

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS**  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

**nº34**

Segundo Trimestre. Año 2010

■ La problemática del perjuicio estético: especial referencia a su valoración

■ La arquitectura del daño (II): La incapacidad temporal y la analogía proporcional

■ Defensa de daños por ruido



# X CONGRESO NACIONAL 1, 2, 3 / octubre / 2010 ASOCIACIÓN DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

## AICUDIA / Mallorca

## Programa

ORGANIZA



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO**

LUGAR DE CELEBRACIÓN



[www.clubpollentia.com](http://www.clubpollentia.com)

### Viernes 1

Jornada de mañana

- 09:00 h. Entrega de documentación
- 10:00 h. Inauguración oficial del Congreso a cargo del Decano de Ilustre Colegio de Abogados de las Islas Baleares.  
Lugar: **Hotel Pollentia Club Resort.**
- 10:30 h. 1ª Ponencia - El riesgo específico como título atributivo de la responsabilidad extracontractual.  
Mariano Medina Crespo.  
Abogado. Presidente de la Asociación.
- 11:30 h. Pausa Café
- 12:00 h. 2ª Ponencia - Construcción de la prueba médica en la aplicación de corrección permanente de la Tabla IV.  
Juan Antonio Cobo Plana.  
Médico Forense. Director del Instituto Médico de Aragón
- 13:00 h. 3ª Ponencia - La Responsabilidad Medioambiental: Una perspectiva crítica.  
Ángel Núñez Sánchez.

14:30 h. **Almuerzo de trabajo. Hotel Pollentia Club Resort**

Jornada de tarde

- 17:00 h. 4ª Ponencia - El aseguramiento de los accidentes laborales. Cláusulas oscuras e interpretación de las pólizas.  
Anotnio Oliver Reus.  
Magistrado del TSJ de Baleares.
- 18:00 h. 5ª Ponencia - Deberes y responsabilidades de los intermediarios en Internet: novedades jurisprudenciales y legislativas.  
Santiago Cavallitas Múgica.  
Catedrático de Derecho Civil.
- 21:00 h. Recogida en autobús de los congresistas y acompañantes.
- 22:00 h. **Cena de Bienvenida en restaurante del Club Náutico del Puerto de Pollentia**

### Sábado 2

Jornada de mañana

- 10:00 h. **Asamblea General de la Asociación**
- Mesa redonda sobre la reforma del sistema de valoración de daños personales por accidentes de tráfico.**  
Análisis de las propuestas del Grupo de Trabajo constituido por la DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS para el estudio de la reforma del sistema legal de valoración de los daños y perjuicios personales producidos por accidentes de tráfico
- 11:30 h. 6ª Ponencia - Integración al patrimonio del perjudicado en caso de fallecimiento prematuro de las indemnizaciones por daños personales.  
Miguel Pasquau Llaño.  
Magistrado del TSJ de Andalucía.
- 12:30 h. 7ª Ponencia - El resarcimiento del lucro cesante causado por lesiones permanentes.  
Juan Antonio Xiol Rios.  
Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.
- 13:30 h. Clausura

Jornada de tarde

#### COMIDA Y TARDE LIBRE

(Los congresistas podrán de esta forma disfrutar de las maravillosas playas de Alcúdia, así como de las preciosas localidades de su alrededor, destacando entre ellas Formentor, Es Trenc, Cala Agulla o Torrent de Pareis).

21:00 h. **Cena de Gala en el Hotel Pollentia Club Resort, con orquesta y barra libre**

### Domingo 3

- 10:30 h. **Vista al centro histórico de Palma, con guía turística y almuerzo de despedida (opcional).**

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
**ABOGADOS**  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

**nº34**

Segundo Trimestre. Año 2010

REVISTA DE LA  
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA  
DE ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

[www.asociacionabogadosrcs.org](http://www.asociacionabogadosrcs.org)





# Contenidos

## EDITORIAL

- ◆ La Dirección General de Seguros y su nueva forma de trabajar  
Por Javier López y García de la Serrana ..... 5

## DOCTRINA

- ◆ La problemática del perjuicio estético: especial referencia a su valoración.  
Jesús Fernández Entralgo ..... 9
- ◆ La arquitectura del daño (II): la incapacidad temporal y la analogía proporcional  
Juan Antonio Cobo Plana ..... 45
- ◆ Defensa de daños por ruido  
José Alfonso Guerrero López ..... 65

## JURISPRUDENCIA

### Tribunal Supremo

#### RESPONSABILIDAD CIVIL

- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de mayo de 2010.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Valoración del quebranto conforme a las cuantías actualizadas a fecha de alta. Supuesto de la cuestión, por fundarse el recurso en hechos distintos de los declarados probados respecto de los conceptos indemnizables y su cuantificación..... 85
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 17 de mayo de 2010.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Baremo de accidentes de circulación. El fallecimiento de ambos padres conlleva que, en aplicación del anexo de la LRCSCVM, la indemnización debe fijarse incluyendo al grupo familiar II de la Tabla I, aun cuando uno de ellos sea el causante del mismo. Asimismo, le es aplicable el factor de corrección de fallecimiento a ambos padres en el accidente contemplado en la Tabla II, aun cuando uno de ellos sea el causante del mismo..... 93
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 25 de mayo de 2010.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Accidente de tráfico. Prescripción: cómputo de plazo anual; desde que la sentencia firme laboral concretó el efecto invalidante de la secuela ..... 101



- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 27 de mayo de 2010.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad civil profesional de abogado.  
Falta de imputación objetiva. Se desestima ..... 109
  
- ◆ *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 31 de mayo de 2010.*  
RESPONSABILIDAD CIVIL: Sistema Legal de Valoración del Daño. Lucro Cesante. Indemnizaciones no  
contenidas en el baremo. Doble tramo en la aplicación del interés del artículo 20 de la LCS ..... 117

### PERLAS CULTIVADAS

- ◆ Pronunciamientos relevantes. Por *José Mª Hernández-Carrillo Fuentes* ..... 123

### ENTREVISTA

- ◆ Andrés Cid Luque. Por *María del Carmen Ruiz-Matas Roldán* ..... 135

**EDITA:**

Asociación Española de Abogados Especializados  
en Responsabilidad Civil y Seguro

C/Trajano, 8, Esc. 1ª - 1ºC · 18002 Granada ·  
Tel.: 902 361 350

C.I.F.: G-18585240

**PRESIDENTE:**

*Mariano Medina Crespo*

**DIRECTOR:**

*Javier López y García de la Serrana*

**SUBDIRECTORA:**

*María del Carmen Ruiz-Matas Roldán*

**CONSEJO DE REDACCIÓN:**

*Javier López y García de la Serrana, Mariano Medina Crespo, Andrés Cid Luque, José María Hernández-Carrillo Fuentes, Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Josep Viella i Massegú, Carmelo Cascón Merino, Andrés Garrido Álvarez, Isidro Tormos Martínez, Víctor Martín Álvarez, Celia Pitta Piñón, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez Santos, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Javier Muro Insausti y José Antonio Badillo Arias.*

**MIEMBROS DE HONOR:**

*Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yáguez, José Manuel de Paul Velasco, Miguel Pasquau Liño y Fernando Reglero Campos (t)*

**DISEÑO:**

*Aeroprint Producciones S.L.*

**IMPRIME:**

*Aeroprint Producciones S.L.*

**D.L.** GR-1228/02

**ISSN** 1887-701

[www.asociacionabogadosrcs.org](http://www.asociacionabogadosrcs.org)



## La Dirección General de Seguros y su nueva forma de trabajar

por Javier López y García de la Serrana  
Director

En nuestra revista nº 26, correspondiente al 2º Trimestre de 2008, titulaba la editorial “La reforma del baremo”, pues ya empezaba a plantearse la misma. Proponía que fuéramos tomando conciencia de la necesidad y bondad de esta reforma y que fuéramos aportando propuestas y formando una masa crítica al respecto, para que cuando llegara el momento de abordar esta reforma hubiera suficientes estudios sobre el particular que pudieran servir de base y punto de partida para el legislador, o al menos entendía que eso sería lo deseable.

Pues bien, el momento referido de abordar dicha reforma ha llegado, iniciándose el proceso el pasado 8 de junio de 2010, cuando recibimos en la sede de nuestra Asociación la siguiente misiva, remitida por la Dirección General de Seguros:

*“El establecimiento en 1995 de un sistema legal para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, actualmente contenido en el anexo del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, supuso un hito relevante en el régimen de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a mo-*



tor y también del seguro que obligatoriamente la cubre.

Desde entonces, el sistema sólo se ha modificado para incrementar las cuantías monetarias en la evolución del IPC y para introducir ciertas modificaciones en la tabla VI, reguladora de la puntuación de las secuelas, en el año 2003, además de ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad parcial circunscrita a ciertas previsiones de la tabla V de indemnizaciones por incapacidad temporal.

Los cambios en la realidad social y el nivel de vida en España han sido sustanciales en estos 13 años, al tiempo que la aplicación del propio sistema de valoración ha puesto de manifiesto ciertas limitaciones y más de una laguna. Por esto, han sido frecuentes, especialmente tras la aprobación de la Ley 21/2007, de 17 de julio, las opiniones, que con diferente intensidad y naturaleza en su fundamento aconsejan una revisión del citado sistema de valoración de daños personales.

El criterio de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones es que, una vez completada la transposición de la Quinta Directiva del seguro de automóviles mediante la Ley 21/2007, de 11 de julio, y aprobado el desarrollo reglamentario plenamente adecuado al nuevo marco legal por el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, parece llegado el tiempo de, al menos, valorar la necesidad de cambios en el sistema, como hemos tenido ocasión de confirmar en reuniones preliminares con Asociaciones representativas y expertos.

Por la naturaleza de la cuestión, las propuestas normativas de modificación deberán ser impulsadas por el Ministerio de Justicia. El papel que corresponde a este Centro Directivo, como órgano que tiene atribuidas las competencias en materia de ordenación y supervisión de seguros privados, es el de impulsar el debate inicial y trasladar en su momento al Ministerio de Justicia la necesidad de la reforma y el sentido que, en opinión del Ministerio de Economía y Hacienda, debe darse a esta.

Esta es una tarea compleja y quizá la sentida como de mayor importancia social del seguro obligatorio del automóvil por lo que resulta imprescindible contar con la opinión de todos los interesados, que sin duda alguna son muchos: asociaciones de consumidores, de víctimas y de automovilistas, entidades aseguradoras, expertos jurídicos y médicos, y la propia Administración.

En atención a lo anterior, esta Dirección General quiere impulsar ese análisis mediante la constitu-

ción de un grupo de trabajo de amplia composición que permita alcanzar conclusiones relevantes al respecto.

A estos efectos se le convoca para celebrar una reunión el próximo día 12 de julio de 2010 a las 11 horas, en la Sala de Juntas de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, Paseo de la Castellana, nº 44, 4ª planta, Madrid.

Se adjunta a esta invitación la lista de integrantes del grupo de trabajo. En breve recibirá el orden del día para esta reunión.

Esperando que la iniciativa sea de su interés, reciba un cordial saludo.

Ricardo Lozano. Director General de Seguros  
ORGANISMOS CONVOCADOS

- FISCALÍA DE LA SEGURIDAD VIAL
- DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO
- SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DE JUSTICIA
- DIRECCIÓN GENERAL POLÍTICA ECONÓMICA
- SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DE SANIDAD
- CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS
- UNESPA
- SEAIDA
- CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE MEDIADORES
- ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE MEDIADORES DE SEGUROS (AEMES)
- ASOCIACIONES DE VÍCTIMAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO
- ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE PERITOS DE SEGUROS Y COMISARIOS DE AVERIAS (APCAS)
- INSTITUTO DE ACTUARIOS DE ESPAÑA
- CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA
- AUTOMOVILISTAS EUROPEOS ASOCIADOS
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN R.C. Y SEGURO
- COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI)
- REAL AUTOMÓVIL CLUB DE CATALUÑA (RACC)
- REAL AUTOMÓVIL CLUB DE ESPAÑA (RACE)
- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCA, CAJAS Y SEGUROS (ADICAE)
- UNIÓN DE CONSUMIDORES DE ESPAÑA (UCE)
- DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS"

Por ello, el 12 de julio pasado, Mariano Medina Crespo, como presidente de nuestra Asociación, y yo como secretario general, asistimos a la primera reunión del **GRUPO DE TRABAJO PARA EL ESTUDIO DE LA REFORMA DEL SISTEMA LEGAL DE VALORACIÓN DE DAÑOS PRODUCIDOS POR ACCIDENTES DE**



**TRÁFICO.** En dicha reunión tuvo lugar la presentación de los miembros de este grupo de trabajo, pudiéndose tener un primer contacto en el que cada organismo participante ofreció su visión sobre por donde debería de ir la reforma del sistema legal valorativo, presentándose incluso varias propuestas por UNESPA, las Asociaciones de Víctimas de Accidentes de Tráfico y el RACC, a las que se puede acceder a través de nuestra página web.

Por su parte, **Mariano Medina Crespo**, expuso la utilidad de la estructura básica del sistema legal valorativo, defendiendo la necesidad de mantenerla, pero sugiriendo una revisión de su texto con la que evitar unas disfunciones que se deben a una serie diversa de factores convergentes, entre los que sobresale la defectuosa redacción de las reglas aplicadas. También deben ponderarse, a su entender, los cambios acelerados de una realidad familiar que ya fue inadecuadamente atendida cuando se aprobó en 1995 esta regulación legal. Hay que partir de la idea fundamental de que el sistema debe acoger de forma expresa los dos principios básicos de la valoración del daño corporal: el de reparación íntegra y el de la reparación vertebrada.

El principio de la integridad reparatoria entiende que debe afirmarse de forma explícita para valorar tanto las consecuencias patrimoniales del daño corporal, como, previamente, para valorar éste, en sí mismo considerado, con sus secuencias personales (perjuicios morales), funcionando, en el primer caso, bajo el auspicio de la equivalencia (compensación perfecta) y, en el segundo, dentro del marco de la satisfacción razonable (compensación imperfecta). Asimismo, el principio de la vertebración lograría desenterrar de forma definitiva el principio tradicional de la globalidad. Así, se producirían sucesivas separaciones, en un primer nivel de las consecuencias personales y las patrimoniales del daño corporal, para ir posteriormente realizando sucesivas disecciones, dentro de unas y otras, de los diversos conceptos y subconceptos dañosos, proporcionándose a la indemnización final una estructura clara que permita de forma efectiva el control jurisdiccional de su corrección.

Medina Crespo propone un sistema sobre tres partes, a saber:

a.- Las primeras tablas regularían el resarcimiento del daño corporal emergente y el del daño moral ordinario inherente a él, sin incluir en lo más mínimo dimensión patrimonial alguna, mediante una declaración expresa en tal sentido. Se incluirían dentro de estas la indemnización básica por causa de muerte, la indemnización básica por lesiones temporales y la indemnización básica por lesiones permanentes.

b.- Las tablas segundas servirían para resarcir los perjuicios personales (morales) especiales, particulares o extraordinarios, mediante el mantenimiento de la técnica de los factores de corrección, es decir, valorarían los perjuicios personales especiales o extraordinarios. Se incluirían dentro de ellas la indemnización complementaria por causa de muerte, la indemnización complementaria por lesiones temporales y la indemnización complementaria por lesiones permanentes.

c.- Las tablas terceras se ocuparían de los perjuicios de índole patrimonial causados por la muerte, las lesiones temporales y las lesiones permanentes, incluyendo los gastos intrínsecamente necesarios, los eventualmente necesarios, los perjuicios patrimoniales básicos y los perjuicios consistentes en el lucro cesante y en la pérdida de la capacidad de ganancia.

