistema; una Disposición Derogatoria única, que trata de la derogación del sistema de valoración actual, y tres Disposiciones finales, que contienen algunos datos, como los referidos al título competencial, la habilitación al gobierno y entrada en vigor, quedando abiertos algunos de estos temas para que sea el gobierno quien los perfile durante la tramitación. Respecto a esta Parte Final deben señalarse dos cosas: 1) Que el tiempo que deba existir entre la aprobación de la Ley y su entrada en vigor (*vacatio legis*) debería ser lo suficientemente amplio para permitir a los operadores jurídicos adaptarse a la nueva normativa y que la entrada en vigor ideal sería a fecha fija y, a ser posible, el primer día del año natural y 2) Que no se prevé que la normativa tenga carácter retroactivo, por lo que sólo se aplicaría a los accidentes de circulación que se produzcan tras su entrada en vigor.

A diferencia del sistema valorativo actual, que mezcla reglas y Tablas, la Propuesta pretende que las Tablas, a pesar de ser parte de la Ley, no tengan carácter normativo, en el sentido de que sean la simple plasmación del mandato de efectos que deriva del texto articulado, el cual prevalecería siempre en caso de duda. Las reglas del texto articulado relativas a la muerte, las secuelas y las lesiones temporales se plasman, respectivamente en las Tablas 1, 2 y 3. En cada uno de esos supuestos, al igual que en el articulado del texto, se distingue entre el “perjuicio personal básico” (Tablas 1.A, 2.A y 3.A), los “perjuicios particulares” (Tablas 1.B, 2.B y 3.B) y el “perjuicio patrimonial” (Tablas 1.C, 2.C y 3.C), que se subdivide a su vez en daño emergente y lucro cesante.

La estructura del texto articulado y de las Tablas de la Propuesta responde a la clara necesidad de vertebrar el sistema para separar netamente los perjuicios patrimoniales de los extrapatrimoniales y, entre estos últimos, los básicos (por ejemplo, la pérdida anatómico-funcional de un brazo, en el caso de lesiones) de los particulares (siguiendo el ejemplo, cómo, al margen de toda actividad laboral o profesional, su pér-

didada repercute en la calidad de vida del lesionado). En ocasiones las Tablas están subdivididas en otras, como sucede por ejemplo en el caso del perjuicio patrimonial por causa de muerte (1.C), con una Tabla relativa a las indemnizaciones del cónyuge de la víctima por lucro cesante (1.C.1), otra referida a las de los hijos en el mismo caso (1.C.2), otra referida a las de los padres de la víctima (1.C.3), etc. O por ejemplo, en el caso de la Tabla 2 (secuelas) C (daño patrimonial) 3, relativa a las indemnizaciones de ayuda de tercera persona.

El número y la longitud de la Tablas puede dar una cierta sensación de agobio y de que se introduce un sistema enormemente complicado. Creo sinceramente que no lo es. En primer lugar, porque el operador jurídico no necesitará usar la mayoría de tablas en el caso concreto. Por ejemplo, es evidente que no será necesario aplicar la Tabla 2.C.2 relativa a las horas diarias de necesidad de ayuda de tercera persona, ni la 2.C.3, referida a las indemnizaciones de ayuda de tercera persona cuando la lesión sufrida no revista la gravedad suficiente para tener derecho a tal ayuda de acuerdo con los criterios de necesidad que establece el art. 22-29. En segundo lugar, por regla general, la información que aparece en cada una de las casillas de las Tablas no requiere ninguna operación ulterior; así, por ejemplo, la indemnización que por perjuicio personal básico corresponde a un lesionado de 21 años (columna de edades) con lesiones que suman 80 puntos (filas de puntuación), se encuentra en la casilla que se halla en la intersección entre columna y fila de la Tabla 2.A.2 (“Baremo económico”), lugar en el que, en este caso, consta directamente que la suma a indemnizar es de 245.048,68 euros.

En definitiva, creo que el Propuesta presenta una estructura más clara y ordenada y que ahí radica uno de sus principales puntos fuertes.

## 2.2 Sobre las Disposiciones Directivas

### 2.2.1 Criterios generales, en especial, el principio de reparación íntegra

Los criterios generales que se hallan contenidos en el Capítulo de Disposiciones Directivas recogen y actualizan muchas de las reglas generales del sistema valorativo actual y añaden otras nuevas que se consideraban necesarias.

Entre las primeras se encuentra, por ejemplo, la que indica que el sistema de valoración que se propone, como el actualmente en vigor, no tiene carácter general sino que se refiere tan

solo a la valoración del daño corporal ocasionado por hechos de la circulación regulados por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Si la memoria no me falla, creo recordar que en una de las primeras reuniones de Grupo Plenario estuvieron presentes representantes del Ministerio de Sanidad, que luego desaparecieron al quedar claro que la Propuesta se referiría sólo a un sistema valorativo relacionado con hechos de la circulación. En mi opinión, creo que se ha perdido una oportunidad de oro, aunque puedo intuir y entender las razones que llevaron a diversos sectores a no querer abrir tanto el campo de estudio.

Se indica también que la regulación tiene por objeto conseguir una objetivación del sistema de valoración de daños, es decir, que se indemnicen conforme a las reglas y límites previstos en el sistema que se establece, sistema que se asienta en los principios de reparación íntegra y vertebrada. El principio de vertebración, como es sabido, se refiere a la necesidad de valorar por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de unos y otros, separar los diversos conceptos perjudiciales para evitar vacíos y solapamientos<sup>1</sup>. Veamos con algo más de detalle cómo se articula el principio de reparación íntegra en la propuesta.

En fase de observaciones he podido comprobar que alguna entidad achaca a la Comisión haber redefinido, desnaturalizado o dado una interpretación *sui generis* al principio de reparación íntegra, algo que en mi opinión no es posible, porque la reparación íntegra es un concepto compartido en el ámbito comparado, que si bien admite más de una matización, no puede configurarse como a uno le dé la gana<sup>2</sup>. Esa afirmación tampoco se corresponde con el texto redactado por la Comisión y, en mi opi-

<sup>1</sup> Vide sobre este punto Mariano Medina Crespo (2013), “Los principios institucionales de la valoración del daño y su discutido acogimiento en el Sistema de la Ley 30/1995”, en Javier López García de la Serrana (dir.), *Manual de valoración del daño corporal: Guía de aplicación del Sistema de Baremación para accidentes de circulación*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, p. 91-252, p. 158-167.

<sup>2</sup> En este sentido, en el ámbito europeo merece destacarse la obra colectiva de PHILIPPE PIERRE / FABRICE LEDUC (dir.) (2012), *La Réparation intégrale en Europe: études comparatives des droits nationaux*, Bruxelles: Larcier y, desde una perspectiva fundamentalmente, francesa la monografía de Christelle Coutant-Lapalus (2002), *Le Principe de réparation intégrale en droit privé*, Aix-En-Provence: Presses Universitaires d’Aix-Marseille-PUAM. Faculté de Droit et de Science politique. Entre nosotros, imprescindible, Medina Crespo (2013), p. 120-158 y su conexión con el principio de vertebración en las páginas siguientes.

nión, se debe tan solo más a una lectura apresurada de los preceptos de la Propuesta que se refieren a ella.

Así, por un lado, el art. 11-2, 2 establece que [E]l principio de la reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos” y el art. 11-2, 3 añade: “El principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica *en este caso* [énfasis añadido] compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad”.

De una lectura atenta se desprende que este último precepto se refiere a dos tipos de perjuicios distintos, a saber, los patrimoniales y los extrapatrimoniales, y tiene por objeto indicar que la misión que cumple este criterio en el ámbito de los perjuicios patrimoniales también se debe cumplir –aunque de un modo necesariamente distinto, por su particular naturaleza– en el caso de los extrapatrimoniales. Respecto a los perjuicios patrimoniales no se define cómo puede asegurarse esa “total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos” que el art. 11-2, 2 proclama, porque aunque puede ser abordada desde diversas perspectivas (teoría de la diferencia, del daño concreto, teoría de los llamados “daños normativos” [*normativer Schäden*]) es de sobra conocido qué quiere decir dejar a la víctima indemne, es decir, como si no se hubiera producido el daño. Respecto a los daños extrapatrimoniales, no solo no existe un mercado que pueda servir de punto de referencia para valorar si la suma otorgada se corresponde o no con el perjuicio sufrido, sino que ninguna suma de dinero permite a la víctima volver a colocarse en esa hipotética posición de indiferencia ante el daño sufrido<sup>3</sup>.

Si bien se observa, pues, el texto del artículo, es, en cierto modo, trasunto de la declaración del Tribunal Constitucional en la STC 181\2000, de 29 de junio (cf. FJ 8 y 9) cuando decía que el art. 15 CE, en materia de la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal, no debe confundirse “con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas”,

<sup>3</sup> Véase en este sentido la muy ilustrativa explicación, con su correspondiente representación gráfica que, siguiendo los postulados del análisis económico del Derecho, realiza entre nosotros Fernando Gómez Pomar (1999) en su ya clásico trabajo, “Daño moral”, *InDret* 1/00.

y que el art. 15 CE sólo condiciona a legislador en dos extremos, a saber, en que “establezcan unas pautas indemnizatorias *suficientes* en el sentido de *respetuosas con la dignidad* que es inherente al ser humano (art. 10.1 C.E.); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones *se atienda a la integridad* –según la expresión literal del art. 15 C.E.– de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas “(todos los énfasis añadidos)”.

A pesar de que la reparación íntegra, como principio, queda salvaguardada, una de las principales debilidades de la Propuesta se halla, en mi opinión, en que no se ha sabido o podido superar del todo la confusión, muy extendida en nuestro país, entre un sistema de valoración del daño y un sistema de limitación de las indemnizaciones, finalidades distintas que a menudo se solapan y se interfieren. En este sentido, el borrador recoge multitud de “topes” (*plafonds*, en francés, *caps*, en inglés) que nada tienen que ver con un sistema valorativo legal, sino que tienen por misión limitar la indemnización de los perjuicios, fundamentalmente patrimoniales, que puedan sufrir las víctimas. Véanse, por ejemplo, la multitud de topes que se introducen en secuelas en materia de gastos (cf. arts. 22-23, prótesis y ortesis; 22-24, rehabilitación domiciliaria y ambulatoria, tres topes distintos, según los distintos tipos de lesiones; 22-25 ayudas técnicas; 22-26, adecuación de vivienda; 22-27, incremento de costes de movilidad, etc.).

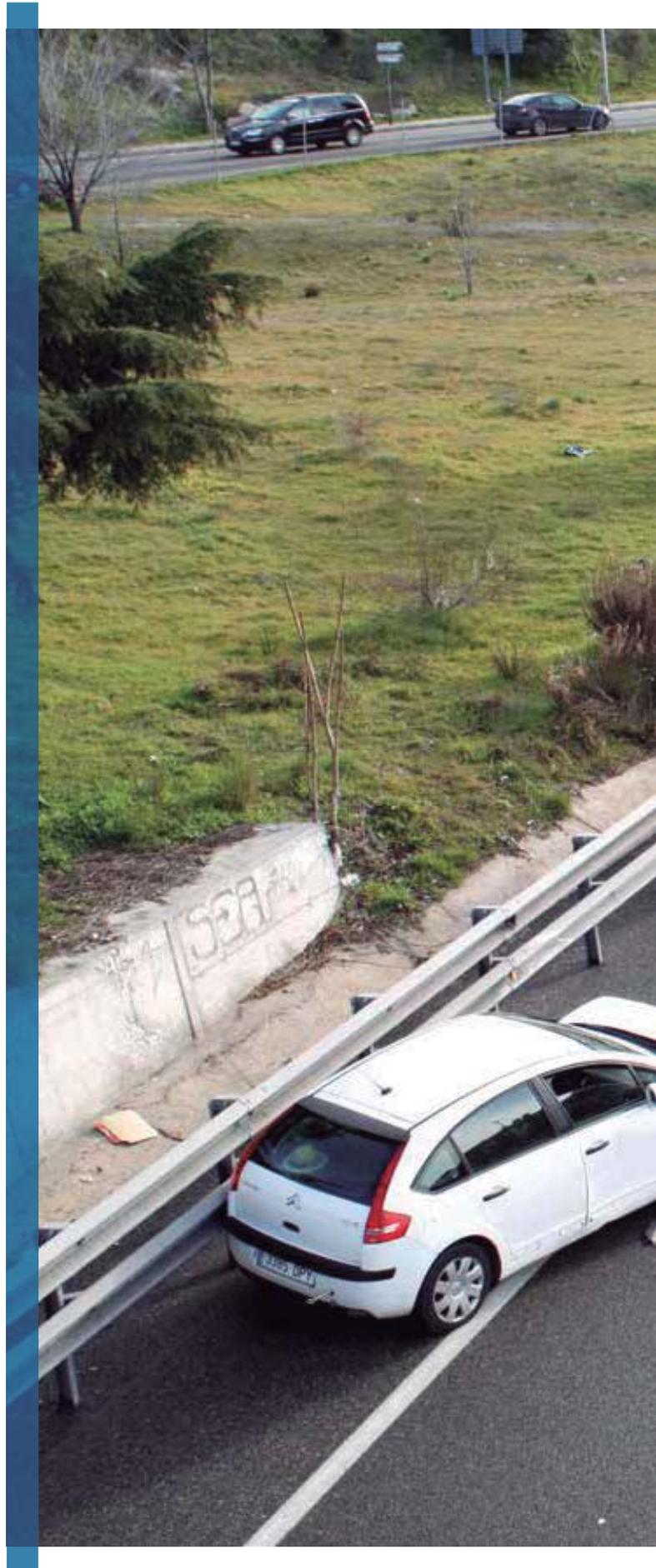
Limitar las cuantías indemnizatorias en el caso de daños patrimoniales es, por definición, contrario al principio de reparación íntegra, ya que supone admitir que no podrá sobrepasarse una determinada cuantía aunque el importe efectivo del perjuicio sufrido sea superior. Además, en el supuesto de gastos futuros, produce el efecto perverso de forzar las indemnizaciones al alza, ya que establece un horizonte al que aspirarán todas las víctimas y, de un modo muy especial, sus abogados. Cuestión distinta es que esos topes en materia de gastos, al haber sido negociados entre Asociaciones de Víctimas y UNESPA, sean suficientes, en la práctica, para cubrir las necesidades de los lesionados en la inmensa mayoría de los casos. Con todo, existe la posibilidad de que en algún caso no lo sean y, atenerse al tope, en este caso, será contrario al principio de reparación íntegra.