Centrándonos en el análisis de estas últimas tablas, que en mi opinión representan la aportación más interesante al ocuparse de forma clara del lucro cesante, se incluirían en las mismas el resarcimiento de los perjuicios económicos causados por la muerte, el resarcimiento de los perjuicios económicos causados por las lesiones temporales y el resarcimiento de los perjuicios económicos causados por las lesiones permanentes.

En el primer caso de resarcimiento de los perjuicios económicos causados por la muerte, se incluiría la indemnización de los gastos de entierro y funeral, el perjuicio patrimonial básico y el lucro cesante padecido



por los familiares económicamente dependientes, con fijación de una serie de reglas de tasación presuntiva, que servirían para facilitar el resarcimiento de forma razonable, con diseño de los diversos modelos familiares; y siempre con computación en cada perjudicado de las ventajas obtenidas por razón del seguro social o colectivo.

Respecto a la regulación del resarcimiento de los perjuicios económicos causados por la lesión temporal, el sistema diseñado por Mariano Medina incluiría en este apartado los gastos asistenciales y paraasistenciales, el perjuicio patrimonial básico y el lucro cesante, quedando la medición de éste sujeta a una ponderación *in concreto*, según prueba practicada y con computación reductora al igual que ocurría en el supuesto anterior.

Por último, el resarcimiento de los perjuicios económicos causados por las lesiones permanentes incluiría los gastos asistenciales y paraasistenciales, el perjuicio patrimonial básico y el lucro cesante, quedando su medición sujeta a una ponderación *in concreto* en la medida de lo posible, con fijación de reglas de tasación presuntivas que servirían para facilitar el resarcimiento de forma razonable.

Así, defiende Medina Crespo que la tipificación normativa o tabular del resarcimiento del lucro cesante es completamente necesaria, y tendría que efectuarse no a través de reglas estrictas de tasación, sino mediante una serie de reglas de signo probatorio con las que encarar los supuestos ordinarios, bajo unas pautas que supondrían la combinación del método del multiplicando-multiplicador y del método equitativo, sin que pueda prescindirse ni de uno ni de otro; y se establecería de forma expresa la computación reductora de las sumas procedentes del seguro social o colectivo.

Esta es la aportación de Medina Crespo para una posible reforma del sistema actual; podrá ser criticada, pero al menos sirve de base y supone un gran esfuerzo intelectual de aportación de ideas. Lo que está claro,

y en lo que todos coincidimos es que, después de los cerca de quince años que han transcurrido desde la entrada en vigor del sistema de valoración aprobado por la Ley 30/95, hay muchos extremos de éste que deberían reformarse, sobre todo después de la reciente STS de 25 de marzo de 2010, pues como dice el ponente de dicha sentencia, **Xiol Rios**, es necesario insistir en que un sistema de reparación del daño corporal derivado de los accidentes de circulación exige la reparación del lucro cesante derivado del daño corporal.

En conclusión, cada vez va siendo más palpable y asumida la necesidad de reformar el sistema legal valorativo para regular claramente la valoración del daño patrimonial, y para ello es muy importante debatir todo lo posible sobre este extremo, creando una importante masa crítica al respecto, motivo por el que en el **Congreso Nacional** de este año, que celebraremos próximamente en la bella isla de **Mallorca**, tenemos previsto tratar este tema, entre otros también muy interesantes, motivo por el que se ha ampliado el programa de congreso para incluir una mesa redonda sobre esta materia, que tendrá lugar dentro de la propia Asamblea General de la Asociación. Animo a todo el que esté interesado en hacer una aportación sobre esta materia, a que la haga a través de esta revista, a través de la web de la Asociación o en el próximo Congreso Nacional de la Asociación, de tal manera que no se pierda la oportunidad de enriquecer el debate doctrinal sobre la ya cercana reforma del "baremo".

Por último, quiero agradecer públicamente a la Dirección General de Seguros, en la persona de su subdirector general de seguros y política legislativa de la DGSFP, **Sergio Álvarez Camiña**, la nueva forma de trabajar en lo que a reformas legislativas se refiere, pues al contrario que anteriores ocasiones, esta vez se acepta como imprescindible contar con la opinión de todos los interesados, asociaciones de consumidores, de víctimas y de automovilistas, entidades aseguradoras, expertos jurídicos y médicos, y la propia Administración. Desde luego actuando así existen muchas más posibilidades hay de que entre todos hagamos leyes mejores.

## La problemática del perjuicio estético: especial referencia a su valoración

Jesús Fernández Entralgo  
*Presidente de la Audiencia Provincial de Huelva*



### 1. Introducción.

«Estético» y «estética» son las dos variables (masculina y femenina, respectivamente) de un adjetivo que procede del griego «αἰσθηκό». Significa «sensible», pero no remite a la percepción de la realidad mediante los sentidos, sino a la aprehensión de la belleza del objeto percibido. La Estética se construye como un saber de la belleza y presu-





pone un canon de lo que es bello y lo que es feo. Este canon es un producto cultural, de manera que el juicio sobre la belleza es cambiante.

Hinojal Fonseca (1999) llama la atención sobre la relativa modernidad del concepto, cuyo contenido intenta precisar, por vez primera, Alexander Gottlieb Baumgarten, en su «*Æsthetica acromatica*» (cuya primera edición data del año 1730), aunque ya había utilizado el término en sus «*Meditationes philosophicæ de nonnullis ad poema pertinentibus*» aunque con un significado un tanto diferente.

En efecto, Baumgarten (desarrollando ideas germinales de Wolf que pudieran rastrearse en Leibnitz), se ocupa de sensaciones y de sentimientos, no de belleza objetiva. El juicio sobre la belleza y la fealdad es, en gran medida, subjetivo así que pone en primer término las sensaciones que provoca su contemplación. Del verbo griego *αἰσθῶ* (*áiszō*), oler (Mariano Araldo apostilla: el olfato es el rey de los sentidos), deriva *αἰσθάνομαι* (*aiszánomai*), esto es, «percibir mediante los sentidos». De ahí viene *αἰσθησις* (*aiszesis*), sensación, sentimiento; que sirve para formar el cultismo *αἰσθητικός* (*aiszetikós*), o más exactamente *αἰσθητικά*, en la forma plural neutra, como «... las cosas que se perciben por los sentidos y por los sentimientos». Tal vez por eso, la segunda acepción de «estético/ca» en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, sea «perteneciente o relativo a la percepción o apreciación de la belleza»; aunque Estética tenga un significado eminentemente objetivo científico: «Ciencia que trata de la belleza y de la teoría fundamental y filosófica del arte».

La belleza del cuerpo humano, la armonía y proporción de sus formas constituyeron desde siempre un valor de la persona y un factor de integración en el grupo. Hernández Cueto (1996-I) recuerda la trascendencia del paradigma estético en el plano religioso.

En el libro Levítico del Pentateuco judeocristiano, el tronante Yaveh no participa, desde luego, de la actual tendencia a la integración de los minusválidos. En los versículos 16 al 21 se leen estas significativas palabras dirigidas a Moisés para que las transmitiera a Aarón: «... Ninguno de tus futuros descendientes que tenga un defecto corporal podrá ofrecer la comida de su Dios: sea ciego, cojo, con miembros atrofiados o hipertrofiados, con una pierna o un brazo fracturados, cheposo, canijo, con cataratas, con sarna o tiña, con testículos lesionados. Nadie con alguno de estos defectos puede ofrecer la comida de su Dios. Ninguno de los descendientes del sacerdote Aarón que tenga un defecto corporal se acercará a ofrecer la oblación del Señor. Tiene un defecto corporal: no puede acercarse a ofrecer la comida de su Dios. Podrá comer la comida de su Dios, de la porción sagrada como de la santa; pero no puede traspasar la cortina ni acercarse al altar, porque tiene un defecto corporal. No profanará mi santuario, porque yo soy el Señor, que los santifico ...».

Yahvé no quiere deformes a su servicio. La fealdad se asocia a la maldad. Dos siglos después de Baumgarten, en 1853, Johann Karl Friedrich Rosenkranz, un filósofo de adscripción hegeliana, escribió su «*Aesthetik des Hässlichen*», la Estética de la Fealdad. En esta obra –lo recuerda Eco (2007)– estableció la analogía que, a su juicio, existe entre la fealdad estética y la maldad moral.

El monstruo –de «*monere*–, aconsejar, pero también prevenir o precaver- es percibido por los demás como una fuente de peligros indefinidos frente a quien hay que tomar toda clase de precauciones.

Mary Wollstonecraft Shelley –nacida Godwin– describe la desoladora sorpresa que recibe la criatura (monstruosa) revivida por su imaginario Doctor Victor Frankenstein, tras salvar de una muerte segura a una muchacha:

«... Estaba ella sin sentido, e intentaba reanimarla, por todos los medios a mi alcance, cuando fui interrumpido por la llegada de un campesino ... Al verme, se lanzó hacia mí y, arrancándome de mis brazos a la joven, se internó precipitadamente en lo más espeso del bosque. Lo seguí a toda prisa, sin saber por qué, mas, cuando él vio que estaba cerca, apuntó hacia mí una pistola que llevaba consigo e hizo fuego ...». El campesino había identificado inconscientemente la fealdad, esto es, la anormalidad estética, con la maldad, con el quebrantamiento de la norma ética.

La fealdad produce rechazo social y el rechazo trastorna la vida de quien lo sufre, lo hace padecer psíquicamente y puede alterar profundamente el desarrollo de su personalidad.

Medina Crespo (2000-II, 2003-II) recuerda la Sentencia de 15 de abril de 1987, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En ella se hace notar que «... en el psiquismo de quien ... sufre [una deformidad] produce [ésta] tal secuela, traducida no pocas veces en frustraciones, renunciaciones y fracasos en la vida de relación, que cada vez se paga más en nuestros días de la agradable presencia física del ser humano, explicándose así el correlativo desarrollo que ha alcanzado la cirugía estética dentro de la cirugía plástica ...».

El aspecto físico de una persona constituye un factor fundamental de sus posibilidades de comunicación. Consecuentemente, condiciona en la misma proporción su capacidad de ganancia (Lemega, 1977). En una Sociedad que rinde culto a la belleza, la apariencia externa constituye la mejor carta de presentación (mucho mejor, en sobradas ocasiones, que la capacidad intelectual) que proporciona las mejores oportunidades de trabajo. Medina Crespo (2000-II, 2003-II), enlazando con el texto transcrito del Levítico, escribe estas palabras: «... el deforme no sólo se ve privado del *pan de Dios*, sino que puede verse privado también del *pan de*

*los hombres*. De esta forma queda expresado este perjuicio en su doble dimensión: la moral, estrictamente personal, y la económica, estrictamente patrimonial; necesaria la primera y contingente la segunda ...». Bueno será no perder de vista esta distinción, que tiene mucho que ver con el criterio de compensación y resarcimiento del daño estético.

En el Derecho Romano clásico, el menoscabo estético no era susceptible de compensación pecuniaria. En el Digesto (9.3.7) se reproduce un fragmento de los comentarios de Gaio al *Edictum provinciale*: «... *cicatricum autem deformitatis nulla fit aestimatio ...*».

Los tiempos han cambiado mucho.

El principio o punto 11 de la Recomendación 75/7 del Consejo de Europa proclama que «... la víctima debe ser indemnizada del daño estético ...».

Al explicar el proteico alcance de esta modalidad de daño, la Recomendación 75/7 recurre a un ejemplo. El daño que resulta de cicatrices en la cara de la víctima, ilustra el comentario 41, «... se considera tanto como perjuicio material, como daño moral, o como daño *sui generis*, a veces como *pretium doloris*, o como categoría totalmente aparte ...» (Vicente, 1994). «... El principio – apostilla no poco contradictoriamente después de lo transcrito– se atiene a esta idea, pero no toma partido sobre el problema de la clasificación que es, por otra parte, fundamentalmente teórico ...».

Una acepción vulgar del daño o perjuicio estéticos lo identificarían con el afeamiento que experimenta una persona por causas distintas del deterioro natural producido por el paso de los años. Implican un salto patológico o traumático de un estado o nivel estéticos o otro que lo empeora.

Gerin (1947; seguido, entre otros, por Franzoni, 1995, y Pogliani, 1995) define el daño estético como cualquier modificación morbosa y peyorativa del conjunto estético individual.

Criado del Río (1994, 1999) parece equiparar el concepto jurisdiccional de «deformidad» y el civil de «daño o perjuicio estéticos», (también Hernández Cueto, 1996, una y otro, sin duda, al hilo de la doctrina jurisprudencial elaborada a propósito de la primera) y define este último como «... la disminución o pérdida de la atracción o belleza del lesionado debido a la alteración estética que sufre ...», y que consiste –de acuerdo con la definición descriptiva proporcionada por Olivier y Dreyfus(1990)– en «... toda anomalía física visible causada por el accidente que afee a la víctima: cicatrices, deformaciones, mutilaciones del gesto, necesidad de utilizar prótesis, de muletas, etc., cuya importancia varía con la naturaleza, localización, características, edad, sexo y el aspecto físico anterior ...».

Alonso Santos (1998), por su parte, tiene por tal «... [toda] irregularidad física o alteración corporal externa, visible y permanente que suponga fealdad ostensible a simple vista ...».

Todas estas definiciones del daño o perjuicio estéticos incluyen los siguientes elementos estructurales:

[a] afeamiento como consecuencia de.

[b] un menoscabo del «estado estético» (aparición física) exterior.

[c] Ese afeamiento ha de ser permanente y

[d] perceptible por los sentidos desde el punto de vista de un tercero observador.

Hasta aquí quedan descritas las características del daño estético como efecto o resultado.

Alonso Santos se detiene en este nivel de análisis.

Otros monografistas (Gerin, Olivier y Freyfus, Criado) añaden una referencia a su origen.

[e] El menoscabo estético ha de ser, para ellos, patológico («morboso»), como opuesto a las modificaciones que se producen naturalmente como consecuencia del envejecimiento. Su origen puede encontrarse en una enfermedad que produce un deterioro progresivo del aspecto externo de la persona enferma o un traumatismo, esto es, de un hecho externo que altera bruscamente el estado inmediatamente anterior de la víctima. En Derecho de Daños, es frecuente asociar consciente o inconscientemente el concepto a un «accidente» o traumatismo precedentes.

[f] Rousseau y Fournier(1990) sugieren que se indique cómo asume la víctima su desgracia estética (en sentido similar, Hernández Cueto, 1995, 67); sin embargo, esta dimensión apunta más al daño psíquico como componente del daño moral en sentido puro(Vicente, 1994, 203-208), lo que no impide reconocer que es usual resarcir el perjuicio estético en una cantidad que engloba -aunque sean separables- todos estos aspectos, como dimensiones de un mismo fenómeno.

En Francia, Daligand (1988) define el perjuicio estético como «un atentado contra la persona afeando a la víctima». En esta definición se confunden la causa (el atentado) con el efecto perjudicial (el afeamiento estético).

El daño estético puede consistir bien en cicatrices bien en cualesquiera otras modificaciones morfológicas (Daligand, 1988).

Existe cierta tendencia -criticable y criticada (Iribarne, 1995; Hernández Cueto, 1989, 1996-I, 1996-II, 1998-I; García Blázquez, 1999; Dolado





Cuello; Medina, 2000-II, 2003-II)- a identificar el daño corporal con el producido por la remanencia de cicatrices, y muy especialmente en la cara (Le Roy & Joët, 1998).

Ello ha conducido a marginar otros menoscabos que afean a la persona que los padece, y a restringir el concepto a los daños estáticos, olvidando los dinámicos. Con toda razón, Xiol Rios (2000) invita a superar lo que denomina muy expresivamente el «prejuicio epidérmico», prestando atención únicamente a la percepción visual estática, desconociendo la dinámica y otras formas de percepción sensorial (auditiva u olfativa) sobre las que ya se ha llamado la atención en la bibliografía más reciente (Mastropaolo, 1983; Dolado, Arimany, Sánchez Gallar).

Alonso Santos(1998), sintetizando la opinión científica especializada dominante (Daligand y otros, 1988), diferencia dos tipos de daño estético:

[a] el estático, que «... se percibe a simple vista y con la sola observación de la víctima ...»; y

[b] el dinámico, que sólo se aprecia cuando la víctima se encuentra en movimiento.

Ejemplos de daño estético son:

[1] Las mutilaciones.

[2] Las deformaciones, valorando

[2.1] si concurren lesiones cutáneas;



[2.2] si afectan a la cara o al resto del cuerpo.

Es necesario abandonar la frecuente asociación entre parálisis y daños estéticos dinámicos. Las parálisis pueden producir también deformaciones permanentes estáticas del aspecto físico de la persona afectada.

[3] La pérdida o disminución de un perfil o contorno así como la pérdida de sustancia.

[4] Las cicatrices.

Como ejemplos de daños dinámicos se señalan los siguientes:

[1] «... Todas aquellas alteraciones musculares, tendinosas u óseas que pueden provocar cojera e incluso alteración de los gestos ...».

[2] «... Todas aquellas que están relacionadas con las parálisis y que, además, supongan alteración con el movimiento. El ejemplo más gráfico lo tenemos en la alteración de la mímica o la modificación de los ademanes ...».

Conviene dejar claro desde un principio que el daño estético, cuando se produce, es la consecuencia de un daño orgánico (biológico: Medina, 2000-II; 2003-II) que causa una alteración perceptible de la morfología de la persona lesionada, y puede derivar de aquél sin que padezca en cambio el normal funcionamiento del organismo humano.

Daño estético y daño psicofísico funcional no son, sin embargo, conceptos coextensos. Una lesión permanente interna puede no traducirse en una modificación del aspecto exterior del lesionado, y una alteración morfológica anatómica estática que lo afea (las cicatrices no dolorosas son ejemplo típico: Sánchez Gallar) no repercutir negativamente en absoluto en el normal desarrollo de las funciones corporales e intelectuales.

Así se comprende con cuánta razón los monografistas califican el daño estético como un daño extrapatrimonial o moral en sentido estricto (Zavala, 1990; Iribarne, 1995-II; Medina, 2000-II, 2003-II; ), aunque, como tantos otros de la misma clase, pueda tener repercusiones reflejas de carácter económico (Pogliani, 1995; Le Roy & Joët, 1998).

Especialmente interesante es la evolución del tratamiento teórico y práctico en Italia. Inicialmente el afeamiento de una persona se indemnizaba por referencia a la invalidez genérica para obtener ganancias (Giolla, 1972; Sentencia de 27 de marzo de 1987, número 2985, del Tribunal de Casación). Más adelante, se ligó el perjuicio estético al daño biológico, en cuanto éste es fuente de aquél, pero no se aprecia tanto es su objetividad como pudiera serlo el daño a un vestido, un cuadro o una obra arquitectónica (Franzoni, 1995), cuanto como causa de menoscabo del estado de bienestar psicofísico de la persona condicionante de la plenitud de su vida de relación (Sentencias de 19 de mayo de 1989, número 2409, y de 2 de julio de 1991, número 7262, del Tribunal de Casación).

Sin embargo conviene llamar la atención que, para fijar las cantidades de la indemnización, se acude con frecuencia a las establecidas en función de la capacidad económica de la víctima, permitiendo, no obstante, un amplio margen de corrección, según las circunstancias del caso, por el órgano jurisdiccional (Lagostena Bassi & Rubini, 1974; Franzoni, 1995).

Se diría, incluso, que el daño o perjuicio estéticos no son más que una «*dimensión*» de un daño corporal en sentido estricto, en cuanto menoscabo anatómico o funcional.

Una vez producida la sanidad de una persona lesionada a la que resta únicamente una cicatriz no dolorosa, parece claro que su organismo no es «*el mismo*» de antes del hecho lesivo, pero «*funciona*

*igual*» que antes. Desde el punto de vista orgánico-funcional puede que no se aprecie un daño residual relevante; pero la persona lesionada, cuando el menoscabo resultante produce un afeamiento respecto de su estado anterior, «se ve» y «es vista» por los demás de una manera distinta y peor. El daño afecta en realidad al futuro desarrollo de su personalidad, desde el punto de vista individual y de su vida de relación social.

Tal vez por eso, para destacar lo que tiene de «efecto reflejo» se prefiere hablar de «perjuicio», mejor que de «daño» estético; y quizá por eso también se alude a su relativa «autonomía» o «independencia», con lo que no se quiere significar que constituya una nueva categoría añadida a los daños moral y patrimonial (Medina, 2000-II, 2003-II), sino que la compensación del menoscabo anatomofisiológico objetivo no embebe la dimensión del perjuicio estético (ni a la inversa) que, de producirse, ha de ser compensado independientemente porque representa una consecuencia perjudicial adicional respecto de aquél, que es contemplado desde una perspectiva distinta que presta al perjuicio estético una diferencia cualitativa (no supone sólo un «plus» sino también un «aliud») del daño corporal en sentido propio (Criado, 1994, 1999; Medina, 2000-II, 2003-II; Sánchez Gallar).

La compensación del daño anatomofuncional está en función del menoscabo del estado anterior de salud de la persona lesionada.

La compensación del perjuicio estético está en función del menoscabo del estado estético anterior de la persona que sufrió el menoscabo anatomofuncional.

La compensación del daño anatomofisiológico y la del perjuicio estético reconoce fundamentos distintos, aunque éste encuentre su causa material en aquél. Por eso no son «excluyentes» -como escribe con escasa fortuna Hinojal (1999)- sino

«independientes» entre sí, desde el punto de vista indemnizatorio. Esta independencia (producto de la diferente perspectiva desde la que se contempla un mismo menoscabo anatomofisiológico) obliga a valorar la realidad y relevancia de cada uno separadamente, para que, de esta suerte, se resarza la totalidad de las consecuencias perjudiciales causadas en el ámbito del daño moral en sentido amplio. De ahí la razonabilidad de la crítica que mereció la Sentencia de 10 de marzo de 1968, de la Sección Segunda de la Sala Civil del Tribunal de Casación francés que, en un caso de enucleación de un ojo valoró exclusivamente la trascendencia de la lesión desde el punto de vista del menoscabo anatomofisiológico, pretiriendo su relevancia desde el estético (Le Roy, 1998; Medina, 2000-II, 2003-II).

En España, el profesor Borobia (1990; también Alarcón, 1989; Pargada, 1967) diferencia (confesadamente «al modo francés», de tanto influjo en los especialistas españoles), como *perjuicio extrapatrimonial*, el perjuicio estético: aludido en el punto o principio 11 de la Resolución 75-7 del Consejo de Europa, aunque el comentario anejo se cuida de advertir que, unas veces, se incluye en el daño material, otras, en el moral, y no falta una tercera consideración como categoría autónoma.

La repercusión que el perjuicio estético puede tener sobre el patrimonio de la persona lesionada (si ha de hacer frente a los gastos de su reparación medicoquirúrgica) y sobre su capacidad de ganancia se valora desde un punto de vista muy distinto, independiente del que se adopta para ponderar el daño moral (anatomofisiológico y estético), cual es el patrimonial.

Esta independencia o autonomía entre los planos de lo patrimonial y lo extrapatrimonial, que puede considerarse dominante en la bibliografía especializada implica -como pone de relieve Medina Crespo (2000-II; 2003-II) el rechazo





de la propuesta de Pogliani (1964), para quien la concurrencia de un daño estético en sí mismo considerado (menoscabo de la imagen de la persona lesionado) y de un perjuicio patrimonial resultante de aquél debía resolverse optando, como regla general, por resarcir exclusivamente aquél que sea más relevante, salvo casos en que uno y otro tengan un alcance considerable, en los que se liquidarán separadamente. Pogliani no explica convincentemente la utilización de este doble rasero, que recuerda la criterio que patrocina la impunidad de determinados hechos-constitutivos, en sí mismos, de infracción penal-anteriores o posteriores a otro, de gravedad muy superior, que se consideran «*copenados*» por la sanción impuesta por este último, que se tiene por suficiente para castigar la totalidad del «*injusto*» material del comportamiento del culpable.

Obviamente –y Pogliani parece olvidarlo– los criterios de política criminal (girando en torno al principio fundamental de intervención mínima) no tienen por qué coincidir con los propios del Derecho de Daños, orientados al resarcimiento integral de los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Esta diferencia de perspectiva explica una afirmación incidental –que sorprende y desagrade a Medina Crespo (2000-II; 2003-II)– contenida en la Sentencia TS-II de 15 de abril de 1987, sobre la absorción de lesiones de menor entidad en un subtipo cualificado agravado por la especial gravedad de las causadas a la persona lesionada. En la Sentencia calendada se hipotetiza un problema de calificación jurídicopenal de un hecho lesivo productor de diversos resultados de gravedad muy dispar. No se plantea, en cambio, en absoluto, su tratamiento desde el punto de vista indemnizatorio.

«... La doctrina coincide en la especial dificultad de valoración que este daño entraña (sobre todo en su faceta moral o de sentimientos), en la que los tribunales franceses hacen habitual uso de

criterios de estimación como son la edad, el sexo, la localización de las cicatrices o de las heridas e incluso la belleza anterior de la víctima, que algún autor ha denominado “capacidad estética restante”. Se ha llegado a límites de máximo detalle en cuanto a otro factor, como es el estado civil de la persona lesionada, dándose lugar a sutiles disquisiciones que llevan a considerar, por ejemplo, que si en una persona soltera el afeamiento reduce la “capacidad matrimonial”, no es menos cierto que esa misma circunstancia determina un aumento de los “riesgos de divorcio” en una persona casada ...» (De Angel, 1989).

Rodríguez Jouvencel, al hilo de la opinión dominante francesa, advierte, por su parte, que no cabe desconocer que «... ciertas alteraciones hormonales pueden manifestarse objetivamente y de forma negativa en el semblante de quien las sufre (“cara de luna”, “rostro abotargado”, hirsutismo, etc.), incluso cuadros psíquicos cronificados (“aire depresivo”, “expresión de tristeza”), y, en su caso, bajo la influencia directa de diversas patologías (renales, cardíacas, hepáticas, etc.), efectos medicamentosos (cuando se han de tomar de por vida o prolongadamente), situaciones todas ellas que sin duda contribuyen en proporción variable a desfavorecer la imagen y la apariencia personal, lo cual, junto a las otras consecuencias que se pudieran tener en cuenta dentro de una relación causal, habrá que valorar si es que tales estados agresivos se han hecho permanentes, cuando en el afectado se observe y constate que “ya no es el que era”, contrastando su realidad actual con el ... “coeficiente estético anterior” ...» (Jouvencel, 1991, 1995).

El problema surge a la hora de valorar la gravedad del daño o perjuicio estéticos, porque la belleza y la fealdad son valores eminentemente subjetivos, aunque es innegable que existen pautas socioculturales que definen en cada tiempo y en cada lugar lo que es bello y lo que es feo.

Criado del Río (1994) plantea muy correctamente el problema de la valoración del daño estético: «... Se trata de valorar un daño objetivable, cuya apreciación es subjetiva ...».

La valoración del perjuicio estético sólo puede hacerse cuando éste se encuentre consolidado, cuando sea definitivo (Criado, 1994; Vicente, 1995).

Sigue resultando imprescindible la utilización del método descriptivo (Criado, 1994; Hernández Cueto, 1995), detallando:

[1] Las características externas de la secuela.

[2] En su caso (daño dinámico), repercusión negativa en uno o varios gestos o movimientos, y

[3] frecuencia de la utilización del gesto o movimiento;

[4] Localización, en cuanto factor fundamental determinante de su visibilidad.

Alonso Santos (1998) e Hinojal (1999) dedican especial atención a las cicatrices, como representantes tópicos y más frecuentes del daño estético, sin desconocer –como ya queda subrayado– que existen otros menoscabos psicofísicos productores de afeamiento de quien los padece.

Ese afeamiento puede ser valorado desde dos puntos de vista, según quién sea el espectador.

En efecto, las cicatrices son tenidas por daños indemnizables desde el momento en que menoscaban la imagen de quien las padece en cuanto percibida por los demás, pero no puede desconocerse el dolor psíquico que ocasiona al lesionado la contemplación de su propio afeamiento (Zavala, 1990).

Para valorar la trascendencia de una cicatriz sobre la estética de una persona, habrá que tener en cuenta una pluralidad de factores:

[a] Su forma, diferenciando las longitudinales (rectas, quebradas o ramificadas) de aquéllas en las que son relevantes tanto su longitud como su anchura.

[b] Su relieve, ya que a mayor relieve, mayor perceptibilidad y alteración de la imagen; de ahí la mayor gravedad de las queloides o hipertróficas.

[c] Su tamaño (superficie afectada), por razones obvias de perceptibilidad.

Constituye uno de los factores objetivos tenidos en cuenta en el método Rechar (1990) de valoración, distinguiendo:

[c.1] visibilidad a distancia inferior a un metro

[c.2] visibilidad a distancia inferior a tres metros

[c.3] visibilidad a distancia inferior a seis metros

[c.4] visibilidad a distancia superior a seis metros.

[d] Su contraste cromático, que depende de su coloración (tonalidad e intensidad) en relación con la de la zona corporal en que se encuentran localizadas.

[e] Su retractilidad; y, por supuesto

[f] Su localización, en cuanto determinante de su visibilidad.

En la bibliografía especializada (Rechar, 1990; Alonso Santos, 1998; Hernández Cueto,



1998-I; Aso y Cobo, 1998; Cobo y Aso, 1999) se distinguen hasta seis zonas en función de su mayor o menor visibilidad:

[f.1] la cara, ejemplo de máxima visibilidad por su permanente exposición y por la atención que suscita en cualquier espectador;

[f.2] zonas del cuerpo que habitualmente permanecen descubiertas (manos, cuello, y -hoy habría que admitirlo con mucha reserva- las piernas en la mujer);

[f.3] zonas visibles con frecuencia (brazos, cuero cabelludo);

[f.4] zonas visibles en caso de práctica de actividades deportivas o de ocio (tórax; abdomen; piernas en el hombre: de nuevo, con reservas);

[f.5] zonas visibles en caso de desnudez (nalgas, pubis, caras internas de los muslos); y

[f.6] zonas raramente visibles (plantas de los pies, huecos axilares).