En mi opinión, lo único que debería haber marcado el límite indemnizatorio es la necesidad del gasto y su racionalidad en el caso concreto, criterio que también aparece espe-

cificado en la Propuesta en cada uno de los preceptos mencionados para cada caso. Así, por ejemplo, en materia de prótesis y ortesis, si bien el art- 22-23,4 establece que “[E]l importe máximo resarcible es de 50.000 euros por recambio”, indica en el apartado inmediatamente anterior que “[L]a valoración tendrá en cuenta el tipo de secuela, la edad del lesionado, la periodicidad de la renovación de la prótesis u ortesis en función de su vida útil y el coste de las mismas, atendiendo a las necesidades y circunstancias personales del lesionado”(art. 22-23.3). Para mí este último precepto hubiera sido suficiente.

Las limitaciones a la indemnización del daño patrimonial incluso pueden ser contrarias al principio de igualdad o a la normativa europea que impide que se excluya de oficio o se limite de manera desproporcionada el derecho de la víctima a disfrutar de una indemnización. Un grave ejemplo de lo que aquí se combate es la sugerencia que realiza UNESPA en la documentación que se incorpora a la Propuesta relativa a que, a partir de un cierto nivel de ingresos, se indemnice el lucro cesante con una misma cantidad con independencia de cuáles sean los ingresos efectivos del lesionado. En contra de lo que han entendido algunos miembros del Grupo Plenario, este límite es algo que la Comisión no ha consensuado en ningún momento. El hecho de que la Tabla correspondiente se detenga en la cuantía de los 120.000 euros de ingresos netos no significa que la Comisión haya aceptado ese límite; como se ha indicado antes, cualquier regla debe desprenderse del texto articulado y –a diferencia de los topes en materia de gastos– en ningún lugar del texto articulado consta que el lucro cesante indemnizable quede congelado en esa cifra. Si durante la tramitación se aceptara esta limitación se agravaría la discordancia con el principio de reparación íntegra que ya presenta el sistema.

De acuerdo con la normativa europea, el peligro de que las entidades queden expuestas a indemnizaciones muy elevadas se conjura mediante el mecanismo que establece el art. 9.1 de la Directiva 2009/103/CE al disponer que “[S]in perjuicio de importes de garantía superiores, eventualmente prescritos por los Estados miembros, cada Estado exigirá que los importes por los que el seguro contemplado en el artículo 3 sea obligatorio se eleven como mínimo: a) para los daños corporales, un importe mínimo de cobertura de 1.000.000 EUR por víctima o 5.000.000 EUR por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas; b) para los daños materiales, a 1.000.000 EUR por siniestro, cual-





quiera que sea el número de víctimas”<sup>4</sup>. El problema que se quiere solventar con la introducción en la propuesta de topes al lucro cesante puede tener adecuada solución mediante otros mecanismos y, de modo muy especial, en la reducción de los importes tan elevados que prevé el art. 4.2 LRCSCVM para acomodarlos a la línea de mínimos que establece el citado artículo de la Directiva. Siempre, claro está, que no se quiera mantener una cierta confusión entre seguro obligatorio y seguro voluntario.

En definitiva, creo que debería producirse un cambio cultural y abandonarse en un futuro no demasiado lejano el uso inapropiado del baremo como sistema de limitación que opera bajo el disfraz de un sistema valorativo ya que, como sistema de valoración, entre otros posibles, es un sistema útil y legítimo.

### 2.2.2 La culpa exclusiva o concurrente de la víctima

Dentro de ese apartado general destaca, como principal novedad, la regulación de la concurrencia de culpa de la víctima y de la culpa exclusiva o concurrente de los menores de 14 años. Propiamente, esta materia no corresponde a la valoración del daño sino que, como causa de exoneración parcial o total, debería encontrar su acomodo en la regulación sustantiva de la responsabilidad. No obstante se incluye en esta sede porque así lo hace el baremo actual que, de modo incorrecto en mi opinión, configura la concurrencia de culpa como un “factor de corrección” de disminución de las indemnizaciones, es decir, desde un punto de vista puramente contable.

En la Propuesta se establece que la concurrencia de la culpa de la víctima no podrá reducir en más de un 75% la indemnización que le corresponda percibir. El límite del 75% no es ninguna novedad, ya que se puede apreciar en distintas Tablas del sistema actual, y ahora lo único que se hace es explicitarlo y aclararlo. En todo caso, como en la actualidad, ello no excluye que, de acuerdo con el art. 1.1.I LRCSCVM, el daño producido pueda deberse a la culpa exclusiva de la víctima (daños “debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado”), en cuyo caso la víctima no recibirá indemnización alguna.

<sup>4</sup> Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de Septiembre de 2009, *relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad*, DOUE, L 263/18 ES, de 7.10.2009.

Algo distinto es el supuesto de los menores de 14 años. Con muy pocas excepciones, los países de nuestro entorno vinculan la posibilidad de que exista culpa exclusiva o concurrente de la víctima al hecho de que ésta tenga capacidad de culpa civil, es decir, capacidad natural de querer realizar el acto dañoso y de entender que éste causará un daño, aspecto que, según los países, se vincula bien al hecho de que el menor tenga cierta edad, bien al análisis de su capacidad en el caso concreto<sup>5</sup>.

En nuestro ordenamiento, en cambio, la única norma que se pronuncia sobre este aspecto es precisamente la Regla 2 del Punto Primero del Anexo del baremo actual para declarar todo lo contrario, es decir, que para apreciar la concurrencia de culpa del menor es suficiente su concurrencia causal sin que deban tenerse en cuenta cuestiones relativas a su capacidad natural. La aplicación de esta regla puede dar lugar a resultados especialmente dramáticos en el sector de la circulación, ya que, en la práctica, la reducción de la indemnización afecta a todas las partidas, incluidas las que serían necesarias para la atención de las lesiones que sufre al menor (p.ej. gastos médicos, ayuda de tercera persona, etc.)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> No puede echarse agua al vino y decir que, prueba de que es una cuestión bastante polémica, es que “recibe respuestas muy distintas en los ordenamientos de nuestro entorno”, como afirma ESTHER GÓMEZ CALLE (2014), “Responsabilidad de padres y centros docentes”, en REGLERO/BUSTO (2014) II, p. 1233, nota III. Hay una clara mayoría en favor de rechazar la concurrencia de culpa de la víctima en el caso de menores inimputables. Vide, también en este sentido, los informes nacionales de Alemania (nm. 7), Austria (nm. 15), Bélgica (nm. 21), Estados Unidos (nm. 5), Grecia (nm. 6-7), Inglaterra y Gales (nm. 29-33), Israel (nm. 15 y ss), República Checa (nm. 18-20), República de Sudáfrica (nm. 7), etc., en Ulrich. MAGNUS / MIQUEL MARTÍN-CASALS (eds.) (2003), *Unification of tort law: contributory negligence*, The Hague: Kluwer Law International. Constituyen excepción, *ibidem*, Italia (nm. 10) y Polonia (nm. 28). En España la opiniones se hallan divididas, como demuestra el propio Tratado de Reglero en LUIS FERNANDO REGLERO CAMPOS / JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (coord.) (2014), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª. Ed., 2 vols., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, vol. I, que en una parte señala que para que opere la concurrencia de culpa del menor se requiere capacidad de culpa civil (a cargo de REGLERO y Actualizado por LUIS MEDINA ALCOZ, p. 940 y ss), mientras que en otra se afirma lo contrario y se señala que “la contribución causal al daño por un sujeto civilmente inimputable justifica el correspondiente ajuste de responsabilidad del agente, siempre que el daño sea *objetivamente imputable* a la conducta de la víctima y ésta haya sido *objetivamente negligente* [énfasis añadido]” (GÓMEZ CALLE EN REGLERO/BUSTO (2014) II, p. 1235). Con todo, debe reconocerse, como afirma la autora que, aunque hay jurisprudencia abundante en los dos sentidos, en la práctica jurisprudencial de los últimos años predomina la postura italianizante que prescinde del requisito de la capacidad de culpa civil.

<sup>6</sup> Vide el comentario crítico de REGLERO (actualizado por LUIS MEDINA ALCOZ) (2014), p. 495-496, donde se manifiesta (p.

Por esta razón, ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo sobre una regla general como la que está vigente en la mayoría de los países de la Europa continental y del *Common Law* (la llamada *mirror image rule* o de trato igual a causantes de daños y a víctimas), el proyecto opta por establecer una regla que se centra en el resultado práctico que se quiere conseguir: que no se excluya ni reduzca la indemnización a los menores de 14 años lesionados, ni por su propia contribución a la causación del daño ni por la contribución de sus padres u otras personas físicas que deban responder por ellos. Por lo tanto, la regla no se aplica a los supuestos de fallecimiento de menores. Además, cuando el menor lesionado se halle bajo la guarda de una persona jurídica, si bien tampoco se permite reducir o excluir el resarcimiento del menor, sí se admite que pueda repetirse a la institución encargada de la guarda del menor la indemnización que éste ha recibido.

### 2.2.3 Otras cuestiones generales

En el ámbito de las cuestiones generales también se dedican varias disposiciones a deslindar las indemnizaciones que deben percibir los herederos, por las lesiones que sufre el lesionado que fallece antes de que se fije la indemnización que le correspondería, de las que deberán percibir *iure proprio* los familiares y allegados como perjudicados por su muerte<sup>7</sup>. Así, respecto de las indemnizaciones por lesiones temporales se establece que la indemnización que deben percibir los herederos del lesionado se fijará de acuerdo con el tiempo transcurrido desde el accidente hasta la estabilización de sus lesiones, o en su caso, hasta su fallecimiento, si éste es anterior. En cambio, en el caso de lesionados que sufren secuelas y que fallecen antes

496) que “[D]e todas las medidas “de nueva planta” adoptadas por la LRCSCVM esta que estudiamos es la que seguramente cause, permítaseme una expresión vehemente, una mayor repugnancia”. En contra, en el mismo Tratado, Gómez Calle en Reglero/Busto (2014) II, p. 1235) afirma que tal medida no le parece censurable. Un posición análoga adopta MARIANO MEDINA CRESPO (1999), *La valoración del daño corporal. Bases para un Tratado*, Tomo III, vol. I, *Las reglas generales del sistema*, Madrid, Dykinson, p. 121 y ss quien, con carácter general, es decir, no circunscribiendo su afirmación al ámbito de la ley especial, califica la posición de que no hay culpa exclusiva o concurrente de la víctima cuando la víctima es inimputable, por ser menor o enajenada, como “mito relativamente adorado” (p. 122).

<sup>7</sup> Sobre este tema vide el extenso trabajo de MARIANO MEDINA CRESPO (2013), *Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales: reconocimiento y cuantía: responsabilidad civil delictual, responsabilidad civil extracontractual, responsabilidad civil patronal y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Barcelona: Bosch.

de fijarse la indemnización se establece que sus herederos perciben, por un lado, la suma correspondiente al llamado “daño inmediato”, que consiste en un 15% del perjuicio personal básico por lesiones que hubiera correspondido al lesionado según la tabla correspondiente y, por otro, un porcentaje sobre el importe restante igual a la relación que existe entre el tiempo transcurrido desde la fecha del accidente hasta el fallecimiento y la esperanza de vida que tenía el fallecido en la fecha del accidente, establecida de acuerdo con la tabla de mortalidad prevista en las bases técnicas actuariales. Así, por ejemplo, si un lesionado que de acuerdo con dichas tablas tenía una esperanza de vida de 20 años fallece al cabo de un año, resulta que han sobrevivido 1/20 de su esperanza de vida, lo que equivale a un 5% y, por ello deberá percibir, además del 15% correspondiente al llamado “daño inmediato”, el 5% del importe restante. Esta indemnización es independiente de la que puedan percibir *iure proprio* los familiares y allegados (los llamados “perjudicados” o víctimas secundarias) por la muerte del lesionado y es compatible con ella.

En sede de reglas generales, otros aspectos destacables son los siguientes:

a) Los llamados “deberes recíprocos de colaboración” de lesionados y entidades aseguradoras para la determinación y mediciones de la lesiones temporales y secuelas, que establecen tanto el deber del lesionado de prestar la colaboración necesaria para que los servicios médicos designados por cuenta del eventual responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones, como el deber de la entidad aseguradora de proporcionar al lesionado el informe médico definitivo que permita valorar las secuelas, las lesiones temporales y todas sus consecuencias personales. El incumplimiento del deber que pesa sobre el lesionado constituye causa no imputable a la entidad aseguradora a los efectos de la regla 8ª del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, relativa al devengo de intereses moratorios; el incumplimiento del deber que pesa sobre la entidad provoca que, a los efectos del artículo 7.3 c) de la LRCSCVM, carezca de validez la oferta motivada que no hay ido precedida de dicho informe o que no lo adjunte.

b) La reglas relativas a la indemnización mediante renta vitalicia permiten no solo que las partes puedan convenir en cualquier momento o el juez acordar, a petición de cualquiera de ellas, la sustitución total o parcial de la indemnización fijada por la constitución de una renta

vitalicia en favor del perjudicado, sino también que cuando se trate del resarcimiento de los perjuicios padecidos por menores o personas declaradas incapaces el juez pueda acordar de oficio tal sustitución, al menos parcial, cuando la estime necesaria para proteger más eficazmente sus intereses.

c) Las reglas relativas al momento de determinación de la cuantía de las partidas resarcitorias que, a diferencia del criterio jurisprudencial sentado por la STS 17.4.2007 (RJ 2007, 3360) y su progenie, establecen que será la correspondiente a los importes del sistema de valoración vigente a la fecha del accidente, con la actualización correspondiente al año en que se determine el importe por acuerdo extrajudicial o por resolución judicial<sup>8</sup>.