Sin duda alguna, como cualquier otra alteración corporal, la mayor visibilidad corresponde a las localizadas en el rostro (Martínez-Pereda, 1997), y, dentro de él, a la zona situada en el triángulo invertido que se forma situando los vértices en cada uno de los ojos y en la boca.

La orientación de la cicatriz es igualmente importante. Serán menos aparentes cuanto más sigan las denominadas «*líneas de Langers*», líneas de tensión o reglas clásicas de Anatomía, que, aproximativamente, se corresponden con la formación natural de arrugas por envejecimiento. Las cicatrices se verán menos si siguen ese trazo, o se alinean horizontal y paralelamente a ellas. Lo anterior vale para el caso de cicatrices quirúrgicas derivadas de intervenciones estéticamente reparadoras.

Sin embargo, no se puede desconocer que -como ponía de relieve la (por otros conceptos literariamente pintoresca) Sentencia TS-II de 30 de mayo de 1988, «... [limitada] durante mucho tiempo la noción de deformidad al rostro, hoy se ha extendido a la generalidad del cuerpo, quizá porque éste se expone con más frecuencia que antes a la contemplación ajena ...».

Como se colige de la distinción de zonas corporales a efectos de valorar su mayor o menor visibilidad, se tiene muy en cuenta que habitualmente queden al descubierto por el vestuario o por el cabello.

Aun cuando el criterio es, en principio, razonable, no se debe olvidar que la moda y las costumbres pueden convertir en visibles con mayor frecuencia zonas anatómicas que permanecía cubiertas con anterioridad.

Ciertas alteraciones corporales que afectan a partes íntimas pueden, además, ser sentidas por la persona lesionada como especialmente avergonzantes y generar la angustia de tener que mostrarlas precisamente en momentos muy delicados de las relaciones interpersonales.

Por eso, Aso y Cobo (1998, 1999) completan la enunciación diferenciando lo que denominan «*focos de atención visual*» o, si se prefiere, grados de exposición de las distintas partes del cuerpo humano:

[a] zonas perceptibles por todas las personas y en cualquier situación;

[b] zonas perceptibles por todas las personas en situaciones especiales (práctica del deporte o de actividades de ocio); y

[c] zonas perceptibles sólo por los allegados y en un entorno de intimidad.

Por lo que se refiere a las partes cubiertas por el cabello, será preciso retener la posibilidad de que su caída por el paso del tiempo o las oscilaciones de la moda puedan dejar al descubierto cicatrices que inicialmente no eran perceptibles.

[5] Circunstancias personales de la víctima:

[a] Edad y

[b] sexo y

[c] entorno social de la víctima.

Estos tres factores son puestos en tela de juicio en la bibliografía especializada, por considerarse contrarios al principio constitucional de proscripción de toda discriminación no justificada (artículo 14 de la vigente Constitución Española).

Aunque rechace la importancia de la edad a la hora de valorar la gravedad del perjuicio estético la Sentencia TS-II de 30 de mayo de 1988, se justifica una mayor compensación por perjuicio estético tratándose de niños o de personas jóvenes porque habrán de sufrir por mayor tiempo las consecuencias del daño sufrido en su imagen (Rechard, 1990; Alonso, 1998), y puede condicionar -y muy severamente, cuando la secuela es importante- el desarrollo de la personalidad del lesionado cuando aún no ha culminado su proceso de maduración. En otros casos, sin embargo, la poca edad permite predecir una evolución de la secuela hasta prácticamente desaparecer, lo que reconduce el problema al del tratamiento de las secuelas duraderas pero no permanentes.

El «Anexo» contenido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor sigue este criterio en cuanto en su Tabla III el valor de un mismo punto disminuye a medida que avanza la edad que la persona lesionada tenía al producirse el siniestro.

La madurez y la ancianidad no deben ser obstáculo para el reconocimiento del derecho a compensación por perjuicio estético. En ocasiones, los efectos del envejecimiento pueden contribuir a paliar los de la lesión sufrida. Es ejemplo típico la cicatriz en un rostro arrugado siguiendo las *líneas de Langers*. Como actualmente el deterioro físico derivado de la edad varía considerablemente en función de los cuidados que haya adoptado la persona e incluso de tratamientos (incluidos los quirúrgicos) a que se haya sometido, habrá que tener muy en cuenta el «coeficiente estético anterior» en cada caso.

El distinto tratamiento de un mismo daño estético objetivo en función del sexo de la víctima es objeto actualmente de viva controversia.

Todavía perdura una mentalidad que considera que el perjuicio es superior tratándose de una mujer. Medina Crespo (2000-II, 2003-II) recoge un ramillete de opiniones en este sentido, con citas de De Cupis (1954, 1966), Maciá Gómez (1996), Hinojal Fonseca y Marcilla Areces (1996), González-Haba (1997) y Bares Jalón y Gea Brugada (1997).

Un mismo daño estético debe compensarse por igual -concurriendo las mismas circunstancias- cualquiera que sea el sexo de la persona lesionada pues, de otro modo, se contradiría el principio constitucional de proscripción de cualquier discriminación injustificada por esa razón (De Vicente, 1994; Martínez-Pereda, 1997; Benito, 1998).

En la ya citada Sentencia TS-II de 30 de mayo de 1988, el Magistrado Ponente no tuvo empacho en escribir -con un estilo que reprochó no sin razón Martínez-Pereda (1997) por superado por un cambio de mentalidad que lo hace obsoleto- que «... [rechazada] en nuestros días la bondad del adagio respecto a que el hombre y el oso, más bello cuanto menos agraciado, es evidente que la tutela [jurídica] alcanza también a la eventual deformidad





ocasionada al varón, sin que quepa distinguir, como ironizaba alguno de nuestros más agudos tratadistas, entre la cicatriz en la comisura de los labios de un bigotudo carabinero y en la de una grácil estrella de la pantalla. ...».

En caso de daños corporales producidos por un hecho de la circulación, la valoración del perjuicio estético ha de hacerse sin consideración a la edad ni al sexo de la persona lesionada, tal como se dispone en la regla primera del capítulo especial dedicado a la materia y que cierra la Tabla VI del «Anexo» contenido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Como queda explicado, la edad se tiene en cuenta al fijar la cuantía del punto.

Cuestión completamente distinta es que la gravedad del perjuicio estético haya de ponderarse de acuerdo con el distinto canon de belleza dominante en cada sociedad para uno u otro sexo y que, como patrón cultural, puede cambiar al compás de la moda imperante en cada momento.

La discriminación por razón de la posición social o económica es hoy rechazada sin excepciones. Iribarne (1995) cita -para criticarla ásperamente- la Sentencia de 1º de diciembre de 1933, de la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal de la República Argentina. En ella se reflexiona que «... para las mujeres pobres, la juventud es breve [y] ... aunque esto sea una desigualdad en el injusto reparto de las cosas, no ha de buscarse en el Derecho, con motivo de la indemnización, la base de un resarcimiento compensador de esa situación ...», confirmando el parecer del juzgador en primera instancia, quien ponía de manifiesto que «... para una mujer analfabeta, dedicada a humildísimos menesteres domésticos y de 38 años, no importan gran cosa los defectos del rostro y las cicatrices producidas por un accidente de tránsito, lo que ha de apreciarse al fijarse el monto de la indemnización ...».

[d] actividad a la que se venía dedicando la víctima.

(estos dos últimos datos permiten conocer el alcance de la secuela deformante sobre la percepción por terceros del deterioro estético, valorándose independientemente su repercusión negativa sobre la posibilidad de realizar determinadas actividades y, en su caso, la consiguiente disminución de ganancias esperables);

\* estado anterior: lo que Simonin (1982) denomina «coeficiente estético anterior», ya que el perjuicio estético es siempre comparativo (resultando aconsejable el acompañamiento de material visual, como pueden ser reportajes fotográficos, videográficos o análogos, acreditativos del aspecto externo de la víctima antes del hecho lesivo y después de la consolidación de las secuelas).

\* Rousseau y Fournier(1990) sugieren que se indique cómo asume la víctima su desgracia estética (en sentido similar, Hernández Cueto, 1995); sin embargo, esta dimensión apunta más al daño psíquico como componente del daño moral en sentido puro (Vicente, 1994), lo que no impide reconocer que es usual resarcir el perjuicio estético en una cantidad que engloba -aunque sean separables- todos estos aspectos, como dimensiones de un mismo fenómeno.

La valoración se hace, en principio, independientemente de la posibilidad de reparación.

De ser posible un tratamiento reparador habrá que ponderar debidamente (Criado, 1994; Vicente, 1994)

\* sus riesgos;

\* su coste; y

\* el pronóstico de sus resultados. A estos efectos, Hernández Cueto (1995), siguiendo a

Beydoun (1989), sugiere atender a estos factores:

\*\* características del agente causal (así, la reparación de lesiones irregulares resulta más difícil y de peor pronóstico); \*\* la localización de la deformidad: «... [las] lesiones localizadas en el rostro son las peor aceptadas psicológicamente, en especial, en las zonas cercanas a los orificios, donde cicatrices deformantes pueden modificar la mímica y la expresión del individuo ...»;

\*\* la calidad del tratamiento inicial de urgencia;

\*\* factores personales que influyen en el resultado del tratamiento (por ejemplo, las características de la piel).

## 2.La baremación del perjuicio estético.

Ya Simonin (1982) advertía que era tarea poco menos que condenada al fracaso intentar cuantificar o baremar el perjuicio estético.

Sin embargo no han faltado intentos de clasificarlo y puntuarlo. Hodin (1973) recomendó el uso de un denominado *estetímetro*, que permitiría un análisis zonal del aspecto del individuo, creando una precisa anatomía geométrica y topográfica de acuerdo con la tipología del sujeto, que posibilitaría valorar con pretensiones de objetividad el daño estético causado en cada zona.

En Francia, se ha generalizado la utilización de una escala de 0 a 7/7, similar a la empleada para valorar el dolor (Maurri y otros, 1990; Vicente, 1994; Criado, 1994). Y en Italia, se ha tratado de tabular el perjuicio estético en porcentajes de «reducción de la eficiencia estética» (De Michelis y otros, 1966).

El Sistema español ICEA 1990 construyó una escala de nueve grados, similar a la elaborada para la valoración del dolor:

Daño estético	Puntos	
	Hombre	Mujer
Mínimo	1-2	1-2
Muy ligero	2-3	2-4
Ligero	2-4	3-5
Moderado	3-5	4-7
Medio	4-7	5-10
Bastante importante	5-10	6-16
Importante	6-13	7-19
Muy importante	7-16	20
Considerable	>16	>20

Con defectuosa técnica se combinaban a efectos porcentuales daño funcional y perjuicio estético, olvidando que se trata de dos daños diferentes (Criado, 1994).

## 3.El perjuicio estético en el sistema de indemnización de daños en las personas causados en hecho de la circulación.

### 3.1. En principio ...

En la Tabla VI del Anexo contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, se dedica un capítulo especial al «Perjuicio estético».

En su redacción inicial, al igual que en el Sistema de 1991, se establecen seis categorías, a las que se asignan otras tantas puntuaciones, sin distinguir, en principio, a diferencia de lo que se hacía en aquel precedente, por razón del sexo de la víctima, que luego se tiene en cuenta en circunstancias excepcionales.

La tabla quedó como sigue:



Descripción de las secuelas	Puntuación
Ligero	1-4
Moderado	5-7
Medio	8-10
Importante	11-14
Muy importante	15-20
Considerable	>20

En principio, no se establecía tope de puntuación en caso de considerable perjuicio estético. La interpretación intrasistemática fija un primero, los cien puntos. Tal vez resulte lógico no exceder, como máximo, del doble de esos veinte puntos.

### 3.1.1. Excurso: la doctrina jurisprudencial penal sobre el delito y la falta de lesiones deformantes.

No resultará inútil una ojeada, siquiera necesariamente escueta, a la doctrina jurisprudencial recaída en torno al concepto de deformidad (Criado, 1994; Vicente, 1994).

La deformidad no es concepto jurídico, sino cultural, lo que obliga a precisar el sentido en que se utiliza para integrar el tipo objetivo del delito de lesiones cualificadas por la gravedad de su resultado, tanto en el artículo 150 como en el 149.

Es deforme –define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua– «... lo desproporcionado o irregular en la forma...». He aquí una definición lingüísticamente precisa pero inservible, por excesivamente genérica, para fijar el alcance semántico del significante utilizado por la norma antes citada.

Existe, desde luego, un arquetipo estadístico de la forma o aspecto externo del cuerpo humano, susceptible de concretarse, en cada persona, hasta configurarla como una individualidad irrepetible en función de innumerables variaciones. Se produce, así, una individualiza-

ción personal de la forma arquetípica del género humano, y esa imagen externa constituye una faceta fundamental de la personalidad; una señal esencial de identidad de cada cual, para sí y para su entorno; que puede condicionar en gran medida su biografía.

La deformidad constituye un apartamiento sensible no sólo del arquetipo genérico, sino de la imagen personal, que modifica.

Por eso, se insiste, el concepto remite a un juicio de valor (inevitablemente traspasado de resonancias culturales, como todo lo que toca a la estética) que es independiente de aquel otro que pondera la modificación del cuerpo humano como estructura funcional; aunque un menoscabo en un órgano o en el desarrollo de una función puede tener repercusiones *deformantes*, modificando, en mayor o menor grado, la imagen externa (*forma*) de la persona lesionada.

La calificación de cada deformidad se hace en función de varios y heterogéneos factores: su manifestación estática, dinámica o mixta; su perceptibilidad objetiva; o la frecuencia de su visibilidad, sin perder de vista que una deformidad puede no exponerse permanentemente a la vista del *otro*, y, sin embargo, resultar especialmente aflictiva por la carga emocional de las ocasiones en que se hace visible, comprometiendo gravemente la autoestima del lesionado. La bibliografía que desarrolla el tema, o aspectos parciales de él, es cada vez más copiosa.

A estas ideas responde la doctrina jurisprudencial construida sobre las lesiones deformantes<sup>1</sup>.

En la Sentencia 1167/1998, de 14 de octubre, se reflexiona que «... la deformidad agrava el delito de lesiones por sí misma y no por los efectos disfuncionales que pueda tener. Todos tienen derecho a su propia imagen y este derecho no está rela-

tivizado ni por el sexo, por la edad o por la utilidad de la forma corporal para el trabajo...».

La Sentencia 173/1996, de 27 de febrero, que enseña que «... [el] concepto de deformidad procede del art. 334.1 del texto penal de 1848, que se refería a “notablemente deforme”, habiéndose entendido por tal la fealdad visible resultante de la irregularidad física y permanente -S 30 noviembre 1903-, no siendo preciso para estimar tal agravación que afecte al conjunto de la persona, bastando que aparezca visible la señal que desfigura -S 24 junio 1905-...».