Otros aspectos a destacar son la equiparación de la pareja de hecho estable al cónyuge, el resarcimiento durante un máximo de 6 meses de los gastos de tratamiento médico y psicológico que precisen los familiares de víctimas fallecidas o de grandes lesionados debidos a las alteraciones psíquicas que les haya causado el accidente, o las reglas para el cómputo de edades y para el cálculo de la renta vitalicia. Además, en este mismo Título, su Capítulo II se ocupa de establecer toda una serie de definiciones.

### 2.3. Indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales: perjuicio básico y perjuicios particulares

#### 2.3.1 Indemnizaciones por causa de muerte: categorías de perjudicados, perjuicio básico y sistematización de los perjuicios particulares

##### 3.1.A) La importancia de la sustitución de grupos excluyentes por categorías autónomas de perjudicados en la nueva determinación del perjuicio básico

Uno de los grandes aciertos de la Propuesta en la indemnizaciones por causa de muerte es, en mi opinión, la clasificación de los perjudicados en cinco categorías autónomas (el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados) y el establecimiento de que la resarcibilidad de sus daños, tanto en lo relativo a su admisión como a su cuantía, no depende de la existencia o inexistencia de perjudicados de otras categorías. Así, a diferen-

<sup>8</sup> También sobre este punto, MARIANO MEDINA CRESPO (2010), *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch.

cia del sistema actual, que en caso de muerte configura los perjudicados en grupos excluyentes, la Propuesta parte de que todos los perjudicados lo son siempre, aunque concurren con otros, y siempre perciben la misma cantidad, que puede variar debido a su edad, pero no por la simple concurrencia con otras categorías de perjudicados. La condición de perjudicado tabular se completa con la noción de perjudicado funcional o por analogía que prevé el art. 21-2, 3 al señalar que “[I]gualmente tiene la condición de perjudicado quien, de hecho y de forma continuada, ejerce las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta o asume su posición”. Y también se restringe, en el sentido de que el perjudicado tabular puede dejar de serlo cuando “concurran circunstancias que supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir” (cf. art. 21-2, 2), es decir, que se puede enervar su condición si se demuestra que su conducta es incompatible con la existencia de perjuicio moral debido a su desafección familiar que puede manifestarse, bien mediante el incumplimiento grave o reiterado de obligaciones que la ley impone a personas vinculadas por lazos familiares, bien mediante otra circunstancia que suponga la inexistencia, material o moral, de manera voluntaria o consciente, de toda relación personal o afectiva.

### 3.1.B) Los perjuicios personales particulares

Este sistema uniforme, en el que cada perjudicado obtiene de modo autónomo la indemnización correspondiente a su categoría, se particulariza mediante el reconocimiento de un conjunto de “perjuicios particulares” que se refieren a la situación personal del perjudicado o a la especial repercusión que en él tiene la situación de la víctima.

Así, por ejemplo, se habla del perjuicio particular por discapacidad física o psíquica del perjudicado –que, a diferencia del concepto perjudicial actual, puede ser previa o producida por el accidente– y que tiene por objeto compensar la alteración que el fallecimiento provoca de modo perceptible en su vida. También constituye un perjuicio particular la convivencia del perjudicado con la víctima, que se indemniza de modo específico excepto en aquellos casos en que –como sucede con el cónyuge y los allegados– ya forma parte del supuesto de hecho que se valora.

Mención aparte merecen lo que podrían llamarse “perjuicios de perjudicado único”, es decir, aquellos en los que el perjudicado no

comparte perjuicio con ningún otro perjudicado de la misma categoría o es perjudicado único familiar. Se trata de supuestos que se basan en la idea de que la soledad que deriva de esa situación genera un mayor perjuicio y que en la Propuesta se resarcan mediante los distintos conceptos perjudiciales de perjudicado único de un modo más sistemático y correcto que en la actualidad. Así, cuando el baremo actual fija una cantidad para, por ejemplo, un hijo perjudicado y fija otra distinta por cada ulterior hijo, con el resultado de que deberán repartirse por partes iguales cuando exista más de uno, no está queriendo resarcir menos cuando concurren varios perjudicados sino resarcir más en el caso de perjudicado único. La solución actual es criticable porque ese plus de perjuicio que sufre el perjudicado único dentro de su grupo no debería canalizarse a través de la suma básica, sino como un factor de corrección o, como se hace en la Propuesta, mediante el reconocimiento de un perjuicio personal particular.

Ello lleva a tener en cuenta también la situación paralela que podría denominarse de “víctima única de su categoría” y a que, junto al actual perjuicio por fallecimiento de ambos progenitores en el accidente –que se mantiene–, se introduzca el perjuicio por fallecimiento del progenitor único, que no se prevé en la actualidad. La Propuesta también simplifica el actual factor de corrección por fallecimiento del hijo único al establecerse un porcentaje de incremento único y eliminarse las diferencias por tramos de edad.

Finalmente, la Propuesta retoca ligeramente, para simplificarlo, el actual factor de corrección por fallecimiento de víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente y recoge también los llamados “perjuicios excepcionales”, que son los ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema, que se indemnizan, con criterios de proporcionalidad, con un límite máximo de incremento del 25% de la indemnización por perjuicio personal básico.

### 2.3.2 Indemnizaciones por secuelas: perjuicio personal básico y perjuicios particulares

La propuesta define las “secuelas” como “las deficiencias físicas y psíquicas y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión y permanecen una vez finalizado el proceso de curación” y clarifica que “el material de osteosíntesis que permanece al término de este proceso tiene la consideración de secuela”.

La valoración económica del perjuicio personal básico se realiza mediante dos Tablas: el llamado “baremo médico” (Tabla 2.A.1) y el llamado “baremo económico” (Tabla 2.A.2).

El baremo médico corresponde en líneas generales a la actual Tabla VI, debidamente actualizada, y contiene la relación de las secuelas que integran el perjuicio psicofísico permanente, con su clasificación, descripción y medición, y un capítulo relativo al perjuicio estético. Como en la actualidad, la medición del perjuicio psicofísico de las secuelas se realiza mediante un porcentaje de menoscabo expresado en puntos, con un máximo de 100, mientras que la puntuación del perjuicio estético se realiza por separado, con un máximo de 50 puntos.

El baremo económico contiene la valoración económica del perjuicio psicofísico y del estético. En la Tabla 2.A.2 las filas expresan la puntuación que resulta del baremo médico y las columnas la edad del lesionado. Como novedad, tanto las filas como las columnas se expresan de unidad en unidad, es decir, punto a punto y año a año, respectivamente, y el importe se hace constar en la intersección de la fila y la columna correspondiente. La indemnización básica por secuelas está compuesta por la suma de las cantidades que resultan de valorar de modo independiente los perjuicios psicofísicos y los estéticos. La Propuesta incluye también reglas de aplicación de ambos tipos de perjuicio, tanto para resolver los problemas planteados por las secuelas interagradorias y las agravatorias de estado previo, como para determinar los grados del perjuicio estético.

En el ámbito de los perjuicios personales particulares se reestructuran, convertidos en “perjuicios particulares”, algunos de los llamados “factores correctores” de la Tabla IV actual y se añade algún perjuicio de nuevo cuño.

Así, los llamados “daños complementarios por perjuicio psicofísico” –que tienen por objeto compensar el plus de perjuicio personal que se produce cuando hay secuelas especialmente graves– se corresponden con los actuales “daños morales complementarios”, si bien se rebaja el número de puntos necesario de 75 a 60, en el caso de una sola secuela, y de 90 a 80 puntos, en el caso de secuelas concurrentes. Como nuevo perjuicio resarcible se introduce el relativo a los “daños morales complementarios por perjuicio estético”, que se tendrá en cuenta a partir de los 36 puntos.

Como mayor avance en este apartado, debe destacarse, por un lado, que la Propuesta depura estos perjuicios particulares de todo componente patrimonial y evita la creación de una miríada de conceptos perjudiciales particulares, como ocurre en el Derecho francés, mediante la introducción de un concepto mucho más amplio, de mayor plasticidad y con mayor potencialidad de desarrollo que es el de “pérdida de calidad de vida”, que se valora en distintos grados y que permite englobar cualquier perjuicio. Así ocurre, por ejemplo, con el actual factor de corrección por “lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima” que, por un lado se depura de todos sus aspectos de daño patrimonial –razón por la que se reducen las cuantías actuales en un 40%, que se compensan mediante el mecanismo propio de resarcimiento del lucro cesante– y se reconfigura al entorno del concepto de perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el llamado perjuicio moral por pérdida de calidad de vida engloba diversos aspectos: a) la pérdida de autonomía personal, que afecta a las actividades esenciales de la vida ordinaria; b) la pérdida de desarrollo personal, que afecta a las actividades específicas de este tipo y c) el perjuicio moral vinculado a la imposibilidad de desempeñar un trabajo o profesión.

La pérdida de autonomía personal consiste en el menoscabo físico o psíquico que impide o limita la realización de las actividades esenciales de la vida ordinaria (tales como comer, beber, asearse, vestirse, etc.). La pérdida de desarrollo personal, en cambio, es la que impide o limita toda una serie de actividades mediante las cuales el perjudicado se realizaba como persona, tanto en su dimensión individual como social. Incluye así actividades tales como las relativas al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y a la práctica de deportes, a la formación, etc. Finalmente, el perjuicio moral o extrapatrimonial que comporta no poder desempeñar un trabajo o profesión se halla incluido también en este apartado ya que el trabajo, además de un medio de procurarse la subsistencia, supone un instrumento de desarrollo personal que incide directamente sobre la autoestima de la persona, la mantiene activa y la hace sentir útil.

La propuesta opta por una valoración global de estos perjuicios particulares dentro del concepto genérico de “pérdida de calidad de

vida” y distingue entre perjuicio “muy grave”, “grave”, “moderado” y “leve”. En su aspecto laboral, es decir, de perjuicio extrapatrimonial por no poder desempeñar un trabajo, esos tres últimos grados coinciden a grandes rasgos con las actuales incapacidad absoluta, total y parcial, si bien, como ya se ha indicado, con unos importes reducidos en un 40% por la deducción del aspecto patrimonial.

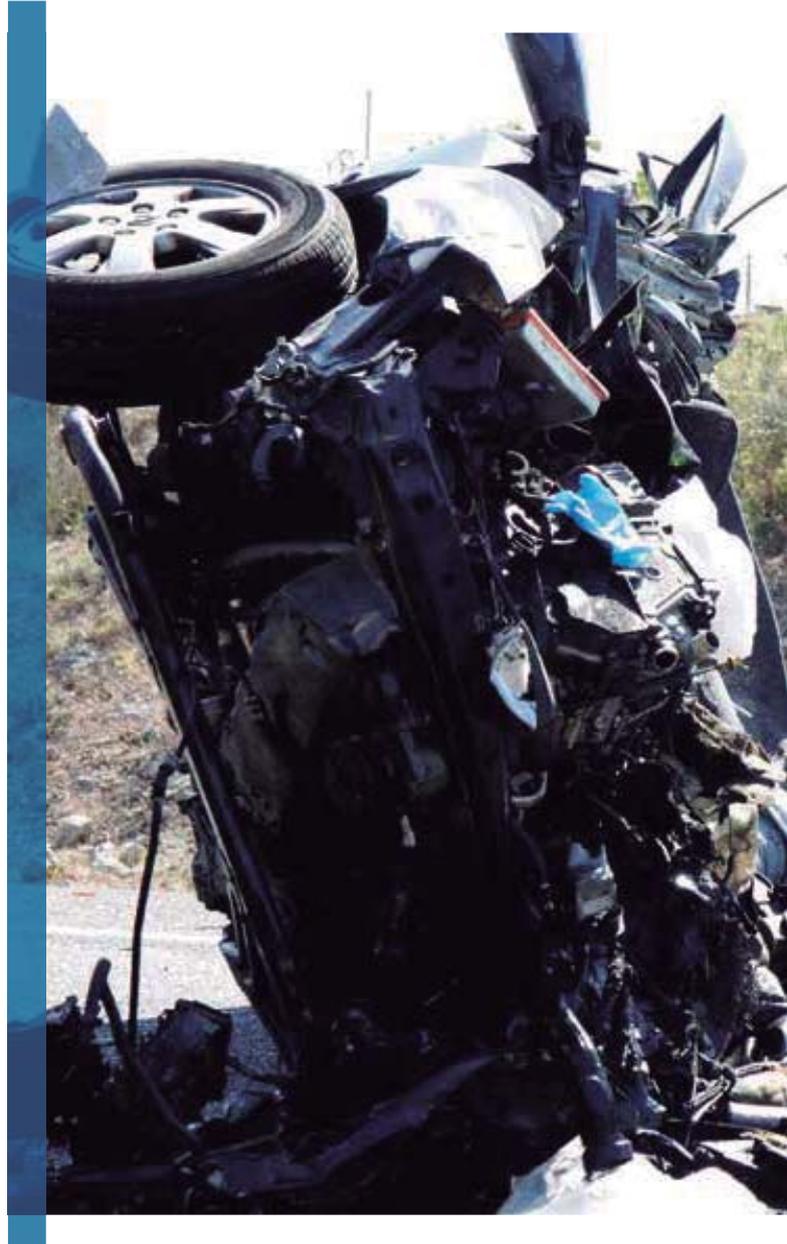
Con todo, y dejando de lado el aspecto laboral, la configuración que se ha llevado a cabo del perjuicio leve chirría, ya que, por razones de ajuste económico del sistema, se limita a aquellas secuelas de “más de seis puntos” cuando, como es bien sabido, la pérdida de la posibilidad de llevar a cabo actividades de desarrollo personal no tiene por qué estar necesariamente relacionada con un perjuicio psicofísico de más de un determinado número de puntos (ejemplo clásico y manido: el pianista no profesional que ya no puede dar rienda suelta a su pasión de tocar el piano por sufrir una lesión en un dedo cuya valoración es inferior a 7 puntos). La incongruencia supone un sacrificio puntual de la coherencia del sistema para hacerlo económicamente viable y sería muy deseable que se superara en un futuro no muy lejano.

También se configura como un perjuicio por pérdida de calidad de vida el que sufren los familiares de grandes lesionados por la alteración que causa en sus vidas la prestación de cuidados y la atención continuada de dichos lesionados. Además, se admite el resarcimiento de ese perjuicio en el caso de secuelas muy graves que alcancen al menos 80 puntos.

Finalmente, como en el caso de muerte, se regula también el resarcimiento de pérdida de feto a consecuencia del accidente (en este caso, obviamente, con supervivencia de la madre lesionada) y el perjuicio excepcional, que puede dar lugar a un incremento máximo del 25% de la indemnización por perjuicio personal básico.

### 2.3.3 Perjuicio básico y perjuicios particulares en lesiones temporales

En materia de lesiones temporales la Propuesta llama “perjuicio personal básico” a lo que el baremo actual denomina “día no impeditivo” y lo configura como perjuicio común que padece el lesionado desde la fecha del accidente hasta el final del proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela. Se valora mediante una cantidad diaria establecida en la Tabla 3.A que es de 30 euros, es decir, inferior a la actual, que es de 31,43 eu-



ros. La reducción no obedece a una voluntad de disminuir las indemnizaciones por este concepto sino a la necesidad de ajustar el impacto económico del nuevo sistema. Se trata, además, de una partida con mucho impacto en el sistema y cuya cuantía responde tan solo a criterios convencionales, por lo que el ajuste no supone ningún quebranto a la coherencia del sistema que se propone.

Los perjuicios particulares, como en el caso de secuelas, se refieren a la pérdida de calidad de vida, en este caso temporal, que sufre el lesionado, y se distinguen tres grados: muy grave, grave y moderado.

El perjuicio temporal muy grave es aquel en el que el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar la casi totali-



dad de actividades esenciales de la vida ordinaria. A título de ejemplo –y, sin duda, el caso más importante en la práctica– se señala que el ingreso en una unidad de cuidados intensivos constituye un perjuicio de este grado. Este tipo de perjuicio no coincide con ninguno de los establecidos actualmente y en la Propuesta se indemniza con 100 euros diarios.

El perjuicio grave es aquel en que el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar un parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal. A título de ejemplo se indica que la estancia hospitalaria constituye un perjuicio de este grado, por lo que, a pesar de configurarse de un modo más amplio, se asimila al actual “día con estancia hospitalaria”, con un cuantía

algo mayor que la actual, es decir, de 75 euros en lugar de los 71,84 euros que marca el baremo de 2014. Pero insisto, lo definitorio no es estar hospitalizado o no, sino perder esa autonomía o desarrollo personales a las que se refiere la norma.

Finalmente el perjuicio moderado es aquel en que el lesionado pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal. Se asimila al actual “día impeditivo”, si bien con una retribución algo menor, ya que, en lugar de los 58,41 euros actuales, se valora en tan solo 52.

Las cuantías de los perjuicios particulares incorporan ya el perjuicio básico de tal modo que los días en los que se sufren perjuicios temporales solo pueden pertenecer a una única categoría: o bien son básicos o bien particulares de grado muy grave, grave o moderado. Con este sistema se ha querido simplificar el cálculo.

También se configura como un nuevo perjuicio particular resarcible el perjuicio causado por intervenciones quirúrgicas que, en atención a las características de la operación, complejidad técnica quirúrgica y tipo de anestesia, se resarce con un importe que va de los 400 a los 1.600 euros.

#### 2.4. El resarcimiento de los perjuicios patrimoniales: cambio de paradigma

Es bien sabido que una de las principales deficiencias del sistema valorativo en vigor se halla en los criterios establecidos para valorar los daños patrimoniales.

Respecto al daño emergente, es decir a los gastos provocados por el fallecimiento o las lesiones, la regulación española actual es muy fragmentaria ya que mientras que se refiere con detalle a algunos de ellos (por ejemplo, gastos de adecuación de vivienda y de vehículo), se limita a una referencia más o menos genérica en algunos otros, como es el caso de los “gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria” que, además, desde 2007 se han limitado a los producidos “hasta la sanación o consolidación de secuelas”.

Respecto al lucro cesante, a pesar, por un lado, de las rubricas de las Tablas I y III que, al señalar que se refieren a indemnizaciones básicas, respectivamente, por muerte y por lesiones permanentes, “incluidos daños morales”, parecerían querer indicar que las indemnizaciones

básicas no solo compensan perjuicios extrapatrimoniales sino también patrimoniales y, por otro, de que el Punto Segundo del Anexo (*Explicación del Sistema*) indica literalmente que la Tabla I “comprende la cuantificación de los daños morales” y lo que llama “daños patrimoniales básicos” [sic], la mejor doctrina ha considerado que las indemnizaciones básicas cubren únicamente el perjuicio personal y que corresponde al factor de corrección de perjuicios económicos incluido en la Tablas correspondientes la función de indemnizar los perjuicios patrimoniales.<sup>9</sup>

Por ello, junto a un parcial componente de perjuicio patrimonial, en sede de lesiones permanentes, en los supuestos de incapacidad parcial, total y absoluta, en éste y en todos los demás casos el método que utiliza el sistema valorativo actual para dar entrada a la indemnización del lucro cesante es el de los llamados factores de corrección por “perjuicios económicos” de las Tablas II, IV y VB, que se aplican, respectivamente a las indemnizaciones básicas por muerte, por lesiones permanentes y por lesiones temporales, dando lugar a incremento de la indemnización por perjuicio personal básico, en unos porcentajes que van del 10% al 75%, en función de una determinada horquilla de ingresos de la víctima.

El sistema es de una gran simplicidad, superada tan solo por su arbitrariedad, ya que compensa sistemáticamente unos pretendidos perjuicios económicos, se hayan producido o no y, en caso de que se hayan producido, utiliza un criterio que es irracional, ya que no existe ninguna correlación matemática ni de ningún otro tipo entre el grado de perjuicio psicofísico y la pérdida de ingresos por trabajo personal. Así, mientras que un grave perjuicio psicofísico puede tener una repercusión menor en los ingresos del lesionado (p.ej., asesor jurídico que sufre un grave lesión que le obliga a ir en silla de ruedas), una lesión de entidad mucho menor puede obligar al cese de una actividad profesional remunerada a quien la sufre (p. ej.,

músico concertista profesional que debido, por ejemplo, a la pérdida de un dedo tiene que abandonar su carrera).

La doctrina francesa admite la paternidad de tal método de cálculo del lucro cesante, y también confiesa haberlo exportado a Bélgica, Luxemburgo y a “países del sur” como España, Portugal e Italia, pero ello no le impide calificarlo como un método “aberrante” [sic]<sup>10</sup> por esa falta de correlación entre el grado de perjuicio psicofísico y la pérdida de ingresos profesionales<sup>11</sup>.

La arbitrariedad del sistema queda todavía más patente, en mi opinión, si atendemos a los jóvenes que todavía no han entrado en el mercado laboral:

a) En el caso de muerte de una persona que todavía no ha entrado en el mercado laboral, los perjudicados recibirán en concepto de factor corrector por perjuicios económicos hasta un 10% de incremento de su indemnización básica por muerte si la víctima fallecida se hallaba en edad laboral (mayor 16 años) y nada si no se hallaba en edad laboral. En ambos casos, la muerte de la víctima no da lugar a que los perjudicados dejen de percibir ingresos de ella (o a que pierdan la prestación de un trabajo no remunerado con un valor económico), por lo que no provoca perjuicio patrimonial alguno y, si se resarce ese factor, se produce una sobrecompensación.

b) En el caso de lesiones permanentes, el lesionado que no obtiene ingresos porque todavía no ha entrado en el mercado laboral recibirá solo hasta un 10% de incremento de su indemnización básica por lesiones permanentes, si se hallaba en edad laboral, y nada si no se hallaba en edad laboral. Tanto en un caso como en otro se produce una infracompensación. Si, como se ha indicado, se considera que la indemnización por incapacidad permanente no solo resarce perjuicios extrapatrimoniales, sino también patrimoniales, tal vez podrá argumentarse que en determinados casos (p. ej. incapacidad permanente absoluta de menores de edad), podrá completar o suplir los perjuicios patrimoniales que se compensarían con el factor corrector por perjuicios económicos, pero aun así la infracompensación del menor o del joven que no podrá llevar a cabo ningún trabajo remunerado el resto de su vida es clara.

<sup>9</sup> Véase por todos MARIANO MEDINA CRESPO (2000), *La valoración civil del daño corporal: bases para un tratado: análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia*, T. 4. El fallecimiento, Dykinson, Madrid, p. 49. A una conclusión parecida llega XIOL acudiendo a la idea, expresada en el inciso primero del § I.7 del Anexo de la LRCSCVM al indicar que el sistema parte de que “[l]a cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas...”. Cf. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (2011), “La posible reforma de valoración de daños personales derivados de los accidentes de circulación”, *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 146, 2011, págs. 247-278, p. 258.

<sup>10</sup> Cf. YVONNE LAMBERT-FAIVRE/STÉPHANIE PORCHY-SIMON (2011), *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*, 7<sup>e</sup> éd., Paris: Dalloz, Nm. 39, p. 32.

<sup>11</sup> LAMBERT-FAIVRE / PORCHY-SIMON (2011), Nm. 174, p. 179.

c) Finalmente, en el caso de lesiones temporales el lesionado que todavía no ha entrado en el mercado laboral nuevamente recibirá hasta un 10% de indemnización o nada, dependiendo de si se halla en edad laboral o no, cuando en ninguno de los dos casos sufre perjuicio patrimonial por pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia.

En el caso de personas que llevan a cabo trabajos no remunerados, como por ejemplo las dedicadas a las tareas domésticas, el sistema las equipara a las personas que no obtienen ingresos y permite indemnizarlas hasta un 10% del perjuicio personal básico. Con ello, la regla ni reconoce la importancia de ese tipo de trabajo no remunerado, ni permite -por el importe escaso que otorga- aproximarse mínimamente a que tal trabajo pueda compensarse por vía de sustitución, es decir, remunerando a otra persona para que lo lleve a cabo.

Sorprende que el legislador del sistema valorativo actual tuviera que acudir a la doctrina francesa para importar un sistema valorativo tan tosco en lugar de tratar de emular a los grandes juristas de la Escuela de Salamanca que siglos antes, para la admiración de futuras generaciones de juristas de toda Europa<sup>12</sup>, sentaron las bases de un sistema valorativo mucho más racional<sup>13</sup>. Fueron ellos los que, desarrollando la doctrina de la restitución por daños extracontractuales (*restitutio ratiōe acceptiōnis*), equipararon los supuestos de pérdida de sostenimiento de los familiares, en caso de muerte, o de pérdida o disminución de ingresos, en el caso de lesiones, a las categorías del *ius commune* de *damnum secutum* o *lucrum cessans*, y se ocuparon de multitud de cuestiones valorativas. Así, en el caso de muerte, por ejemplo, del importe del sostenimiento de los familiares, de la estimación de la hipotética esperanza de vida de la víctima fallecida, de si debían compensarse o no los gastos de entierro<sup>14</sup>, o de si debía deducirse del importe que debían percibir los familiares la parte que el fallecido destinaba a su propio consumo (*quota sibi*)<sup>15</sup>. También,

en materia de lesiones permanentes, establecieron que el causante del daño no solo estaba obligado a resarcir los costes de curación, sino también los ingresos dejados de obtener (*spes lucri*), de los que debían deducirse los gastos necesarios para obtenerlos, y también consideraron la posibilidad de tener en cuenta, para reducir la indemnización por lucro cesante, la subsistencia tras la lesión de una capacidad residual de obtener ingresos<sup>16</sup>.

Evidentemente, la Comisión de Expertos no ha podido ni ha querido emular a tan grandes juristas, pero sí intentar superar con una nota aceptable la asignatura pendiente del resarcimiento de los perjuicios patrimoniales. Por un lado, ha querido regular con más claridad y detalle las partidas de daño emergente o gastos resarcibles; por otro, ha sustituido el actual factor de corrección por perjuicios económicos por el método del multiplicando y el multiplicador que tiene en cuenta la pérdida efectiva de ingresos del lesionado o de su capacidad de generarlos o de continuar desempeñando un trabajo que, aunque no sea remunerado, sí tiene un valor económico. Sin lugar a dudas, éste es el apartado en el que la Propuesta presenta más novedades. Veámoslo con más detalle.

## 2.4.1 El resarcimiento de gastos

### 4.1.A) Gastos en los casos de muerte

En los supuestos de muerte la Propuesta distingue entre un “perjuicio patrimonial básico”, referido a gastos generales, y “gastos específicos” (cf. art. 21-18). Los gastos generales serían “los gastos razonables que cause el fallecimiento, como el desplazamiento, la manutención, el alojamiento y *otros análogos* [énfasis añadido]”, con lo que se deja así abierta la posibilidad de que el juez pueda valorar como razonablemente causados por la muerte otros gastos no específicamente mencionados, como los de telefonía y comunicaciones, la cancelación de vacaciones o de actividades previstas y que ya no pueden realizarse, y similares. En concepto de “perjuicio

<sup>12</sup> Principalmente alemanes, que son los que mejor la conocen por ser los que más la han estudiado. Vide, entre los trabajos más recientes, el excelente estudio de NILS JANSEN (2013), *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution: Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

<sup>13</sup> JANSEN (2013), p. 112 y ss.

<sup>14</sup> JANSEN (2013), p. 114.