«... En definitiva, deformidad es toda irregularidad física visible y permanente que produzca que el sujeto sufra una imperfección estética en la parte corporal afectada -S 22 enero 1965- que rompe la armonía facial y es por tanto un estigma visible y permanente, que altera la morfología de la cara y que encierra un juicio de valor objetivo (visible y permanente), pero también judicial donde se conjugan como factores fundamentales el aspecto anterior de la víctima -S 15 junio 1982-. Incluso este Tribunal Supremo bajo la reforma operada por la LO 3/89 de 21 junio, estimó la igualdad a efectos estéticos entre hombres y mujeres -S 30 mayo 1988- y que se ha mantenido en otras resoluciones posteriores -SS 27 septiembre 1988, 25 abril 1989, 23 enero, 19 septiembre y 15 octubre 1990, 13 febrero y 11 junio 1991-, etc., etc. ...».

«... Como ya señaló la de 30 abril 1992, el concepto de deformidad no debe ser apoyado en consideraciones puramente funcionales ni estéticas, pues el delito no solo protege la integridad y el bienestar corporal, sino también la autodeterminación de las personas, de la forma natural del cuerpo, más o menos duradera y no querida por el sujeto pasivo, que haya sido consecuencia de la acción del autor debe ser considerada como fundamento suficiente para apreciar la deformidad....»

Y aclara que «... [no] es, ni puede ser argumento que la situación antiestética pueda ser modificable con cirugía u odontología estética, que en todo caso supone unos costes y sufrimientos físicos, que en todo caso se traducirán en la reparación, pero que no supone la alteración del diagnóstico final del Sr. Médico forense -S 11 julio 1991-. Doctrina esta reiterada en otras muchas resoluciones -ad exemplum 5 febrero 1987, 14 julio 1989, 19 enero, 9 marzo, 17 septiembre y 4 octubre 1990-. Incluso se ha aplicado tal deformidad aunque las cicatrices se produzcan en zonas del cuerpo que originariamente se llevan cubiertas por la ropa y que el vestido oculta y tan sólo se exhiben en playas y piscinas...».

Por eso desautoriza enérgicamente la atención la «... doctrina heterodoxa de la Sala “a quo” sobre el tema...», en cuanto «... desconoce que el disvalor permanente que caracteriza a la “deformidad” no es compensable con la posibilidad de la víctima de ocultar o disimular artificialmente los resultados de la lesión producida -SS 18 abril 1988, 29 abril 1989 y 24 septiembre 1992-...».

«... En cuanto a la pérdida de piezas dentarias, ya se ocupó la jurisprudencia de estimar la deformidad, pero atendidos el sexo y la edad y circunstancias del lesionado -SS 11 mayo 1887, 31 octubre 1900, 15 junio 1905 y 10 abril 1912- no estimándose cuando la ofendida tenía cerca de 70 años -S 15 octubre 1903-, pero apreciándose siempre cualquiera que fuera la edad del perjudicado con la pérdida de tres incisivos -S 29 enero 1907-...».

«... La relevancia de la pérdida de las piezas dentarias, puesta de relieve en la S 16 junio 1990, reiterada en la de 27 noviembre 1991 y 12 marzo 1992, con cita de precedentes resoluciones de la deformidad y que en todo caso siempre exigirían un tratamiento quirúrgico -aunque se califique o moteje de cirugía menor- para extraer las raíces y constitutiva de deformidad -SS 5 noviembre 1991





y 23 octubre 1992– porque como señaló la S 10 diciembre 1992 –con cita de numerosas anteriores– aunque se soslayara y disimulara con un puente dental, la realidad de la deformidad orgánica está ahí como el resultado de la lesión. ...».

La Sentencia 54/1995, de 29 de enero, aplicando el Código anterior al hoy vigente, interpreta que «... [por] deformidad se entiende toda irregularidad física permanente que conlleva una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos. La doctrina de esta Sala con posterioridad a la reforma de 1989 continúa considerando la pérdida de piezas dentarias y particularmente de los incisivos, como deformidad (SS 27 noviembre 1991, 12 marzo, 12 mayo, 23 octubre y 21 noviembre 1992). Cabría, si acaso, una modulación de dicha doctrina, como pretende el recurrente, en supuestos de menor entidad. Pero no en el caso actual en el que no se trata de la pérdida de una pieza aislada en un golpe dado “a manos limpias”, sino de un golpe de gran contundencia dado en la boca con una piedra provocando la pérdida de cuatro incisivos, un colmillo y dos molares, pérdida

que implica tanto una notable alteración estética por la mayor visibilidad de los incisivos como un detrimento importante de la función masticadora...».

La interpretación del alcance semántico del concepto de «deformidad» debe hacerse muy cuidadosamente. Si se opta por su acepción más extensa, se podría producir una hipertrofia de la respuesta punitiva que se siente como contraria a la equidad.

El delito tipificado por el artículo 150 tiene aparejada una pena de prisión de tres a seis años. Es, ésta, una pena grave, de acuerdo con el artículo 33.2.a), siempre del Código Penal. El principio de proporcionalidad exige que la lesión del bien jurídico tutelado sea igualmente grave.

La Sentencia 1160/2000, de 30 de junio, parece consciente de ello; y resignadamente explica que «... la posible desproporción de la pena legalmente determinada para estos supuestos en relación con ciertos resultados de mediana entidad jurisprudencialmente calificados como deformidad,

al establecer el tipo delictivo un mínimo punitivo ciertamente elevado, tres años de prisión ..», ha de resolverse «... acudiendo correctamente al mecanismo legalmente previsto para estos supuestos: la proposición de indulto prevenida en el art. 4.3º del Código Penal de 1995 para los casos en que la pena resulte notablemente excesiva, atendiendo el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo...».

Antes de confesar la impotencia de resolver el conflicto entre legalidad y equidad, y acudir, para solucionarlo, a la vía del indulto (lo que significa deferir al Poder Ejecutivo lo que debería ser función del Judicial), habrá que agotar las posibilidades de una interpretación imaginativa de la norma que, sin merma del respeto de las exigencias de legalidad, permita acomodar su aplicación a los principios de intervención mínima y proporcionalidad que han de inspirar cualquier sistema normativo penal que aspire a merecer la calificación de democrático.

Para ello habrá que buscar un criterio objetivo para valorar si basta con la producción de cualquier anomalía orgánica que se traduzca en una modificación antiestética del aspecto externo de una persona, o si ésta ha de tener una relevancia suficiente para justificar la imposición de la pena; y este criterio se obtiene por interpretación intranormativa del contexto que proporciona el propio artículo 150.

En él la deformidad se coloca al mismo nivel que «... la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal ...». Por tanto, no bastará un perjuicio estético menor, sino aquél que realmente produzca una alteración negativa cuando menos de intensidad moderada o media del aspecto externo de la persona lesionada.

La Sentencia, ya antes parcialmente transcrita, 54/1995, no descarta, por ello, «... una modulación de ...» la doctrina general, «... en supuestos

de menor entidad...».

Por su parte, la Sentencia 35/2001, de 22 de enero, recuerda que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su función de órgano casacional, «... tiene declarado, como es exponente la sentencia de 29 de enero de 1996, que por deformidad se entiende toda irregularidad física permanente que conlleva una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos. La doctrina de esta Sala con posterioridad a la reforma de 1989 continúa considerando la pérdida de piezas dentarias y particularmente de los incisivos, como deformidad (Sentencias 27 de noviembre de 199, 12 de marzo, 12 de mayo o, 23 de octubre y 21 de noviembre de 1992). ...»; pero, a continuación ya advierte también que, en la sentencia invocada como precedente –repetiendo los mismos términos empleados por la 54/1995– «... se señala que “cabría, si acaso, una modulación de dicha doctrina, como pretende el recurrente, en supuestos de menor entidad...”».

El Auto 1449/94, de 19 de octubre de 1994, es más explícito. Considera que «... las secuelas con escaso o nulo efecto en cuanto a la alteración a peor del estado físico, por más que fueran apreciables a simple vista, se deben estimar carentes de significación respecto a la deformidad (STS 17 septiembre 1990). Sin embargo, el carácter mínimo de la lesión se debe apreciar en relación con el lugar y de una manera circunstanciada. Por tanto, allí donde la alteración de la forma originaria implique también una alteración de la fisonomía facial, los criterios deben ser más estrictos, pues una alteración formal de la cara realizada contra la voluntad del sujeto pasivo no sólo afecta estéticamente a su cuerpo, sino que impone a su autodeterminación una carga especialmente considerable (cfr. STS 10 febrero 1992) ...».

Sin embargo, la Sentencia 316/1999, de 5 de marzo, en un caso de pérdida del incisivo superior



central derecho, partiendo de que la jurisprudencia ha admitido una modulación de la doctrina que estima siempre la pérdida de piezas dentales como deformidad, la relaciona con su calificación como grave o no grave (para aplicar, respectivamente, los artículos 149 ó 150 del Código Penal), pero concluye que estas hipótesis de pérdidas de piezas dentarias especialmente visibles son «... los supuestos que deberán quedar reservados al carácter no grave de la deformidad y, por lo tanto, subsumibles en el art. 150, como es el caso de autos...».

El criterio jurisprudencial para discernir si una lesión es deformante, y en qué medida, se ha flexibilizado sensiblemente. Ya se nota en la Sentencia 1990/2001, de 24 de octubre, y se advierte nuevamente en la 396/2002, de 1º de marzo.

En ella se reiteran, ante todo, las pautas conocidas para la apreciación de deformidad en la persona lesionada: «... A falta de una interpretación auténtica, la jurisprudencia ha definido la deformidad como irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista (SS.T.S. de 14 de mayo de 1987 , 27 de septiembre de 1988 y 23 de enero de 1990 ) con suficiente entidad cuantitativa para modificar peyorativamente el aspecto físico del afectado, sin que lo excluya la posibilidad de su eliminación por medio de una operación de cirugía reparadora (SS.T.S. de 13 de febrero y 10 de septiembre de 1991 ), pues la ley penal sólo contempla el estado en que quedó el lesionado, con independencia de su reparación correctiva posteriormente provocada. Y, si durante cierto tiempo se atendió para formular el juicio de valor de la existencia y entidad de la deformidad, además de los citados, a circunstancias subjetivas de la víctima como la edad, el sexo, profesión y otras de carácter social, la moderna doctrina considera a éstos como irrelevantes para establecer el concepto de deformidad porque no disminuyen el desvalor del resultado, cualquiera

que sea la edad, el sexo, ocupación laboral o el ámbito social en que se desenvuelve el ofendido, toda vez que el derecho de éste a la propia imagen no depende del uso que la víctima pretenda hacer de ésta, de suerte que esos matices subjetivos que concurren en el caso enjuiciado deberán ser valorados a la hora de determinar o graduar el “quantum” de la indemnización, pero no influyen en el concepto jurídico penal de deformidad (SS.T.S. de 22 de marzo de 1994 , 27 de febrero de 1996 y 24 de noviembre de 1999 ) que deberá ser apreciada con criterio unitario atendiendo al resultado objetivo y material de la secuela, pero con independencia de la condición de la víctima y de sus peculiaridades personales ...».

Añade, no obstante, que jurisprudencialmente se «... restringe el ámbito penal de la deformidad a aquéllas [lesiones] que junto a las notas de irregularidad física, permanencia y ostensible visibilidad tengan también una cierta entidad y relevancia, excluyéndose las alteraciones o secuelas que aún siendo físicas, indelebles y sensibles, carecen de importancia por su escasa significación antiestética ...».

La Sentencia 312/2010, de 31 de marzo, explica:

«... 1. La jurisprudencia, como señala el Ministerio Fiscal en una abundante cita de precedentes, ha considerado que la deformidad a que se refiere el artículo 150 consiste en toda irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible, con independencia de la parte del cuerpo afectada, excluyendo aquellos defectos que carezcan de importancia por su escasa significación antiestética. También ha sido entendida como toda irregularidad física permanente que conlleva una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos (STS núm. 35/2001, de 22 de enero y 1517/2002, de 16 de setiembre).

Sin embargo, como señalábamos en la STS núm. 91/2009, no toda alteración física puede considerarse como deformidad. Dejando a un lado la grave deformidad sancionada en el artículo 149, la previsión del artículo 150 requiere de una interpretación que reduzca su aplicación a aquellos casos en que así resulte de la gravedad del resultado, de manera que los supuestos de menor entidad, aunque supongan una alteración en el aspecto físico de la persona, queden cobijados bajo las previsiones correspondientes al tipo básico. Debe valorarse a estos efectos, que el Código Penal equipara la alteración constitutiva de deformidad del artículo 150 a la pérdida o inutilidad de un órgano o de un miembro no principal, lo que resulta indicativo de la exigencia de una mínima gravedad en el resultado.

La jurisprudencia ha examinado en numerosas ocasiones la trascendencia de las cicatrices que restan como secuelas a los efectos de apreciar la deformidad. Ninguna dificultad presenta esa calificación cuando las cicatrices alteran el rostro de una forma apreciable, bien dado su tamaño o bien a causa de sus características o del concreto lugar de la cara. En la STS núm. 496/2009 se apreció deformidad por una "cicatriz lineal de 13 centímetros en hemicara izquierda en sentido horizontal, que interesa pómulo izquierdo y aleta nasal izquierda y que es perceptible a tres metros de distancia", teniendo en cuenta además la apreciación directa obtenida por la Sala enjuicadora merced a la inmediatez. Igualmente, en la STS núm. 811/2008, se apreció deformidad en atención a una cicatriz en región maxilar anterior derecha de 6 centímetros de longitud que llega al borde medial del labio superior, y cicatriz en región malar de 4 centímetros en región derecha, con perjuicio estético....", entendiéndose esta Sala que "en este control casacional solo se puede coincidir en la corrección de la sentencia de instancia en relación a la existencia de deformidad por la importancia y localización visible de las cicatrices". Igualmente, en la STS núm. 877/2008,

se examinó un caso en el que las secuelas consistían en "cicatriz de siete centímetros que, partiendo de la mejilla izquierda continúa hasta el pabellón auricular, produciendo en parte posterior del mismo discreta retracción y cicatriz de un centímetro en cara lateral izquierda del cuello", entendiéndose esta Sala que, en el caso, no era "necesaria la percepción directa del lesionado para llegar a la conclusión irrefutable de que una cicatriz en la cara de las características que hemos descrito, significa, por sí misma, una alteración de la configuración de la imagen facial tan visible y con tal impacto que no pueda desconocerse su carácter deformante, lo que nos lleva a la aplicación del artículo 150 del Código Penal".

Cuando se encuentran en otras partes del cuerpo es preciso atender a sus características. Así, se ha calificado como deformidad menor una cicatriz hipercrómica de 20 cms. por 1 cm. en la parte baja del abdomen (STS núm. 295/2009). En la STS núm. 790/2007, se consideró constitutivo de deformidad las lesiones causadas por el acusado que "...calentó al fuego el filo de una navaja, arrojando seguidamente a la víctima contra un armario, y bajándole los pantalones, le marcó en la nalga y parte superior del muslo derecho con el filo candente de la navaja las iniciales "A" "N", que ocupaba una longitud de 13 centímetros, midiendo 5 cms. aproximadamente la altura de los trazos de las dos letras, siendo de ancho de entre 0,80 a 1 centímetro, excepto el primer trazo de la "A", que era más ancho, provocándole quemaduras de segundo y tercer grado, que precisaron tratamiento médico y psicológico, quedándole como secuelas las descritas en el "factum", que producen un perjuicio estético medio", argumentando esta Sala que aunque "el lugar en donde se hallan las cicatrices no sea visible de forma continua, no quiere decir que no se exhiba de forma ocasional, (...) de modo que las lesiones tienen, ciertamente, entidad y relevancia, y la jurisprudencia de esta Sala así lo entiende en casos de cicatrices permanentes,





cualquiera que sea la parte del cuerpo afectada (STS 188/2006, de 24 de febrero, y las en ellas citadas)".