<sup>15</sup> En este sentido, aunque sin utilizar la expresión de *quota sibi*, puede verse a LEONARDUS LESSIUS, *De iustitia et iure ce-*

*terisque virtutibus cardinalibus, Libri Quator*, Venetiis: Apud Andream Baba, 1625, Dubitatio XIX, n. 124, p. 82, donde, con el apoyo de la opinión concordante de DIEGO DE COVARRUBIS y de DOMINGO DE SOTO, indica que “[T]eneri etiam restituere, non quidem quantum ipse erat lucraturus, sed quantum illa spes lucri valebat, si quaesitum aliquo officio vel artificio faciebat ijs tamen detractis, quae ipse consumere solebat, si obijt. Quae enim ipse consumebat, non possunt censari in lucris id heredes pervenientibus. v.g. spes lucri aestimetur 1.000. id quod consumpturus erat aestimetur 500. supersunt tantum 500. restituiendi...”.

<sup>16</sup> JANSEN (2013), p. 113-114.

patrimonial básico” cada perjudicado recibe, sin necesidad de justificación, la cantidad de 400 euros, y puede obtener el resarcimiento de gastos superiores si los justifica. Los gastos específicos incluyen los gastos de traslado del fallecido, entierro y funeral conforme a los usos y costumbres del lugar donde se preste el servicio y, en su caso, los gastos de repatriación del fallecido al país de origen (cf. art. 21-29).

#### 4.1.B) Gastos en los casos de secuelas

En los supuestos de secuelas la Propuesta regula con mayor detalle los distintos tipos de gastos que pueden producirse. La regulación tiene su origen en un laborioso acuerdo entre Asociaciones de Víctimas y UNESPA que, a pesar de lo meritorio que pueda ser, no está exento de reparos por la multitud de topes y límites dinerarios que incluye. Aunque al parecer tales limitaciones tranquilizan al sector asegurador son, a mi juicio, absolutamente criticables porque responden, como ya se ha señalado, a una concepción que confunde un sistema de valoración con un sistema de tasación o limitación y porque, en la práctica, pueden ser contraproducentes y dar lugar a un efecto inflacionista. Los gastos referidos son los siguientes:

a) Los gastos previsibles de asistencia sanitaria futura (cf. art. 22-21), respecto de determinados tipos de secuelas que, o bien (a) se listan *nominatim* y cuyos importes anuales se topan en un Tabla específica (Tabla 2.C.1), (b) se presumen –salvo prueba en contrario de la entidad aseguradora– cuando las secuelas sean iguales o superiores a los 50 puntos, o a los 80 en secuelas concurrentes e intergravatorias, o (c) se pueden probar por el lesionado cuando sean inferiores a esa puntuación pero superiores a los 30 puntos. En mi opinión, el aspecto más criticable de esta regulación es que se excluya la posibilidad de que generen gastos de asistencia sanitaria futura las secuelas por debajo de los 30 puntos. Si la razón que se esgrime para justificar esa limitación es que por debajo de los 30 es imposible que exista necesidad de asistencia sanitaria futura, el límite es innecesario; si esa necesidad, por rara que sea, es posible en la práctica, volvemos a topar con otro límite a la reparación íntegra que desplegará sus efectos cuando ocurra el supuesto.

Las entidades abonarán directamente esas cantidades a los servicios públicos de salud dentro de los límites que establece dicha Tabla. Se prevé que la Sanidad pública se constituirá en garante de la prestación de asistencia, y también que deberá concertar la prestación de

tales servicios con centros sanitarios privados para que el lesionado pueda ejercer su facultad de elección. Como resulta obvio, el texto de la Propuesta no era el lugar adecuado para regular con detalle este mecanismo, por lo que su puesta en práctica requerirá una regulación específica en la que, que yo sepa, nadie está trabajando en estos momentos.

b) Los gastos ocasionados por la necesidad de prótesis y ortesis, que se resarcen directamente al lesionado e incluyen las reposiciones que necesite a lo largo de su vida, si bien con un límite de 50.000 euros por recambio.

c) Los gastos de rehabilitación domiciliaria y ambulatoria, que también se resarcen al lesionado y se limitan a una cantidad máxima anual en función de distintos tipos de secuelas.

d) Los gastos por pérdida de autonomía personal muy grave y grave, que incluyen las ayudas técnicas, la adecuación de la vivienda y la adecuación del vehículo –que se engloba dentro de un concepto más amplio de “perjuicio patrimonial por el incremento de costes de movilidad”–, también sujetos a límites cuantitativos.

e) Finalmente, los gastos de ayuda de tercera persona por pérdida de autonomía personal grave o muy grave, que no se someten a un límite pecuniario, pero sí de número de horas, y que son objeto de una regulación detallada que se refleja en dos Tablas. La primera (2.C.2) se refiere a las horas diarias de ayuda de tercera persona que se asignan a determinadas secuelas que se enumeran en la Tabla. No obstante, debe tenerse en cuenta que, además de las secuelas nominadas de modo expreso, se podrá resarcir dicha ayuda si se acredita mediante prueba pericial médica una pérdida de autonomía personal análoga a la producida por las secuelas que se mencionan. La segunda Tabla (la 2.C.3) establece el importe de la indemnización en la intersección de la fila del número de horas necesarias y la columna relativa a la edad del lesionado.

#### 4.1.C) Gastos en los casos de lesiones temporales

Finalmente, en el ámbito de las lesiones temporales la Propuesta distingue entre “gastos de asistencia sanitaria” (art. 23-8) y otros “gastos diversos resarcibles” (art. 23-9).

Los primeros se refieren a la prestación de servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como a las prestaciones complementarias que se requieran para el diagnóstico o trata-

miento de las lesiones y al transporte necesario para poder prestar la asistencia. También incluyen las prótesis, ortesis y ayudas técnicas que, por prescripción facultativa, necesite el lesionado hasta el final del proceso curativo o estabilización de las secuelas.

A diferencia de los supuestos de secuelas, en donde se establece –aunque solo en relación con los gastos de asistencia sanitaria futura en el ámbito hospitalario y ambulatorio– que estos gastos “serán abonados directamente por la entidades aseguradoras a los servicios públicos” (cf. art. 22-22, 1), en sede de lesiones temporales se señala tan solo que las entidades aseguradoras “podrán” hacerlo (cf. Art. 23-8, 2), por lo que no queda claro cuál pueda ser el papel del lesionado en estos casos y más concretamente, si podrá oponerse a ello y obtener el pago directo, algo que, con toda probabilidad tendrá que dejar claro la normativa de desarrollo que se mencionaba antes.

Los llamados “gastos diversos resarcibles” se refieren a aquellos que genera la lesión en el desarrollo ordinario de la vida diaria del lesionado hasta el final del proceso curativo o estabilización de las secuelas, siempre que se justifiquen y sean razonables en atención a sus circunstancias personales y familiares. En particular, se señala expresamente que, siempre que se cumplan tales requisitos de justificación y razonabilidad, se resarcen dentro de este concepto el incremento de los costes de movilidad del lesionado, los desplazamientos de familiares para atenderle cuando su condición médica o situación personal así lo requiera y, en general, los gastos necesarios para que queden atendidos el lesionado o los familiares menores o especialmente vulnerables de los que se ocupaba.

#### 2.4.2 El resarcimiento del lucro cesante

A diferencia del sistema actual, en el sistema que se propone la condición de perjudicado por daño extrapatrimonial es condición necesaria pero no suficiente para tener la condición de perjudicado patrimonial, ya que se requiere además que la persona incluida en una de las categorías previstas o asimilada “dependiera económicamente” de la víctima fallecida.

El concepto de “dependencia económica” se entiende en sentido amplio, y se refiere a la situación de aquellas personas que se beneficiaban de los ingresos que obtenía la víctima y que se ven económicamente perjudicadas por su muerte. La regulación considera que tal dependencia existe si el perjudicado es cónyuge

del fallecido, la presume *iuris tantum* cuando los perjudicados son los hijos menores de 30 años y, en todos los demás casos, considera que debe probarla quien la alegue.

Para realizar el cálculo del lucro cesante se utiliza un modelo actuarial que parte de dos factores, el multiplicando y el multiplicador, cuyo producto determinará la indemnización correspondiente. El multiplicando está constituido por los ingresos netos de la víctima fallecida, expresados en las Tablas en tramos de 3.000 en 3.000 euros. El multiplicador es un coeficiente que se obtiene para cada perjudicado y que resulta de combinar diversos factores, la mayoría de ellos generales y algunos específicos.

#### 4.2A) Breve excursus sobre la compensación del perjuicio patrimonial de quien no tiene ingresos por dedicarse al trabajo doméstico

La Propuesta opta por configurar la pérdida del valor económico que comporta la imposibilidad de llevar a cabo el trabajo doméstico como un daño patrimonial y, más concretamente como un lucro cesante.

El concepto de trabajo doméstico que perfilan los arts. 21-24 y 21-25, en materia de muerte, y 23-39 y 23-10,4 en materia de secuelas y de lesiones temporales, respectivamente, es el que desempeña aquella persona que no obtenía ingresos por ser quien contribuía al sostenimiento de su unidad familiar mediante la dedicación exclusiva a las tareas del hogar o el que lleva a cabo la persona acogida a una reducción de la jornada de trabajo para compatibilizar el trabajo remunerado con las tareas del hogar de su unidad familiar.

En el primer caso, la dedicación exclusiva a las tareas del hogar se valora en el equivalente a un salario mínimo interprofesional anual, que podrá incrementarse hasta un máximo de 1,5 salarios mínimos anuales en función de la existencia en la unidad familiar de menores, discapacitados o familiares mayores de 67 años. En el segundo se trata de una dedicación parcial causalizada, es decir, que quien se dedica parcialmente a las tareas del hogar es quien realiza una actividad profesional o laboral remunerada a tiempo parcial, pero no porque no ha podido acceder a un trabajo a tiempo completo, sino porque se ha acogido a esa dedicación laboral parcial para poder conciliarla con la dedicación al cuidado del hogar y de la familia. En este caso se resarce con el importe de 1/3 de las cantidades que corresponderían en caso de dedicación exclusiva. Por “unidad familiar” se entiende “... en caso de

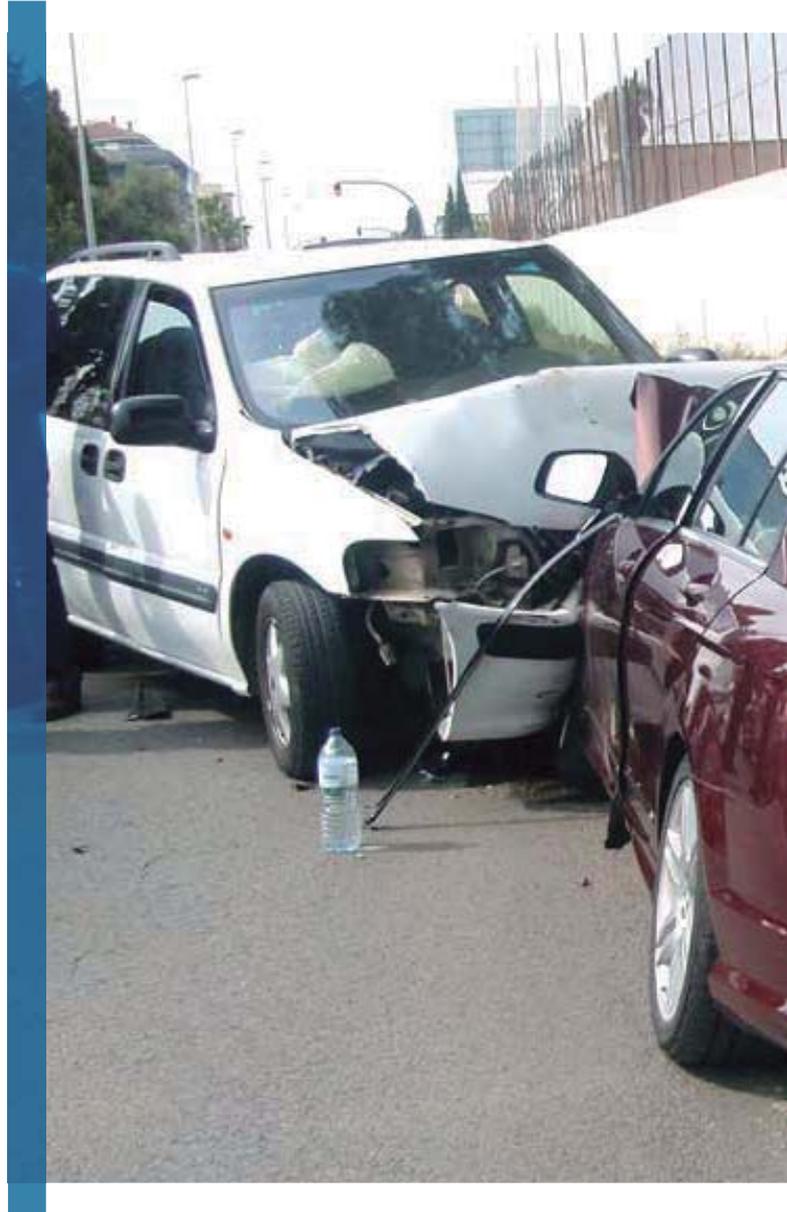
matrimonio o pareja de hecho estable, la integrada por los cónyuges o miembros de la pareja y, si los tuvieran, por los hijos y ascendientes que convivan con ellos. También es unidad familiar la integrada, por lo menos, por la convivencia de un ascendiente con un descendiente” (art. 12-11).

El primer escollo a superar en este tema es la falta de claridad sobre la resarcibilidad de perjuicios que, a pesar de tener un valor económico, no disminuyen el patrimonio del dañado ni impiden su incremento porque no comportan ni un gasto efectivo ni la falta efectiva de un ingreso. Ejemplos de estos daños que, siguiendo la doctrina alemana, se suelen llamar “daños normativos” (*normative Schäden*), son los que privan al perjudicado del uso de una cosa, por ejemplo de un vehículo o de una máquina industrial, cuando el perjudicado, en lugar de alquilar una que la sustituya, soluciona la privación de uso por otros medios (p. ej. usa el transporte público o utiliza la máquina que gratuitamente le presta un amigo). O, en los casos de daños a la persona, cuando el daño crea a quien lo sufre una nueva necesidad, p. ej. de atención o cuidado de tercera persona o de desempeño de un trabajo doméstico que, si bien se pueden cubrir, al menos de modo aproximativo, mediante la contratación del servicio en el mercado, se cubre en el caso concreto gracias a la ayuda desinteresada de familiares y amigos. De acuerdo con la llamada “teoría de la diferencia”, que tiene en cuenta la diferencia entre la situación patrimonial del dañado antes del accidente y la que existe tras el mismo, ninguno de esos daños podría calificarse de daño patrimonial, por lo que podría afirmarse que no mediando ninguna repercusión en el patrimonio, o de modo más concreto, al no existir ningún gasto ni ninguna pérdida de ingreso, el dañado no sufre daño patrimonial alguno.