La STS núm. 746/2004, respecto de tres cicatrices, una de ellas de 13 cms. en región cervical, tuvo en cuenta para apreciar la deformidad que eran perfectamente visibles al mirar de frente a la lesionada. En la STS núm. 1479/2003, se consideró causante de deformidad una cicatriz de 20 cms. en región lumbar, señalándose en la sentencia que "la misma, como gráficamente dice el tribunal de instancia, se prolonga desde la columna vertebral hasta el costado izquierdo, está localizada en una zona que queda al descubierto cuando se hace deporte, y, como se lee en la sentencia, donde la sala deja constancia de su percepción al respecto, «es mucho más visible directamente que a través de la foto del folio 216 de autos». Porque, como suele suceder, la instantánea aportada no traduce fielmente la pigmentación de la secuela".

Finalmente, en la STS núm. 1143/2001, se consideró constitutiva de deformidad del artículo 150 del Código Penal, una cicatriz quirúrgica de 15 cms. en zona suprainfraumbilical, rechazando que el hecho de que la cicatriz permaneciera normalmente oculta fuera una razón para negar sus efectos deformantes. En dicha sentencia se lee que al lesionado le quedó como secuela "como consecuencia de la intervención quirúrgica a que tuvo que ser sometido tras la agresión del acusado, «una cicatriz de 15 cm en zona suprainfraumbilical». La jurisprudencia de esta Sala –SS., entre otras muchas, de 17-9-1990, 30-4-1992, 22-3-1993, 27-2-1996 y 22-11-1999– ha dicho que por deformidad debe entenderse «toda irregularidad física, visible y permanente», toda alteración o anomalía corporal «que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista». Estas características las tiene, sin duda, una cicatriz de 15 cm sin que sea óbice a la apreciación de la

deformidad la zona corporal en que la cicatriz ha quedado, porque como dicen, entre otras, las SS. de 30-5-1988 y 15-11-1990, la noción de deformidad, frente a los criterios vigentes hace años, se extiende hoy a la generalidad del cuerpo humano, tanto porque éste se expone ahora, con más frecuencia que antes, a la contemplación ajena en su práctica integridad, como porque actualmente se conoce mejor cómo puede quedar afectada la vida de relación por taras o defectos situados en zonas del cuerpo que se encuentran ordinariamente cubiertas. A la luz de esta doctrina, no parece pueda ser cuestionada la existencia de una deformidad en el cuerpo de la víctima ni la corrección técnica de la subsunción del hecho enjuiciado en el art. 150 CP habida cuenta de la naturaleza de la cicatriz que se describe en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida".

En definitiva, la consideración relativa a los posibles efectos negativos de la alteración física producida como consecuencia de las lesiones no solo en las relaciones sociales, sino también en las convivenciales e incluso en relación a la propia autoestima, que puede resultar afectada por la percepción del propio cuerpo, relativiza la trascendencia de la visibilidad de las secuelas, poniendo el acento en las características de éstas en relación con la alteración que causen en el aspecto físico del lesionado. ...»

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, constituida en Sala General no jurisdiccional, acordó, finalmente, con fecha 19 de abril del año 2002, adoptar la siguiente flexible pauta decisora en esta materia:

«... La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de

la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta. ...».

De su vigencia continuada deja constancia la Sentencia 958/2009, de 9 de diciembre, en la que se enseña que, «... [cuando] las lesiones han producido la pérdida de una o varias piezas dentarias –supuesto relativamente frecuente– nos encontramos con las consiguientes dificultades para su tratamiento jurídico. La jurisprudencia valora distintamente la pérdida de las diferentes piezas dentarias. No es lo mismo –a efectos de su calificación jurídica– la pérdida de los incisivos o de los caninos que la de las premolares o molares, como tampoco la pérdida o la rotura de la pieza de que se trate, y dentro de ésta última surgen también las consiguientes diferencias.

Todo este conjunto de circunstancias ha sido determinante del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo, de fecha 19 de abril de 2002, según el cual “la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso, dicho resultado comportará valoración como delito y no como falta”.

Los puntos de vista jurídicos sobre la deformidad se polarizan entre la pérdida de sustancia corporal que tiene incidencia en el derecho fundamental a la integridad física que se proclama en el art. 15 de la Constitución española y lo antiestéti-

co que conforma el concepto jurídico de deformidad, pero con características de permanencia (no obstante la reparación, predicable en el estado actual de la medicina de prácticamente toda pérdida o inutilidad de miembro no principal), lo que debe valorarse con criterios de consecuencia estética, a pesar de la intervención, del número de piezas dentarias, de su localización y visibilidad, de las características de su imitación artificial por vía de intervención facultativa, de su consistencia y morfología, de su incidencia en la fonación o en la masticación, de las lesiones que padezca con anterioridad la víctima, etc., lo que impide toda interpretación con vocación de universalidad, sino la resolución del caso planteado. Como ya hemos declarado, el criterio unificado establecido en el Pleno de esta Sala permite valorar tres parámetros:

1º) La relevancia de la afectación, lo que puede dar lugar a la deformidad, entendiéndose por tal deformidad toda irregularidad física, visible y permanente, como exponente de alteración corporal externa que suponga desfiguración o fealdad a simple vista.

2º) Las circunstancias de la víctima, en las que ha de incluirse la situación anterior de las piezas afectadas.

3º) La posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas dañadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios (pues a través de estos medios hoy día casi cualquier deformidad puede ser reparada).

4º) La posibilidad de afectación, por la masiva incidencia de piezas dentales, al sistema de masticación como elemento integrante, aunque de forma auxiliar, del aparato digestivo, lo que incidirá en el elemento normativo, en este caso no de la deformidad sino de la inutilidad, también incluido en el art. 150 del Código Penal...».



### 3.1.2. El sistema de compensación e indemnización del perjuicio estético en 1995.

No proporciona, la Ley especial, a qué bases hay que atenerse para clasificar la secuela.

A pie de tabla, se incluyó una advertencia que revela claramente la confusión de sus redactores.

«... Para las situaciones especiales con deformidad o cicatrices visibles importantes, la puntuación se determinará teniendo en cuenta la edad y sexo de la persona, así como la incidencia en su imagen para la profesión habitual. Se valorará también el coste de las necesarias intervenciones de cirugía plástica reparadora ...».

Los parámetros de valoración que proporciona deberían ser aplicables a todos los casos o a ninguno, ya que no existe razón atendible para separar las deformidades o cicatrices visibles importantes («importante» es una de las categorías del capítulo, la cuarta; cabría entender que las secuelas que entrañen un perjuicio estético calificable dentro de la mitad superior de la tabla serían «importantes», pero la conclusión no es segura).

Los factores valorativos constituyen una mezcla de partidas heterogéneas:

(a) por las características de la lesión:

a.1. naturaleza de la lesión: deformidades o cicatrices

a.2. localización: visibles (aunque los comentaristas y la doctrina jurisprudencial se han ocupado de llamar la atención sobre la quiebra actual de la relevancia de este factor), en el sentido de localizadas en zonas más permanentemente expuestas a la mirada de terceros;

(b) por las circunstancias personales:

b.1. la edad de la persona lesionada (parece que se presupone un deterioro estético conforme se avanza en edad; pero también se podría hipotetizar la posibilidad de progresiva desaparición o al menos de atenuación del efecto deformante de una lesión ocasionada a persona de poca edad);

b.2. su sexo: aunque no lo exprese, sugiere subliminalmente (y así se infiere del análisis comparativo con el Sistema de 1991) que la misma lesión deformante se considera más grave en una mujer que en un hombre; de manera que la discriminación que es expulsada como criterio general reingresa como factor corrector extraordinario;

b.3. la incidencia de la imagen para la profesión habitual: factor corrector que supone un paso de la perspectiva del menoscabo personal a la repercusión en la capacidad de ganancia; y

b.4. el coste de las necesarias intervenciones de cirugía plástica reparadora: es, éste, un verdadero daño emergente que, en buena técnica, tendría que indemnizarse, como gasto médico o paramédico, en su integridad.

Sotomayor Anduiza (1996-I, 18) interpretaba que el valorador había de ponderar:

\* la puntuación correspondiente a la secuela, considerada en sí misma, esto es, en su efecto deformante y, eventualmente, teniendo en cuenta su incidencia negativa sobre la vida profesional del lesionado; y

\* añadir los puntos equivalentes al costo predecible de las necesarias intervenciones de cirugía plástica reparadora.

Mucho más práctico será fijar la primera puntuación; calcular los gastos médicos ya rea-

lizados; y sentar las bases (fallo «abierto», legalmente posible) del alcance del deber de resarcimiento de los gastos futuros por cirugía plástica reparadora.

Esta última previsión permite concluir que la valoración del perjuicio estético se hará, como es doctrina jurisprudencial reiterada, atendiendo al deterioro perceptible en el momento de dicha valoración, y abstracción hecha del resultado de posibles intervenciones quirúrgicas posteriores.

Si estas intervenciones producen un efecto positivo, reduciendo sensiblemente y aun eliminando el perjuicio estético anterior, cabría revisar por sobreveniencia de circunstancias excepcionales la cuantía asignada como indemnización por este concepto (Sotomayor Anduiza, 1996-I, 18).

Sin embargo, esta revisión no será tan fácil. Habrá que valorar, de un lado, la mejoría conseguida, y traducirla en reducción de puntuación y cuantificación de esa reducción; pero habrá que ponderar, por otro lado, las molestias, dolores e incluso la incapacidad temporal que representa el tratamiento reparador, además de su importe (Sotomayor Anduiza, 1996-I, 18).

Dada la redacción literal de la regla correspondiente a la concurrencia de secuelas en caso de perjuicio estético («Si además de las secuelas permanentes se valora el perjuicio estético, los puntos por este concepto se sumará aritméticamente a los resultantes de las incapacidades permanentes, sin aplicar respecto de aquéllos la ... fórmula ]correctora de Balthazard] ...») y su colocación (tras la que advierte: «... En cualquier caso, la última puntuación [resultante después de aplicar la fórmula aludida] no podrá ser superior a 100 puntos ...»), más allá de las especulaciones sobre una posible expresión defectuosa de la voluntad del legislador, nada impide que la suma de la puntuación de los puntos por secuelas concu-

rrentes y la asignada al perjuicio estético supere el máximo de cien puntos (Sotomayor Anduiza, 1996-I, 18).

Es, éste, el único caso en que podrá superarse ese tope.

El problema reside en cómo cuantificar el exceso.

Cabía interpretar que se utilizarán las cantidades correspondientes a los 100 puntos. Puede dar lugar a una compensación desproporcionadamente excesiva.

Se estudió la posibilidad de inferir, del estudio de la Tabla III, el índice de progresión cuantitativa de tramo a tramo (construido, cada tramo, por secuencias de cinco puntos), en cuyo caso, se aplicaría al exceso a partir de 105. La dificultad del cálculo de la razón de incremento llevó al pronto abandono de este tipo de investigaciones.

Cabía entender que el exceso sobre 100 puntos se computaría como si se iniciara de nuevo la puntuación (a partir de 1 punto).

Medina Crespo, en sus últimas publicaciones antes de la reforma [2003-II], defendió que los puntos correspondientes al perjuicio estético constituían una partida independiente, a valorar por separado con arreglo a la Tabla III; pero (sobre conducir a consecuencias injustas, por infrarresarcimiento de la víctima) el tenor literal de la redacción de la regla sobre incapacidades concurrentes inclinaba a concluir que se sumarían a la puntuación resultante de la aplicación de la fórmula correctora a las que no constituyan perjuicio estético.

La redacción de la norma de conexión entre la compensación del perjuicio estético y la de las lesiones permanentes había dado lugar a un resultado chocante y técnicamente poco sostenible.



En caso de secuelas o lesiones concurrentes, se disponía que «... [en] cualquier caso [después de aplicar la fórmula correctora], la última puntuación no podrá ser superior a 100 puntos...».

Pero, a renglón seguido, se añadía que, «... [si] además de las secuelas permanentes se valora el perjuicio estético, los puntos por este concepto se sumarán aritméticamente a los resultantes de las incapacidades permanentes, sin aplicar respecto a aquéllas la indicada fórmula...».

La suma aritmética de los puntos por perjuicio estético significaban mucho, al quedar exceptuados de la regla correctora y poner en marcha la aplicación de las cuantías más elevadas correspondientes a los tramos mayores de puntuación.

Por si fuera poco, la interpretación contextual de las dos normas sucesivas conducía a concluir que el número de puntos resultado de sumar los de las lesiones permanentes comunes y los del perjuicio estético podía rebasar el tope de 100. No es inverosímil que la precipitada redacción del Sistema hubiera invertidos la colocación inicial de estas dos normas, traicionando, de este modo, la finalidad de sus redactores.

La norma, en definitiva, era clara: se sumarían aritméticamente «los puntos», no las cantidades de dinero resultantes de multiplicarlos por el valor correspondiente al punto en cada uno de los dos casos.

Esta interpretación fue tan unánime que es difícil encontrar sentencias que se hayan ocupado de ello por suscitarse conflicto sobre este extremo.

Sin embargo, fue de otro parecer la Sentencia 1800/2001, de 11 de octubre.

En ella se entendía que «... al resultado de ... [la] puntuación autónoma del perjuicio estético, tra-

ducido a pesetas, debe sumarse aritméticamente a la valoración de las secuelas permanentes, también obtenida con independencia de la anterior, pues se trata de conceptos esencialmente diferentes los correspondientes a las secuelas funcionales o psicofísicas y estéticas, razón por la cual no son susceptibles de acumularse las puntuaciones correspondientes en una única suma, como hace el Tribunal de instancia ...».

La Sentencia interpretaba la norma sobre el funcionamiento de la Tabla VI a la luz de lo que consideraba el criterio adecuado para tratar la concurrencia del daño estético y las lesiones permanentes. Este salto de lo normativamente real a lo ideal desde el punto de vista legislativo (patrocinado por Medina Crespo [2003-II] ) resultaba difícilmente defendible.

Gustase o no, el contenido de la norma aplicable era otro, y a él había que atenerse.

La posición adoptada por la Sentencia 1800/2001, desconcertante a primera vista, lo es mucho menos si se tiene en cuenta que estaba aplicando analógicamente el sistema indemnizatorio establecido por la Ley especial, ya que el caso enjuiciado no era un *hecho de la circulación*, por lo que la vinculación del tribunal casacional al estricto tenor normativo era menos fuerte. Por esta razón, la invocación de este precedente jurisprudencial tiene también una menor fuerza argumentativa<sup>2</sup>.

### 3.2. La reforma de 2003: ¡nadie es perfecto!

En su muy crítico comentario de alcance a la reforma, Luna Yerga y Ramos González (2004) no dudaban en considerar que «... [si] alguna secuela da razón del recorte notable de las indemnizaciones por lesiones permanentes es el perjuicio estético. Antes de la modificación, la puntuación máxima que podía otorgarse a esta secuela debía situarse



en la horquilla de 20 a 100 puntos, mientras que ahora no puede exceder de los 50 puntos, que se corresponde con el porcentaje de 100% de afectación y se atribuye a las lesiones equiparables a las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal (reglas cuarta y séptima). La nueva descripción del perjuicio estético supera la crítica doctrinal mayoritaria al sistema anterior, que consideraba que la excesiva amplitud de esta horquilla comportaba, en la práctica, la fijación arbitraria de la puntuación...».

Con todo, la reforma no deja de tener algunas sombras: «... Con esta modificación, la víctima pierde siempre, pues la cantidad resultante de sumar indemnizaciones siempre será inferior a la que resultaría de la suma de puntuaciones, dado el carácter progresivo y creciente de la Tabla III. Además, ahora resulta más difícil superar los 90 puntos por secuelas, que dan derecho a la aplicación del factor de corrección por daños morales complementarios y a la obtención de hasta 73.325 € [al tiempo de la redacción del comentario] por este concepto.

Por último, el sexo, la edad y la profesión no tienen cabida en el sistema actual como criterios de valoración del perjuicio estético (reglas octava y novena). Como ya hemos visto, tiene sentido prescindir de la incidencia de la edad y la profesión, en tanto que ambos factores son tenidos en cuenta en otros apartados del sistema. Más problemática es la decisión del legislador de excluir el sexo como criterio distintivo de las víctimas: la ley no distingue donde la sociedad sí lo hace...».

### [a] Definición del perjuicio estético.

Se define –en su apartado primero– el perjuicio estético como «... cualquier modificación peyorativa que afecta a la imagen de la persona; constituye una dimensión diversa del perjuicio fisiológico que

le sirve de sustrato, refiere tanto a su expresión estática como dinámica. ...».

Reglero Campos (2008) , en sintonía con Medina Crespo (2004) concluye que esta definición es bastante amplia. Dentro de ella –escribe– «... cabe incluir toda secuela, sea cual fuere la parte del cuerpo afectada, que suponga una modificación estéticamente perjudicial en relación con el estado físico anterior del perjudicado...», elogiando la extensión semántica tanto a las secuelas estáticas como a las dinámicas.

### [b] Categorías y puntuación.

Se mantienen seis categorías de daño estético, denominadas de forma mucho más correcta literariamente, y se suprime la apertura anterior de la puntuación máxima del último tramo.

Descripción de las secuelas	Puntuación
Ligero	1-6
Moderado	7-12
Medio	13-18
Importante	19-24
Bastante importante	25-30
Importantísimo	31-50

Sólo en su modalidad de «importantísimo» se proporciona una pauta legal de valoración. A juicio de Reglero Campos (2007), la calificación en cada caso dependerá de la parte corporal afectada y del alcance de la secuela, lo que no es mucho decir.

El apartado 6 define el perjuicio estético importantísimo como el que «... corresponde a un perjuicio de enorme gravedad, como el que producen las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal...».

Alonso Santos cree que está claro el propósito de enunciar exhaustivamente las hipótesis de daño



estético importantísimo, pero el tenor literal de la norma permite interpretarla –lo hace así Medina Crespo– como un mero intento de orientar legalmente la valoración judicial del daño estético mediante unos puntos de referencia empíricos, que pertenecen a imágenes compartidas colectivamente. Aunque el último inciso resulta más difuso, quedará siempre marcado por la necesidad de que pueda argumentarse su equivalencia a los dos primeros ejemplos.

Emilia Lachica (2009) realiza una comparación entre puntuación asignada y coeficiente de perjuicio estético:

Clase de daño	Puntuación	Coeficiente de perjuicio
Ligero	1-6	1-9
Moderado	7-12	10-19
Medio	13-18	20-33
Importante	19-24	34-51
Bastante importante	25-30	52-73
Importantísimo	31-50	74-99

### [c] Pautas de valoración.

La pauta de valoración del deterioro estético es doble.

#### [c.1] El canon general indiferenciado de belleza.

El apartado 8 establece: «... Ni la edad ni el sexo de la persona lesionada se tendrán en cuenta como parámetros de medición de la intensidad del perjuicio estético. ...».

La pretensión de indiferencia puede ser muy positiva para evitar que se introduzcan estereotipos que aseguran que el afeamiento de un varón tiene menor relevancia o que se desmesure el impacto de una mínima cicatriz en la anatomía de una mujer. No obstante, se insiste, es innegable la existencia de patrones diferenciales según sexos (Luna Yerga y Ramos González, 2004; Reglero Campos, 2008: «... El derecho constitucionalmente protegido a la

igualdad no debe interpretarse con tanto papantismo ....»), como la distinta influencia de un mismo perjuicio estético según la etapa biográfica en que se encuentre la persona lesionada, aunque, en este caso, ya se valore en la Tabla III y, por otro lado, como apuntó temprana e inteligentemente Alonso Santos, los cambios fisionómicos que produce el paso del tiempo influirán en el alcance de una concreta modificación anatómica. El caso de las arrugas que *ocultan* cicatrices puede ser ejemplar.

Lo anterior, sin embargo, lleva de la mano a la clave última de valoración del perjuicio estético.

#### [c.2] El «estado estético» anterior.

Naturalmente, habrá que poner en relación su «estado estético anterior» (Simonin) y el «estado estético final» para valorar el concreto grado de afeamiento producido.

En la Tabla VI se alude al grado de menoscabo permanente del patrimonio estético de la persona (inciso primero del apartado 4).

El concepto de «patrimonio estético de la persona» puede resultar chocante si se entiende como un patrón de validez general.

Puede ser que se haya tratado de acuñar una idea especular del «estado ideal de salud», a partir del cual comienzan a detraerse los porcentajes correspondientes a cada menoscabo anatomofisiológico permanente. El problema surge porque es relativamente fácil establecer un canon objetivo de ese estado ideal de salud, pero no existe forma de delimitar el contenido de un patrimonio estético (general) de la persona. Cada cual tiene derecho a que no empeore su imagen, pero ésta es sólo un estado (o patrimonio estético) concreto anterior.

Así que por «patrimonio estético de la persona» habrá que entender ese estado estético ante-

rior de la persona lesionada. La diferencia con el estado estético final representará el daño estético compensable.

#### **[d] La valoración conjunta.**

La valoración (y consiguiente puntuación) «... se ha de realizar –de acuerdo con el apartado 5– mediante la ponderación de su significación conjunta, sin que se pueda atribuir a cada uno de sus componentes una determinada puntuación parcial ...»,

**[e] El punto cronológico de conexión:** la fecha de la sanidad o estabilización.

Se atenderá al daño «... existente en el momento de la producción de la sanidad del lesionado (estabilización lesional) ...».

La referencia a la estabilización lesional resulta equívoca. Si por ella se entiende ese momento a partir del cual la utilidad marginal curativa de la adición de un nuevo acto médico es nula, puede ocurrir que, no obstante, todavía sea posible una mejora de modificaciones anatómicas que producen afeamiento del lesionado. Una interpretación funcional del precepto obliga a concluir que, aunque aquél se considere estabilizado lesionalmente (y desde entonces cese la situación de baja temporal y se valore el alcance de las lesiones permanentes –anatómicas o funcionales– remanentes), para ponderar el perjuicio estético será preciso aguardar al final de un eventual tratamiento de esta clase.

**[f] La irrelevancia de una posible corrección quirúrgica y la relevancia de su imposibilidad.**

Lo anterior no significa que no se tenga en cuenta la predecible progresiva atenuación y aun desaparición de la secuela (teniendo en cuenta lo dispuesto para el caso de secuelas

que puedan desaparecer a corto o medio plazo), o la posibilidad de corrección quirúrgica. Lo deja muy claro el último inciso del apartado 8: «... La imposibilidad de corrección constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio...».

Medina Crespo comenta escuetamente: «... Al objeto de no mezclar lo que es el resarcimiento del perjuicio personal en que consiste el perjuicio estético y el resarcimiento por el coste de las intervenciones de cirugía plástica, parece conveniente que constituyan partidas resarcitorias separadas; y en este sentido, para proporcionar a la regla el correspondiente equilibrio, se propone una especie de factor con el que apreciar la superior entidad del perjuicio estético cuando es insusceptible de corrección...».

Cabe predecir que este simplista tratamiento concreto de los daños estéticos susceptibles de corrección quirúrgica será –ya lo es– una fuente de problemas debido a la deficiente redacción de las normas que lo regulan. Reglero Campos (2008) previene frente a la posibilidad de generar una sobreindemnización.

Para empezar, la norma convierte en factor de agravación lo que debiera ser la pauta general.

La puntuación fijada para un daño estético debe señalarse teniendo en cuenta su alcance real y actual, para el caso de que la situación creada sea necesariamente perdurable por no admitir tratamiento corrector.

Tal como está redactado el precepto, habría una valoración (y puntuación) del daño estético resultante, que se agravará (intensificará) cuando éste no sea susceptible de corrección.

Las situaciones que pueden presentarse se reducen básicamente a dos.



[f.1] Una persona que sufre un daño estético decide someterse a un tratamiento corrector no arbitrario.

Tendrá derecho a que se sufrague íntegramente el importe de ese tratamiento, porque la Ley especial no distingue según su finalidad curativa o reparadora plástica, computándose como días de baja temporal aquéllos en que se encuentra, como consecuencia, en situación de estancia hospitalaria, o de baja común, impeditiva o no.

Una vez concluido el tratamiento (fecha de corte de la estabilización correctora), se valorará y liquidará el daño estético resultante y los perjuicios derivados.

Cabría pensar en aplicar lo dispuesto por el apartado 3 a propósito de las denominadas «... secuelas temporales, es decir, aquellas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, no tienen la consideración de lesión permanente, pero se han de valorar de acuerdo con las reglas del apartado a) de la tabla V, computando, en su caso, su efecto impeditivo o no y con base en el cálculo razonable de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional ...».

Sin embargo, esta regla parece pensada para el daño psicofísico, por lo que cabría construir una solución equitativa partiendo de la diferenciación de dos períodos:

[f.1.1] En tanto no se concluye el período reparador estético, se valorará el grado de afeamiento que produce la lesión (perjuicio estético intercurrente); y

[f.1.2] Una vez concluido el tratamiento reparador, se valorará lo que cabría denominar perjuicio estético final.

La puntuación última tendría en cuenta aquella primera etapa más deformante (valorando la intensidad y duración de su efecto) para corregir al alza la puntuación que merece objetivamente el perjuicio estético final.

[f.2] Una persona, que sufre un daño estético corregible, decide no someterse a tratamiento corrector.

Tiene derecho a recibir el importe correspondiente al daño sufrido. Téngase en cuenta que se valora el menoscabo de la imagen resultante. Si la persona lesionada prefiere soportarlo a cambio de una cantidad de dinero, el principio económico de la indiferencia dificultará objetar esa decisión como arbitraria y tampoco puede argumentarse que experimente un enriquecimiento injustificado.

Si posteriormente opta por someterse a él, seguirá teniendo derecho a que se sufrague su importe, pero, al liquidar la situación resultante, un elemental principio de equidad obligará a comparar los siguientes factores:

[f.2.1] liquidación del estado estético final

[f.2.2] importe del tratamiento corrector

[f.2.3] importe percibido anteriormente por daño estético

Si este importe es superior a aquella liquidación, habrá que valorar el tiempo transcurrido hasta la corrección (durante el cual, el lesionado arrojó las consecuencias antiestéticas de su lesión) y los motivos alegados para rechazar en principio el tratamiento, para decidir si el lesionado puede retener el exceso sin producirse un enriquecimiento injustificado o ha de imputarse al importe del tratamiento corrector.

#### [g] La escala de graduación de la intensidad del daño estético.

El **apartado 4** –de «pintoresca y confusa redacción», como lo califica, con sobrada razón, Reglero Campos (2008)– establece: «... La puntuación adjudicada al perjuicio estético es la



expresión de un porcentaje de menoscabo permanente del patrimonio estético de la persona. 50 puntos corresponden a un porcentaje del 100 por cien...». Esta última precisión –que «no se comprende bien», en opinión de nuevo de Reglero (2008)– trata de dar apariencia científica a algo que hubiera podido expresarse con mayor realismo y sencillez: la compensación del daño estético nunca podrá superar (expresando un principio de política resarcitoria –que podrá ser más menos discutible– por el que ha optado el legislador) el cincuenta por ciento del daño psicofísico máximo.

Los posibles trastornos psíquicos derivados del perjuicio estético serían compensables independientemente como cualquier otra lesión o secuela permanente.

Medina Crespo explica que la razón del tope de los cincuenta puntos (propuesta por él, ya antes de la reforma) se debe a que «... un determinado porcentaje de perjuicio fisiológico debe conllevar una valoración económica superior a un mismo porcentaje de perjuicio estético, para lesionados de la misma edad...», de modo que, mientras 1 punto correspon-

de a un menoscabo psicofísico de un 1%, equivale, en cambio, a un 2% de menoscabo estético.

Alonso Santos propone razonablemente que la puntuación de un concreto daño estético tenga siempre a la vista esta proporción, de modo que la compensación de aquél nunca pueda igualar (y menos, superar) a la de un daño psicofísico que pueda tenerse –de acuerdo con el sentimiento colectivo– por más grave.

Así como, en el caso del daño psicofísico, es posible establecer un porcentaje máximo de menoscabo, el cien por cien, correspondiente a la muerte de la persona, la introducción del concepto de «patrimonio estético de la persona» resulta de difícil manejo, y sirve únicamente para encubrir una realidad: que el máximo de puntos que cabe asignar por perjuicio estético es el de cincuenta, correspondiente a casos de extrema gravedad, en los términos en que se define la categoría de daño estético «importantísimo».

La nueva regulación del perjuicio estético supondrá –aunque, por supuesto, no haya sido su objetivo– un considerable ahorro para las entidades aseguradoras.





**[h] La doble perspectiva de una misma lesión: daño psicofísico y daño estético. Autonomía y compatibilidad de indemnizaciones.**

**Los apartados 2 y 3 son en buena medida repetitivos.** Se esfuerzan en dejar claro que un mismo menoscabo corporal puede ser valorado desde una doble perspectiva: la orgánica y la estética. Cada valoración es autónoma, se puntúa y liquida independientemente, pero, a continuación, las indemnizaciones respectivas se suman entre sí para formar el importe de la correspondiente a las secuelas o lesiones permanentes.

«... 2. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético constituyen conceptos perjudiciales diversos. Cuando un menoscabo permanente de salud supone, a su vez, la existencia de un perjuicio estético, se ha de fijar separadamente la puntuación que corresponde a uno y a otro, sin que la asignada a la secuela fisiológica incorpore la ponderación de su repercusión antiestética.

«3. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes. ...».

En resumen, el daño psicofísico y el daño estético se valorarán y puntuarán independientemente, como dimensiones distintas de una misma secuela o lesión permanente.