Ante esa situación hay que tener presente que desde hace muchos años la doctrina se ha encargado de criticar esa concepción del daño<sup>17</sup>. Con algo más de crudeza, alguna voz muy autorizada<sup>18</sup> ha señalado que la teoría de la diferencia es una doctrina equivocada que debe su origen a un error de traducción del latín al alemán

<sup>17</sup> Entre nosotros, vide FERNANDO PANTALEÓN (1991), Com. art. 1902 CC, en CÁNIDIO PAZ-ARES RODRÍGUEZ... [et al., ] (dir.), *Comentario del Código Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, T, II, p. 1988 y ss. y Elena Vicente Domingo (2014), “El daño”, en Reglero/Busto (2014), T, I, p. 324 y ss. y allí más referencias.

<sup>18</sup> Cfr. HEINRICH HONSELL (2010), “Differenztheorie und normativer Schadensbegriff”, en STEPHAN FUHRER (Hrsg.), *Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Festschrift zum 50. jährig Bestehen*, Zürich: Schulthess, pp. 255-271, p. 259.



de Friedrich Mommsen, que fue quien la formuló hace algo más de 150 años<sup>19</sup>. Así, tradujo la expresión “id quod interest” por “lo que está en medio” o “lo que marca una diferencia”<sup>20</sup>, y no por “lo que a uno le importa”<sup>21</sup>, es decir, el interés individual y concreto que el perjudicado tenía en la cosa<sup>22</sup>, que era el sentido que se desprendía claramente de otros textos del Digesto, como en el caso de quien mata al esclavo que se debía entregar bajo pena convencional, en el que la pérdida de utilidad del propietario

<sup>19</sup> FRIEDRICH MOMMSEN (1855), *Zur Lehre von Interesse*, Braunschweig: Schwetschke, p. 3 y ss.

<sup>20</sup> En el original alemán, respectivamente, “was dazwischen liegt” y “was einem Unterschied macht”.

<sup>21</sup> En el original alemán, “was einem daran liegt”.

<sup>22</sup> Cfr. HONSELL (2010), p. 259, con referencia a D. 21, 2, 31 (Ulpiano).



incluye el importe de la pena convencional que deberá pagar por no poder entregarlo. También en los casos de quien mata a uno de los cómicos de una *troupe*, a uno de los músicos de un grupo, a uno de los hermanos gemelos, a uno de los caballos de una cuadriga o a una de las mulas de una yunta, en los que “no solo se ha de hacer la estimación del cuerpo muerto, sino que también se ha de tener en cuenta de aquello en que se depreciaron los demás cuerpos”<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Cf. D.9, 2, 22 (Paulo): “Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium. § 1.-Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis, aut symphoniaciis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex parí mularum unum vel unam occiderit; non solum enim peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depreiata sunt”. D. 9, 2, 21, 2 (Ulpiano) habla también de que debe hacerse “la estimación de lo que importa” (“ut eius quod interest fiat aestimatio”). Las referencias en castellano en el texto se hacen

Con todo, la teoría de la diferencia es la que de uno u otro modo impera en la práctica de la mayoría de los países y funciona de modo razonable en la mayoría de los casos. No obstante, para dar cabida a distintos grupos de casos en los que se considera que, desde el punto de vista de una valoración normativa, existe un perjuicio que debe ser resarcido aunque no se manifieste en una diferencia patrimonial o, incluso, que debe resarcirse un gasto que el hecho originador del daño no ha causado pero que ha hecho que devenga inútil (p.ej. la entrada de teatro que no se puede utilizar debido a un accidente de circulación), la doctrina alemana ha elaborado el llamado “concepto normativo de daño”, que se concibe como una corrección de la doctrina de la diferencia, pero que, en realidad, no tiene unos contornos claros y definidos<sup>24</sup>, y en la que el resarcimiento del perjuicio que resulta de no poder realizar las tareas domésticas constituye uno de los supuestos previstos.

Podría pensarse que el engorro que comporta la referencia a unos perjuicios que no encajan con la tradicional doctrina de la diferencia podría haberse obviado configurando tal perjuicio, en vez de como un lucro cesante, como un daño emergente, es decir, como el pago de unos gastos de sustitución.<sup>25</sup> No obstante, además de que ello no es cierto, existen, en mi opinión, poderosas razones que aconsejan la configuración que se ha adoptado.

En primer lugar, no puede compartirse la idea, manifestada por algún autor italiano, de que la persona dedicada a las tareas domésticas es “sustancialmente, una persona en paro”<sup>26</sup>, ni mucho menos que el trabajo doméstico no sea otra cosa que “una de las infinitas manifestaciones del *quotidie agere*, al mismo nivel que, por ejemplo, ir en bicicleta o cortarse las uñas de los pies”<sup>27</sup>. Es radicalmente falso decir que una persona dedicada en exclusiva a las tareas domésticas es un parado. La “llamada población activa” está

a partir de la traducción de Ildelfonso L. GARCÍA DEL CORRAL (1889-1898), *Corpus iuris civilis. Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona: Jaime Molinas.

<sup>24</sup> Por todos HERMANN LANGE / GOTTFRIED SCHIEMANN (2003), *Schadensersatz*, Tübingen: Mohr Siebeck, §1, II, 9, p. 35 y ss.

<sup>25</sup> Sobre los distintos modelos de configuración que ofrece le Derecho comparado vide ERNST KÄRNER / KEN OLIPHANT (2012), *Loss of Housekeeping Capacity*, Walter de Gruyter: Berlin.

<sup>26</sup> MARCO ROSSETTI, (2011), “Art. 2056-Valutazioni dei danni”, en Ugo Carnevalli (a cura di), *Commentario del Codice Civile, Dei Fatti Illeciti*, arts. 2044-2059, Torino: UTET, p. 537.

<sup>27</sup> ROSSETTI (2011), *ibidem*.

compuesta por aquellas personas en edad laboral que trabajan en un empleo remunerado (población ocupada) y por las que buscan un empleo (población en paro). La fracción de población activa que busca empleo, pero que no es capaz de encontrarlo, determina la tasa de desempleo, por lo que la persona que se dedica en exclusiva a las tareas domésticas (al igual que el estudiante o cualquier otra persona que desempeña un trabajo no remunerado) no pertenece al colectivo de la población activa desempleada<sup>28</sup>.

En segundo lugar el planteamiento del trabajo doméstico como un trabajo equivalente al trabajo remunerado que, en el caso de que quien lo lleva a cabo no pueda ya realizarlo debe ser compensado como un daño patrimonial, surge con fuerza en determinados países a partir de la segunda mitad del siglo pasado, tanto en el ámbito del Derecho de familia como en el de daños. Su origen se halla en la necesidad de superar la discriminación de género que producía la existencia de ilícitos civiles que concedían al marido una acción para reclamar al causante de la muerte o del daño corporal de su esposa el resarcimiento por la pérdida total o parcial de los “servicios”-en su triple dimensión de servicios domésticos, de compañía y sexuales- que ésta le prestaba.

En el *Common Law* este era el caso del tort de “*loss of consortium*”, que trataba a la esposa de un modo análogo a un bien dañado o, por analogía a la acción por la pérdida de los servicios de los empleados, como a una especie de criada sin sueldo<sup>29</sup>. También el Código civil alemán, en su redacción originaria, concedía al marido una indemnización por los servicios dejados de percibir por la muerte o lesión de su esposa (cf. §845 BGB de 1896). Superar la dis-

criminación comportaba abandonar la idea de que la mujer prestaba servicios al marido y reconocer el valor económico de su trabajo como pérdida patrimonial.

En el ámbito del *Common Law* distintas comisiones de reforma optaron por superar la discriminación mediante el reconocimiento, en el caso de muerte, de una acción a los familiares que se beneficiaban de dicho trabajo (víctimas secundarias). Para evitar el absurdo de que se compensara el daño patrimonial que produce la pérdida del trabajo doméstico si la esposa muere, pero no si sobrevive y queda incapacitada para llevarlo a cabo, dichas reformas establecieron también la acción en beneficio de la víctima primaria y permitieron que fuera la propia persona lesionada quien puede accionar por la pérdida de dicha capacidad.

En Alemania, la *Ley para la igualdad de derechos entre hombre y mujer en el ámbito del Derecho civil* de 18 de junio de 1957<sup>30</sup>, modificó, entre otros, el §1360 BGB, relativo a la contribución a las cargas domésticas (*Familienunterhalt*) y reconoció que el cónyuge que se halla a cargo de las tareas domésticas contribuye con ese trabajo al sostenimiento familiar<sup>31</sup>. No obstante, la reforma dejó intacto el §845 BGB y se tuvo que esperar aún algunos años más hasta que el Tribunal Federal alemán, con base en esta Ley de igualdad jurídica, argumentara que la idea de que la mujer preste “servicios” al marido es incompatible con la Ley Fundamental de Bonn<sup>32</sup> y sustituyera la acción del §845 BGB por una nueva acción que, en lugar de pivotar sobre la pérdida de los servicios de la mujer por parte del marido, se construyera sobre la pérdida de la capacidad de llevar a cabo tal trabajo doméstico, acción que podían ejercer los familiares en caso de su fallecimiento, pero que también competía a la propia persona lesionada en los supuestos de lesiones<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Cf. Reglamento (CE) No 1897/2000 de la Comisión, de 7 de septiembre de 2000, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) no 577/98 del Consejo relativo a la organización de una encuesta muestral sobre la población activa en la Comunidad por lo que respecta a la definición operativa de desempleo, DOCE L228/18, de 8.9.200, en cuyo Anexo I, Punto 1, a efectos del muestreo sobre población activa en la Unión Europea, se define qué personas están en situación de desempleo.

<sup>29</sup> Vide en este sentido, de modo muy revelador, el informe australiano, The Law Reform Commission, Report No 32 (1986). *Community Law Reform for the Australian Capital Territory: Second Report. Loss of Consortium. Compensation for Loss of Capacity to do Housework*, Canberra, Australian Government Publishing Service, p. 5 y ss. También, de la misma época, el informe canadiense, Ontario Law Reform Commission (1987), *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, Ministry of the Attorney General, en especial, p. 13-78.

<sup>30</sup> *Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts* (Gleichberechtigungsgesetz - GleichberG), vom 18. Juni 1957 (BGBl I, S. 609).

<sup>31</sup> Para un breve resumen en castellano de esa modificación y de la posterior de 1976 que eliminará trazos de discriminación que todavía subsistían vide Begoña Ribera Blanes (2004), *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 29-38.

<sup>32</sup> Cf. BGHZ (v. 25.9.1962) -GSZ- VI 244/61) 38, 55, 57.

<sup>33</sup> Cf. BGHZ (v. 9.7.1968) -GSZ- 2/67) 50, 305 = NJW 1968, 1823. Vide con más detalle, HKK/ Schimann (2013), §§823-830, 840, 842-853, Rn. 120 y MünchKo/Wagner (2013), §§842-843, Rn. 50.

En nuestro país configurar ahora la pérdida que comporta la imposibilidad de llevar a cabo el trabajo doméstico como un lucro cesante por verse trastocada la economía familiar por el accidente no es más que acomodar el área del resarcimiento de los perjuicios a la unidad conceptual del Derecho civil, que desde la reforma del 1981 computa el trabajo doméstico como un modo contribuir a las cargas del matrimonio que puede dar derecho a una compensación en los supuestos de ruptura (cf. art. 1438 CC). En atención a este criterio el Tribunal Supremo, en caso de divorcio, ha compensado, por ejemplo, con 108.000 euros a una esposa casada en régimen de separación de bienes que durante muchos años se había dedicado a desempeñar las tareas del hogar (Cf. STS 14.7.2011 [RJ 2011,5122]). Por ello, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico, no se entendería que, en el caso de muerte, no se compensara como pérdida de contribución la pérdida de ese valor económico por el fallecimiento en accidente de quien realizaba estas tareas o, en el caso de lesiones, que no se compensara a la propia persona lesionada que ya no puede continuar su contribución a la economía doméstica mediante el desempeño de las mismas.

Ciertamente otra fórmula que la Comisión de Expertos podría haber adoptado para resarcir el perjuicio ligado a la imposibilidad de desempeñar el trabajo doméstico era configurarla como un daño emergente, es decir como un coste que genera la muerte o la lesión de la persona que lo llevaba a cabo. No obstante, tal posición, además de no reconocer el valor del trabajo doméstico como contribución a la economía familiar, no dejaba de lado los problemas planteados por la teoría de la diferencia, ya que la estricta aplicación de esta teoría también excluiría la resarcibilidad de esa partida cuando quienes llevan a cabo el trabajo doméstico son familiares que no perciben remuneración alguna. En estos casos, no es ocioso recordar que la solidaridad familiar es para con los otros familiares o con el propio lesionado, no con la entidad aseguradora, por lo que la realización de un trabajo que tiene un valor económico debería indemnizarse con independencia de que quien lo preste lo haga gratuitamente o no. Por otra parte, el resarcimiento de los llamados “costes ficticios” (*fiktive Kosten*), no es algo extraño en el sistema valorativo actual, ni en el de la Propuesta de la Comisión de Expertos, ya que la resarcibilidad de, por ejemplo, la ayuda de tercera persona no requiere un desembolso real y efectivo y, como declara explícitamente el art. 22-28, 3, “[E]l valor económico de la ayuda de tercera persona se

compensa con independencia de que las prestaciones sean o no retribuidas”.

Cuestión distinta es que la persona que sin tener esa dedicación exclusiva o parcial, como cualquier miembro más de la familia, contribuya a las tareas del hogar. En las relaciones entre cónyuges el art. 68 CC establece que la contribución a las tareas del hogar es un deber conyugal, al señalar que los cónyuges deberán “... compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. Respecto a los hijos, establece el art. 155,2 CC que deben “[C]ontribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella”. También deben ocuparse de dichas tareas vinculadas a su propia existencia quienes viven solos o quienes comparten vivienda sin que existan lazos de solidaridad que establezcan una distribución.

El sistema propuesto no resarce la pérdida de la posibilidad de desempeño de las tareas domésticas cuando no existe dedicación exclusiva o parcial, en el sentido antes apuntado, o lo hace de un modo más limitado. Así, no se resarce en el supuesto de muerte ni, en mi opinión, tampoco en el de secuelas. En el caso de secuelas el Derecho francés resarce toda pérdida de trabajo doméstico (es decir, haya dedicación exclusiva o parcial o no) a través del concepto de “ayuda de tercera persona”. No obstante, ese concepto francés es más amplio que el que se recoge en la Propuesta y que, de acuerdo con la tradición española, se concibe como una compensación por “...el valor económico de las prestaciones no sanitarias que precisa el lesionado cuando resulta con secuelas que implican una pérdida de autonomía personal” (art. 22-28). Para tener derecho a la ayuda de tercera persona es necesaria, pues, una pérdida de autonomía personal de cierta gravedad (cf. Art. 22.29), algo que requiere “... el menoscabo físico o psíquico que impide o limita la realización de las actividades esenciales de la vida ordinaria” (cf. Art. 12.1).

Mayor éxito, en cambio, puede tener el resarcimiento del perjuicio ocasionado por la imposibilidad de llevar a cabo tareas domésticas en caso de lesiones temporales. Aunque su alcance –como en muchos otros casos– dependerá de la interpretación que finalmente le dé la jurisprudencia, el art. 23-9, dentro del concepto de “gastos diversos resarcibles” –similar al concepto perjudicial francés de nombre parecido–, establece que son resarcibles “los

gastos que la lesión produce en el desarrollo ordinario de la vida diaria del lesionado hasta el final del proceso curativo o estabilización de la lesión y su conversión en secuela, siempre que se justifiquen y sean razonables en atención a sus circunstancias personales y familiares (énfasis añadido)". El concepto es bastante amplio y la resarcibilidad de los gastos necesarios para atender las tareas del hogar que el lesionado no puede desempeñar (tanto si es persona dedicada exclusiva o parcialmente a dichas tareas como si no lo es) deriva del segundo apartado de este artículo que señala que, siempre que se justifiquen y sean razonables en atención a las circunstancias personales y familiares del lesionado, se resarcen los gastos "...necesarios para que queden atendidos él [el lesionado temporal] o los familiares menores o especialmente vulnerables de los que se ocupaba". Para evitar duplicidades, el art. 23-10,1 en materia de lucro cesante por lesiones temporales, establece que "[L]a indemnización por pérdida o disminución de dedicación a las tareas del hogar es incompatible con el resarcimiento de los gastos generados por la sustitución de tales tareas."

Como aspectos negativos de la propuesta deben señalarse algunas incongruencias fruto del temor al desbordamiento de las indemnizaciones, de las limitaciones que impone la necesidad de consensuar todas las soluciones –incluso de aquellas que deberían llevar automáticamente al consenso por su intrínseca racionalidad– y del corsé de tener que encajar el sistema en un impacto económico que sea aceptable para todos. En este sentido, el sistema propuesto aplica a la dedicación al trabajo doméstico la misma Tabla que al trabajo remunerado, lo que comporta establecer la ficción de que los amos o las amas de casa se jubilan a los 67 y a que se les descuenta del importe de la indemnización una pensión de jubilación que en realidad no reciben (aunque luego se intente paliar ese descuento con un insuficiente incremento del 25%) (cf. Art. 22-40, 5). De modo más extremo, en caso de lesiones temporales, se limita la percepción de tal compensación, cuando hay sanación sin secuelas o con secuelas de tres puntos o menos, al máximo de un mes (cf. Art. 23-10, 4) y, si bien se establece la posibilidad de optar, como sistema alternativo, a que se resarzan los gastos que la atención a la unidad familiar haya comportado (cf. Art. 23-10,1 *in fine*), tal resarcimiento parece requerir un gasto efectivo y acreditado (cf. Art. 23.9 "...siempre que se justifiquen..." y art. 23-10, "...gastos generados por tal sustitución..."). Con ello se sucumbe a la tiranía de la doctrina de la diferencia –que se supera-

ba con la remuneración del trabajo doméstico– y no se compensa la atención, que fruto de la solidaridad familiar, puedan prestar de modo gratuito los familiares cuando existen lesiones temporales.

#### 4.2.B) Lucro cesante en caso de muerte

En los supuestos de muerte la Propuesta considera que la víctima destinaba una parte de sus ingresos netos a cubrir sus propias necesidades (la llamada *quota sibi*) y, el resto, a cubrir las necesidades de sus familiares. El valor de esa *quota sibi* depende del número de familiares y se considera que en ningún caso puede ser inferior al 10% de los ingresos netos, por lo que la renta a distribuir entre los familiares nunca podrá ser superior al 90%. Además el sistema considera que la cuota que corresponde al cónyuge (o al familiar único) es del 60%, la que corresponde al hijo es del 30% y la del miembro de cualquier otra categoría de perjudicados del 20%. Cuando la suma de las cuotas de los perjudicados sea superior al 90% de los ingresos de la víctima, los perjudicados verán reducidas sus cuotas proporcionalmente.

Otros factores que componen el multiplicador son la duración de la dependencia económica, el riesgo de fallecimiento y la tasa de interés de descuento, que tiene en cuenta la inflación. Todos esos factores se calculan de acuerdo con las bases técnicas actuariales, que incluyen también la deducción de las pensiones públicas estimadas a las que tenga derecho los perjudicados si bien, en este último caso, el perjudicado podrá acreditar que no tiene derecho a pensión pública alguna o que tiene derecho a una pensión pública distinta de la prevista en las bases técnicas actuariales del multiplicador.

#### 4.2.C) Lucro cesante en caso de secuelas

En el caso de secuelas el lucro cesante consiste en la pérdida de la capacidad de ganancia por trabajo personal y, en particular, en el perjuicio que sufre la víctima por la pérdida o disminución neta de ingresos provenientes de su trabajo.

Por ello se prevén tres grupos de casos:

a) El de lesionados que sufren una pérdida parcial o total de ingresos. En este grupo, el caso más frecuente es el de aquéllos que sufren una pérdida parcial de ingresos porque las secuelas les impiden parcialmente realizar su trabajo o actividad profesional remunerada ha-

bitual (supuesto conocido en el ámbito laboral como “incapacidad permanente parcial”). También entran en este grupo los casos en que la pérdida de ingresos es total porque el lesionado no puede continuar dedicándose a la actividad remunerada que realizaba (la llamada “incapacidad permanente total”, caso en el que deberá tenerse en cuenta la posibilidad de realizar otras actividades remuneradas) y aquéllos en que el lesionado no puede desempeñar ningún tipo de trabajo debido a las secuelas que sufre (la denominada “incapacidad permanente absoluta”).

b) El de lesionados que todavía no han entrado en el mercado laboral pero que debido a las secuelas ya no podrán desempeñar durante el resto de su vida ningún trabajo o profesión que les proporcione ingresos, o verán muy reducidas sus posibilidades de obtenerlos, y que se refiere básicamente a menores y jóvenes.

c) El de lesionados que, como ya se ha indicado, se dedican en exclusiva o de modo parcial a las tareas del hogar

Se utiliza también la técnica del multiplicando y multiplicador y, según el caso, se toman como punto de partida, o bien los ingresos netos de la víctima, o bien una estimación del valor de su pérdida de capacidad de obtener ingresos o del valor de la dedicación no remunerada a las tareas del hogar (multiplicando), y se multiplica por el coeficiente actuarial correspondiente (multiplicador).

#### (4.2.C.a) Multiplicando

En el caso de lesionados con ingresos por trabajo personal el multiplicando se determina en atención a la reducción de ingresos de trabajo personal que corresponde al grado de incapacidad laboral de lesionado. Los ingresos que se tienen en cuenta son los percibidos durante el año anterior al accidente o, si así lo prefiere el lesionado, la media de los obtenidos en los tres años anteriores al mismo. Si la víctima estuviera en situación de desempleo en el momento del accidente o lo hubiera estado en los tres años anteriores, se utilizarán para el cálculo de los ingresos las prestaciones de desempleo que haya percibido y, en caso de no haberlas percibido, se computará como ingreso un SMI anual. En todo caso, el ingreso mínimo que siempre se tendrá en cuenta será un SMI anual, en concepto de pérdida de capacidad de ganancia por trabajo personal.

En los supuestos en que el lesionado quede incapacitado para realizar cualquier tipo de tra-

bajo o actividad profesional se considera que el perjuicio que sufre es del 100% de sus ingresos, mientras que si sólo queda incapacitado para realizar su trabajo o actividad profesional habitual se considera que el perjuicio que sufre es del 55% de sus ingresos, hasta los 55 años, y del 75%, a partir de esta edad.

En los supuestos en que las secuelas que padece disminuyan parcialmente sus ingresos o su rendimiento normal en el ejercicio de su trabajo o actividad profesional habituales, se considera que el perjuicio que sufre el lesionado equivale al importe de los ingresos correspondientes a dos anualidades.

En el caso de lesionados pendientes de acceder al mercado laboral su pérdida de capacidad de obtener ganancia sólo se tendrá en cuenta en los supuestos de incapacidad absoluta o total. En el primer caso se computa como ingreso dejado de obtener, a los efectos de determinar el multiplicando, 1,5 SMI anual y, en el segundo, un 0,8 SMI anual. En todo caso, la fecha inicial del cómputo es a partir de los 30 años y se prevé que los ingresos que resulten de los dos apartados anteriores podrán incrementarse hasta un 20% si el lesionado tuviere un nivel de formación superior o equivalente.

Finalmente, respecto a los lesionados con dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar, si la dedicación era exclusiva y quedan incapacitados para realizar todo tipo de actividad laboral o profesional, su trabajo no remunerado se valorará, como ya se ha indicado, en el equivalente a un salario mínimo interprofesional anual, que podrá incrementarse hasta un salario y medio (SMI), en función de la necesidad de atención de determinados miembros de la unidad familiar. Si el lesionado con dedicación exclusiva queda tan solo incapacitado para realizar las tareas fundamentales del hogar (incapacidad total) se computa como ingreso dejado de obtener el 55% de las cantidades que resultan del cálculo anteriormente señalado. En cambio, si la dedicación del lesionado era solo parcial será, como se ha indicado, de un 1/3 del que resulta de los cálculos anteriores.

#### (4.2.C.b) Multiplicador

El multiplicador es el coeficiente que para cada lesionado resulta de combinar los factores siguientes:

a) Las pensiones públicas de incapacidad permanente absoluta, total o parcial a las que tenga derecho el lesionado. Se utilizan en el

cálculo actuarial para deducir su importe del resarcimiento que corresponde al lesionado y se trata de pensiones estimadas, aunque puede acreditarse la percepción de pensiones distintas.

b) La duración del perjuicio, que no será la misma en los diferentes supuestos. Si el lesionado queda incapacitado para realizar cualquier tipo de trabajo o actividad profesional o tan solo la que realiza habitualmente, se entiende que abarca desde el momento de estabilización de las secuelas hasta la “edad de jubilación” que a los efectos de esta propuesta se entiende que es a los 67 años. Lo mismo sucede cuando se dedicaba en exclusiva a las tareas del hogar. Si el lesionado todavía no había accedido al mercado laboral, el momento final también es el de los 67 años, si bien el momento inicial no podrá ser anterior a aquél en el que el lesionado cumpla 30 años. Finalmente, en los supuestos en que las secuelas que padece el lesionado disminuyan de forma acusada su rendimiento normal en el ejercicio de su trabajo o actividad profesional habituales, la duración del perjuicio es de dos años.

c) el riesgo de fallecimiento, en función de su grado de incapacidad, y

d) la tasa de interés de descuento, que tiene en cuenta la inflación.

#### 4.2D) Lucro cesante en caso de lesiones temporales

El lucro cesante, en caso de lesiones temporales, consiste en la pérdida o disminución neta de ingresos provenientes del trabajo personal del lesionado, o, en caso de su dedicación exclusiva a las tareas del hogar, en una estimación del valor de dicha dedicación, desde el momento del accidente hasta el final de su proceso curativo o hasta la estabilización de las secuelas. No obstante, en los casos de personas dedicadas a las tareas del hogar que no sufran secuelas o que sufran secuelas de menos de 4 puntos, el lucro cesante se valora en la cantidad diaria correspondiente a un SMI anual hasta el importe máximo de una mensualidad. Según resulta de modo implícito de la referencia que indica que la indemnización por dedicación a las tareas del hogar es incompatible con los gastos generados por tal sustitución, en estos casos el lesionado podrá optar por el resarcimiento de los gastos generados por la sustitución de tales tareas. Se trata de una solución de compromiso que, además excluye a las personas con dedicación parcial a las tareas

del hogar, y que se ha utilizado como una válvula de ajuste del sistema, pero que en caso de consolidarse legislativamente deberá ser objeto de un análisis detallado para que la Comisión de Seguimiento que prevé la Propuesta, una vez analizadas las consecuencias que haya tenido en la práctica, proponga la reforma o la supresión de tales limitaciones.

#### 2.5. Breve referencia a los traumatismos menores de la columna vertebral

No quisiera terminar esta vista panorámica de la Propuesta sin referirme brevemente a un tema estrella. Si damos un repaso a los Seminarios, Jornadas y Congresos de todo tipo que durante los últimos años se han ocupado en nuestro país de los daños causados en accidentes de circulación el tema del llamado “latigazo cervical” está presente en casi todos ellos. Algo parecido ocurre en los países de nuestro entorno, con una grave polarización entre los que sostienen que este daño constituye un negocio multimillonario sin ninguna base científica, en un extremo, y los que afirman que constituye un nuevo tipo de lesión que debe ser indemnizada en todo caso a pesar de no ser objetivable. En el ámbito internacional la polémica ha dado para miles de artículos en favor de una u otra posición, y a que legisladores de los países de nuestro entorno hayan intentado solucionar el problema, en mi opinión, sin ningún éxito alguno por ahora. En unos casos, porque la solución propuesta, como en los trabajos preparatorios de la Reforma del Código civil alemán de 2002, se enmascaraba en el no resarcimiento del daño extrapatrimonial derivado de lesiones menores, criterio que fue abandonado porque sostener en el caso del latigazo cervical que se trataba de una bagatela de poca monta era algo que un legislador serio no podía argumentar sin sonrojarse<sup>34</sup>. En otros casos, como en el italiano, los intentos de suprimir el resarcimiento han tenido un efecto práctico casi nulo<sup>35</sup>. Finalmente, en otros, como en el inglés, el legislador se debate desde hace años, sin demasiado éxito, en un controvertido proceso de reforma<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Para una breve referencia en inglés vide INA EBERT (2012), “Liability for whiplash”, en MunichRe, *Non-objectifiable diseases. Impact on insurance*, Munich, Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft, p. 53-60, p. 57 y ss.

<sup>35</sup> Cf. ALFREDO FERRANTE, “Indemnización del “Latigazo Cervical”: la reforma italiana”, *InDret* 2014/2, p. 17 y ss.

<sup>36</sup> Ministry of Justice (2012), *Reducing the number and costs of whiplash claims. A consultation on arrangements concerning whiplash injuries in England and Wales*, December.

La Propuesta no intenta solucionar un problema insoluble sino tan solo plasmar legislativamente una serie de criterios que ya se utilizan en la práctica y que pueden ser útiles para discernir si efectivamente se ha producido o no un traumatismo cervical menor. Así, entiende que el traumatismo cervical menor que se diagnostica con base en simples manifestaciones de dolor del lesionado y que no es susceptible de verificación mediante pruebas médicas complementarias, se indemnizará siempre que, de acuerdo con unos criterios de causalidad genérica, sea susceptible de haber sido causado por el accidente. Los criterios de causalidad genérica que se enumeran son el de exclusión (que no medie otra causa que justifique la patología), el cronológico (que los síntomas hayan aparecido en un tiempo médicamente explicable), el topográfico (que haya una relación entre la zona corporal afectada y la lesión sufrida) y el de intensidad (relativo a la adecuación biomecánica entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción). La regulación, no obstante, no considera que ninguno de esos criterios sea decisivo por sí solo, sino tan solo que su concurrencia o ausencia debe servir para ayudar fundamentar la convicción del juzgador.

Esta solución, como tantas otras adoptadas en esta Propuesta no dejará plenamente satisfecho a todo el mundo, como tampoco ha dejado plenamente satisfecho a ningún miembro de la Comisión.

### 3. Valoración final

Por mi parte, no tengo la menor duda de que la Propuesta de la Comisión de Expertos presenta aspectos muy positivos que suponen dos o tres pasos de gigante en la mejora del sistema. Tampoco tengo duda alguna –y hablo ahora en mi condición de académico interesado en estos temas desde hace años– de que a mí me hubiera gustado dar cuatro o cinco pasos más. Todo consenso, ciertamente, implica concesiones que resultan imprescindibles para que quienes de modo legítimo defienden intereses contrapuestos puedan alcanzar un resultado que sea aceptado por todos. No obstante, tales concesiones pueden dar lugar a soluciones incoherentes, a incorrecciones técnicas o a quiebras doctrinales de mayor o menor gravedad. Estos son aspectos que, desde un punto de vista práctico, pueden tener incluso una importancia relativa, pero que son importantes para quienes no defendemos ningún interés partidista sino que partimos de posiciones técnico-

jurídicas que hemos defendido ante colegas españoles y extranjeros a lo largo de más de treinta años.

Queda por ello un cierto sabor agríndice, una euforia por lo que ha sido y la resignación por lo que, al menos por ahora, no ha podido ser. No obstante, si bien –según creo– ningún miembro de la Comisión ha quedado plenamente satisfecho del resultado final, todos lo suscriben y, dejando de lado diferencias de matiz que en ocasiones pueden ser importantes –y que también se han manifestado en unas sugerencias que, junto a las formuladas por algunos de los miembros del Plenario, se han incorporado a la documentación– han pedido por escrito a los órganos competentes de los Ministerios de Economía y Competitividad y de Justicia que a la mayor brevedad posible inicien el proceso de impulso normativo y han manifestado su deseo de que la tramitación del nuevo sistema pueda culminarse con rapidez. Consideran en sus misivas que “el sistema que proponen representa una mejora manifiesta del vigente, tanto desde la perspectiva de su consistencia jurídica y de su estructura como, en general, de las cuantías indemnizatorias que incorpora; que supone un apreciable progreso en el tratamiento resarcitorio de los perjudicados por los accidentes de tráfico y que, en los términos en que se formula –es decir, según en el texto consensuado– la Propuesta mejora sustancialmente el sistema legal vigente, por lo que puede sustituirlo de un modo más justo y cabal”.

La Comisión ha trabajado con la idea de que la reforma del sistema actual no podía acometerse de una sola vez y de que el trabajo que hemos llevado a cabo, de modo necesario, deberá ser objeto de revisión periódica en el futuro.

Respecto a la primera cuestión, creo que no era posible diseñar un sistema que fuera radicalmente distinto al actual; así, entre los participantes no ha existido rechazo al sistema de baremos como sistema valorativo ya que, con todos sus defectos, se ha considerado de modo generalizado que el sistema actual ha contribuido de modo decisivo a ordenar la materia y a aumentar la previsibilidad de las indemnizaciones y, con ello, la seguridad jurídica, y que también ha facilitado los acuerdos extrajudiciales.

Respecto a la segunda cuestión resulta claro que un sistema que para realizar sus cálculos parte de datos estadísticos y económicos, como pueden ser las tablas de mor-

talidad o la tasa de interés de descuento, no puede tener una vigencia ilimitada; al ser más sensible a los cambios de la realidad socioeconómica, requiere una revisión periódica que la Propuesta prevé. Así, en su Disposición Adicional Única la Propuesta señala que “[L]a Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones promoverá la creación de una Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración en el plazo máximo de un año a partir de la aprobación de esta Ley, con el objeto de analizar su puesta en marcha y sus repercusiones jurídicas y económicas...” y que, además de las consultas y sugerencias que evacue desde su creación “...dicha Comisión deberá emitir en el plazo máximo de tres años, contados a partir de la entrada en vigor de la Ley, un informe razonado que incluya el análisis mencionado en el apartado anterior y sugerencias para la mejora del sistema”. Señala finalmente que “[A] la luz de dicho informe la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones promoverá, en su caso, las modificaciones que considere convenientes así como la actualización de las bases técnicas actuariales que contienen las hipótesis económico-financieras y biométricas del cálculo de los coeficientes actuariales correspondientes”.

En un país en el que leyes provisionales han tenido más de cien años de vigencia esta Disposición Adicional puede parecer un brindis al sol, pero puede vaticinarse ya que, en caso de no cumplirse, el progresivo alejamiento del sistema de la realidad cotidiana, le hará perder su legitimidad y dará un justificado pábulo al activismo judicial que, como ha ocurrido en los últimos años, volverá a echar mano de una imaginativa finura jurídica, bien para salvar los muebles e intentar mantener en pie el edificio del sistema, bien para abrir las brechas que sean necesarias.

Para dejar abierta la puerta a ese diálogo continuado que requerirá el nuevo sistema en caso de llegar a sustituir al actual, creo que es imprescindible abandonar las trincheras del enfrentamiento, del secretismo y de los hechos consumados que han acompañado esta materia durante muchos años y reconocer sin rubor, pero también sin tapujos, las fortalezas y debilidades del sistema, sus luces y sus sombras. También será conveniente, una vez puesto en marcha el sistema, hacer propuestas de mejora que, con toda probabilidad, no podrán implementarse hasta que no haya madurado algo más. Pienso, por ejemplo, en las variables a tener en cuenta para determinar el lucro cesante mediante el método del mul-





tiplicando y el multiplicador que introduce la Propuesta, que se han reducido al mínimo – con lo que también se ha reducido su capacidad de personalización- para no complicar demasiado el modelo y que, tras una cierta experiencia práctica, tal vez deberían ser objeto de revisión para aquilatarlo mejor. No creo pecar de un ingenuo optimismo al afirmar mi convicción de que esta y otras mejoras serán posibles porque se ha iniciado una tradición de diálogo y de consenso y porque se dispone ahora de una herramienta, el análisis de impacto, que se ha desarrollado para esta Propuesta y que, debidamente revisada y depurada, puede ser muy útil no sólo para medir las indemnizaciones sino también para dar cuenta de si el sistema valorativo que finalmente alumbre la Propuesta resuelve los problemas de un modo mucho más satisfactorio que el actual.

### Bibliografía

CHRISTELLE COUTANT-LAPALUS (2002), *Le Principe de réparation intégrale en droit privé*, Aix-En-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille-PUAM. Faculté de Droit et de Science politique.

INA EBERT (2012), "Liability for whiplash", en MunichRe, *Non-objectifiable diseases. Impact on insurance*, Munich, Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft.

ALFREDO FERRANTE (2014), "Indemnización del "Latigazo Cervical": la reforma italiana", InDret 2014/2.

L. GARCÍA DEL CORRAL (1889-1898), *Corpus iuris civilis. Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona: Jaime Molinas.

ESTHER GÓMEZ CALLE (2014), "Responsabilidad de padres y centros docentes", en Reglero/Busto (2014) II, p. 1197-1363.

FERNANDO GÓMEZ POMAR (1999), "Daño moral", InDret 1/00.

HKK/ Schimann (2013) = MATHIAS SCHMOECKEL / JOACHIM RÜCKERT / REINHARD ZIMMERMANN (Hrsg.), (2013), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band III: Schuldrecht. Besonderer Teil: §§ 433-853*, Tübingen: Mohr Siebeck.

HEINRICH HONSELL (2010), "Differenztheorie und normativer Schadensbegriff", en Stephan Fuhrer (Hrsg.), *Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Festschrift*

zum 50. jährig Bestehen, Zürich: Schulthess, p. 255-271.

NILS JANSEN (2013), *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution: Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, Tübingen: Mohr Siebeck.

ERNST KARNER / KEN OLIPHANT (2012), *Loss of Housekeeping Capacity*, Walter de Gruyter: Berlin.

YVONNE LAMBERT-FAIVRE / STÉPHANIE PORCHY-SIMON (2011), *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*, 7è ed., Paris: Dalloz.

HERMANN LANGE / GOTTFRIED SCHIEMANN (2003), *Schadensersatz*, Tübingen: Mohr Siebeck.

LEONARDUS LESSIUS (1625), *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus, Libri Quator*, Venetiis: Apud Andream Baba.

ULRICH, MAGNUS / MIQUEL MARTÍN-CASALS (eds.) (2003), *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*, The Hague: Kluwer Law International.

MARIANO MEDINA CRESPO (1999), *La valoración del daño corporal. Bases para un Tratado, Tomo III, vol. I, Las reglas generales del sistema*, Madrid, Dykinson

MARIANO MEDINA CRESPO (2000), *La valoración civil del daño corporal: bases para un tratado: análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV. El fallecimiento, Dykinson, Madrid.

MARIANO MEDINA CRESPO (2010), *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch.

MARIANO MEDINA CRESPO (2013), *Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales: reconocimiento y cuantía: responsabilidad civil delictual, responsabilidad civil extracontractual, responsabilidad civil patronal y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Barcelona: Bosch.

MARIANO MEDINA CRESPO (2013), "Los principios institucionales de la valoración del daño y su discutido acogimiento en el Sistema de la Ley 30/1995", en JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA (dir.), *Manual de valoración del daño corporal: Guía de aplicación del Sistema de Baremación para accidentes de circulación*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi.

MINISTRY OF JUSTICE (2012), *Reducing the number and costs of whiplash claims. A consultation on arrangements concerning whiplash injuries in England and Wales*, December.

FRIEDRICH MOMMSEN (1855), *Zur Lehre von Interesse*, Braunschweig: Schwetschke.

MüKoBGB/Wagner (2013) = FRANZ JÜRGEN SÄCKER, ROLAND RIXECKER (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6. Aufl., Bd. 5, München: Beck, §§842-843.

ONTARIO LAW REFORM COMMISSION (1987), *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, Ministry of the Attorney General

FERNANDO PANTALEÓN (1991), Com. art. 1902 CC, en CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ [et al., ] (dir.), *Comentario del Código Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, T, II.

PHILIPPE PIERRE / FABRICE LEDUC (dir.) (2012), *La Réparation intégrale en Europe: études comparatives des droits nationaux*, Bruxelles: Larcier

LUIS FERNANDO REGLERO CAMPOS / JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (coord.) (2014), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª. Ed., 2 vols., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

BEGOÑA RIBERA BLANES (2004), *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MARCO ROSSETTI (2011), "Art. 2056-Valutazoni dei danni", en Ugo Carnevalli (a cura di), *Commentario del Codice Civile, Dei Fatti Illeciti*, arts. 2044-2059, Torino: UTET.

THE LAW REFORM COMMISSION (1986), *Report No 32. Community Law Reform for the Australian Capital Territory: Second Report. Loss of Consortium. Compensation for Loss of Capacity to do Housework*, Canberra, Australian Government Publishing Service.

ELENA VICENTE DOMINGO (2014), "El daño", en REGLERO/BUSTO (2014), T, I, p. 324 y ss.

JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (2011), "La posible reforma de valoración de daños personales derivados de los accidentes de circulación", *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 146, 2011, págs. 247-278.