Reglero Campos (2008) pone de relieve que la regla segunda –que no figuraba en el Proyecto de Ley, omisión que fue objeto de crítica por los especialistas más solventes (Medina Crespo, 2004)– vino a corregir el criterio de algunas Au-

diencias Provinciales (no todas, sirva de ejemplo la Sentencia de 30 de julio del 1999, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón) que interpretaban que la indemnización básica por secuelas o lesiones permanentes incluía el daño moral inherente al perjuicio estético.

La regla tercera pone fin a la disparatada técnica de acumulación de las puntuaciones respectivas de conceptos resarcitorios tan heterogéneos como el daño psicofísico y el perjuicio estético.

Una vez liquidados separadamente, las cantidades respectivas se sumarán entre sí. El resultado constituirá la indemnización básica global por secuelas o lesiones permanentes. Obviamente, el nuevo sistema supondrá una sensible reducción de la compensación de las víctimas, pero este efecto no es otra cosa que el lógico de un criterio que racionaliza (con explicable aplauso de los comentaristas: Medina, 2003; Reglero, 2008) el sistema anterior, consecuencia segura de una desdichada ordenación de las normas reguladoras establecidas por la redacción inicial<sup>3</sup>.

**[i] Las puntuaciones asignadas a las diferentes categorías de daño estético.**

Las puntuaciones se han incrementado considerablemente, aunque el aumento no se puede exagerar, ya que, con anterioridad, los puntos por perjuicio estético se sumaban a los correspondientes al daño psicofísico, para aplicar a la suma la Tabla III.

**[j] Independencia de la indemnización del perjuicio estético respecto de la incapacidad para el desarrollo de actividades.**

«... La puntuación adjudicada al perjuicio estético no incluye la ponderación de la incidencia que el mismo tenga sobre las actividades del lesionado (profesionales y extraprofesionales), cuyo especifi-



co perjuicio se ha de valorar a través del factor de corrección de la incapacidad permanente ...». Así lo establece el **apartado 9**.

La compensación del perjuicio estético se centra, pues, en el deterioro de la imagen o aspecto externo de la persona. La compensación por la incapacidad que pueda producir respecto del ejercicio de ciertas actividades habituales se reconduce al correspondiente factor corrector previsto en la Tabla IV. Pese a las dudas surgidas a propósito de la extensión de la doctrina de la Sentencia 181/2000 del Tribunal Constitucional a las indemnizaciones por secuelas o lesiones permanentes, no se ha querido entrar en este problema, seguramente porque excedía de los límites de contenido de la Tabla VI.

La Sentencia 228/2010, de 25 de marzo, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de la que fue ponente su Presidente, el Excmo. Sr. Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos, ha establecido las líneas rectoras del tratamiento jurídico del lucro cesante derivado de una secuela o lesión permanente. Puede ser de interés su lectura y análisis porque, en definitiva, el daño o perjuicio estéticos no son sino una manifestación especial de aquél daño personal.

No resulta fácil la lectura de esta sentencia ni tampoco lo es la comprensión del desarrollo lógico de la argumentación mediante la que trata de justificar su construcción del subsistema indemnizatorio del lucro cesante derivado del padecimiento de una secuela o lesión permanente incapacitante (total o parcialmente) para realizar una o más actividades habituales del lesionado que constituían, para él, una fuente de ganancia.

Reconoce que la aplicación del factor corrector aumentativo por perjuicios económicos, aplicable a toda clase de daños corporales (se incluye en las Tablas II, IV y V) puede ser insuficiente para resarcir proporcionalmente el lucro cesante efectivamente producido.

Por eso, el Tribunal casacional se esfuerza por encontrar un sistema complementario que permita subsanar esa deficiencia, y cree encontrarlo en una aplicación imaginativa del factor corrector aumentativo que figura en la Tabla IV y que da la posibilidad de tener en cuenta los factores y elementos de corrección enunciados en el fundamental apartado primero, número 7, del Anexo, para «asegurar la total indemnidad de los daños perjuicios causados». No se trata de aplicarlo directamente (como propusieron algunos prestigiosos comentaristas del sistema) sino de introducir sus líneas directrices a través de la aplicación del factor corrector antes aludido.

Al ser posible construir un sistema intratabular de resarcimiento equitativo del lucro cesante, no será necesario plantear cuestión alguna de inconstitucionalidad, cuánto más si el Tribunal Constitucional parece considerar el problema, tratándose de indemnización por causa de muerte y por secuelas o lesiones permanentes una cuestión «de legalidad ordinaria».

En la Sentencia se precisa, además, el alcance de la indemnización correctora ampliatoria de la básica en caso de quedar, la víctima, incapacitada (total o parcialmente) para realizar alguna actividad habitual, aunque no constituyese fuente de ganancia. Deja esto claro pero advierte –y esta advertencia será muy importante para la elaboración del sistema compensatorio del lucro cesante– que no se puede desconocer que, en una proporción razonable, el factor corrector pueda estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima; aunque –se insiste– no puede aceptarse esta como su finalidad única, ni siquiera principal.

La Tabla IV –se explica en la Sentencia– incluye, como uno de los factores de corrección de la indemnización básica, los «elementos correctores» del apartado primero, número 7, del Anexo, a los



que se remite globalmente; y establece que el alcance del aumento y de la reducción se concretarán «según circunstancias».

De nuevo habrá que recordar que, en la citada regla séptima, se lee que :

[1] son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral,

[1.1] la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y, además,

[1.2] en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final; y

[2] son elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes

[2.1] la producción de invalideces concurrentes y, en su caso,

[2.2] la subsistencia de incapacidades preexistentes.

Interpreta el Tribunal de Casación que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado no pueden ser solo los expresamente calificados como de aumento o disminución, sino todos los criterios comprendidos en él susceptibles de determinar una corrección de la cuantificación del daño; esto es

[1] la entidad de los daños psicofísicos,

[2] las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima,





[3] las circunstancias familiares y personales y

[4] la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado.

La aplicación de estos parámetros como criterio corrector aumentativo expresamente incluida en estos términos en la Tabla IV no está sujeta a otro límite que a la proporcionalidad atendidas las circunstancias concurrentes, algo que no ocurre en los demás factores de igual clase, en los que se establece un límite máximo cuantitativo absoluto. En la Sentencia se explica esta singularidad recordando la vigencia del principio de indemnidad total de la víctima de secuelas permanentes, especialmente en los casos de gran invalidez, dada la gravedad de los supuestos y la dificultad de prever con exactitud todas las circunstancias.

El Tribunal casacional precisa, en todo caso, que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor.

Y pasa a establecer los requisitos para la indemnización del lucro cesante, que «... debe aplicarse siempre que:

1) se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido; y que



2) este desjuste no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos.

Pero hay algo más:

[a] Aplicando, por analogía, los criterios recogidos en otras Tablas para indemnizar o compensar situaciones equiparables, se concluye que el máximo de cobertura del déficit resarcitorio del lucro cesante es el setenta y cinco por ciento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos.

[b] En suma, una vez calculado el lucro cesante efectivo, se ponderará si la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos y la parte del correspondiente al factor corrector aumentativo por incapacidad que haya de imputarse a la cobertura de pérdida de ingresos como consecuencia de aquélla, es suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, «teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente».

6) Si se aprecia un déficit relevante, podrá completarse mediante la aplicación del factor de corrección por referencia al apartado primero, número 7, del Anexo, pero su cuantía nunca podrá exceder del setenta y cinco por ciento de la indemnización básica.

En la Sentencia se reconoce que esta solución –que favorece considerablemente los intereses de las entidades aseguradoras al limitar sensiblemente la cobertura del lucro cesante– puede estimarse, sin duda, no plenamente satisfactoria, pero se justifica invocando la necesidad de unificar, para

garantizar la seguridad jurídica, la aplicación de la ley por los tribunales civiles.

Y apostilla: «... Esta unificación permitirá al legislador, si lo estima conveniente, adoptar las medidas oportunas para modificar el régimen de indemnización de lucro cesante por daños corporales en accidentes de circulación si considera que éste, cuya interpretación ahora definitivamente fijamos, no es el más adecuado a los intereses generales. ...».

### 3.3. Las relaciones entre la Tabla VI y la explicación del funcionamiento de las Tablas.

La ley olvidó derogar las reglas contradictorias contenidas en la explicación del sistema, en el apartado b) del «Anexo». Obviamente, la pauta de derogación por contradicción interna e intranormativa conduce a tenerlas por derogadas tácitamente. Las novedades de la Tabla VI son incompatibles con la explicación anterior y posteriores a la Ley 30/1995, de manera que entra en juego lo dispuesto por el artículo 2.2 del Código Civil.

Así lo entienden igualmente Luna Yerga y Ramos González (2004).

### 3.4. Previsiones de futuro.

En los borradores de proyectos de reforma se mantiene el sistema actual, con algunas modificaciones mínimas.

Así, la ponderación de los daños estáticos y dinámicos se hará, en todo caso, de forma conjunta y se elimina la estructura actual de reglas de utilización en forma de esquema.

Desaparece la mención de la compatibilidad entre la indemnización por perjuicio estético y el coste de las intervenciones de cirugía plástica para la co-



rrección de aquél, por estimarse aclaración innecesaria, ya que en todo caso, los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria están cubiertos hasta la sanidad del lesionado, siempre que estén debidamente justificados, tal como se prevé en la regla sexta del primer apartado del Anexo.

Asimismo, se suprime la actual consideración de la imposibilidad de corrección como factor que agrava la intensidad del perjuicio estético, porque éste ha de valorarse en el momento de la estabilización lesional, y en aquella valoración no debería tomarse en consideración el hecho de que no exista posibilidad de corrección porque ya habría sido valorada con anterioridad

Más aún se sugiere que la posibilidad de corrección ulterior puede funcionar como factor reductor de la puntuación correspondiente.

#### 4. La pericia.

Existen excelentes trabajos médicos sobre el perjuicio estético. Sin embargo, en todos ellos (Lachica López, 2009) se pueden distinguir dos aspectos muy diferentes.

Por un lado, hay que proceder a la fijación de los parámetros de valoración (superficie afectada, localización, perceptibilidad, exteriorización, y modo en que la víctima *vivencia* el daño estético sufrido); pero habrá que tener en cuenta también las circunstancias personales de la víctima en la medida en que determinan la intensidad del daño moral en sentido estricto; para pasar luego a la asignación de puntos en función de tales parámetros. Lo primero suscita normalmente pocas dudas; lo segundo entraña un inevitable grado de subjetividad.

El juicio sobre este extremo sigue perteneciendo fundamentalmente al ámbito de la experiencia común o vulgar. Juez y médico se mueven en planos casi coincidentes. Tal vez, el primero pueda

ilustrar al segundo sobre extremos empíricos, como la mayor o menor perceptibilidad, partiendo de las enseñanzas de la Psicología sobre los centros de atención de la mirada, o sobre las zonas que pueden producir una mayor susceptibilidad cuando son contempladas por otra persona, y sobre la forma particular en que percibe y siente el daño la propia víctima. Así se llegaría a «un sistema de valoración judicial asistida pericialmente», como sugieren (a pesar de las contradicciones en que incurren al exponer sus ideas) Rousseau y Fournier (1989), superando los temores de Oliveira de Sá (1995) a una preterición de las opiniones del perito médico frente a las opiniones personales subjetivas del juzgador.

Por lo demás, las categorías utilizadas en el capítulo especial de la Tabla VI resultan –en su expresión lingüística– muy poco precisas y ajenas a los criterios de objetividad empírica que se manejan en el ámbito científico.

Sin embargo, es práctica forense muy extendida –tal vez por comodidad de los propios juzgadores quienes, de este modo, desplazan en cabeza ajena su propia responsabilidad profesional– recabar de los peritos médicos la valoración e incluso la puntuación correspondiente al daño o perjuicio estéticos.

Si el juicio final valorador del perjuicio estético está traspasado de culturalidad (lo que supone una remisión a patrones que pertenecen a la experiencia vulgar), corresponderá su emisión al juzgador, quien habrá de tener en cuenta la información de los peritos médicos sobre los factores objetivos que genéricamente influyen en la percepción externa del daño causado y su aplicación al caso concreto y su diagnóstico clínico (psicológico y eventualmente psiquiátrico) sobre su impacto psíquico en la víctima, quedando claro que, de presentarse los síntomas propios de un síndrome psiquiátrico, se consideraría como un trastorno mental valorable como daño anatomofisiológico independiente,



pudiendo apreciarse en tal caso la trascendencia de un estado patológico anterior a la hora de seleccionar la categoría aplicable de las contenidas en la Tabla VI y sugerir la puntuación correspondiente.

Esto aparte importará decisivamente el informe pericial médico sobre el perjuicio estético a propósito del cálculo del costo de futuras intervenciones quirúrgicas reparadoras.

<sup>1</sup> [a] Tipo básico del delito de lesiones dolosas

Artículo 147. 1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código. 2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

[b]Tipos cualificados de lesiones dolosas por causación de deformidad

Artículo 149.

1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. ...

Artículo 150. El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

[c] Tipo de delito de lesiones culposas o imprudentes

Artículo 152. 1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:

1º Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del artículo 147.1.

2º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años.

3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años.

[c]Tipo de falta de lesiones culposas o imprudentes

Artículo 621. 1. Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

3. Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días.

4. Si el hecho se cometiera con vehículo a motor o ciclomotor, podrá imponerse además la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de tres meses a un año.

5. Si el hecho se cometiera con arma podrá imponerse, además, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres meses a un año.

6. Las infracciones penadas en este sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

<sup>2</sup> Así lo entendió igualmente el Auto de 29 de noviembre del 2004, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz. En él se lee que «... aunque se ajusta a la realidad que la sentencia del Tribunal Supremo mencionada en el recurso de 10 de noviembre de 2001, que fue dictada en un supuesto de homicidio en grado de tentativa y no específico de tráfico, recogió esa tesis [de la cuantificación separada de ambos conceptos], la misma no se comparte en esta segunda instancia porque entonces se dejaría sin efecto lo recogido expresamente en el Anexo de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, sobre ordenación y supervisión de los seguros privados, a la hora de explicar el sistema de puntuación para el supuesto de secuelas concurrentes con perjuicio estético donde dice que "... si además de las secuelas permanentes se valora el perjuicio estético, los puntos por este concepto se sumaran aritméticamente a los resultantes de las incapacidades permanentes, sin aplicar respecto a aquellos la indicada fórmula...», pues cuantificándolos separadamente, que es lo que propone la impugnante, no tendría razón de ser el que se sumaren como el indicado anexo recoge, a mayor abundamiento es a partir de la Ley 34/2003, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de los seguros privados, en su artículo tercero, apartado tres, que incorpora una profunda reforma de la tabla VI del baremo introducida por la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, y que entró en vigor el 6 de noviembre de 2003, por consiguiente aplicable a los accidentes ocurridos con posterioridad a esa ley y no al que ahora nos ocupa, cuando por primera vez recoge de manera expresa en el apartado 3º de las reglas de valoración del perjuicio estético esa posibilidad al decir que: "... El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes..."., lo cual conlleva que si antes no se estipulaba no tenía porque aplicarse de esa manera, sobre todo cuando colisiona con la normativa anterior ...».

<sup>3</sup> La independencia de la cuantificación de la compensación correspondiente al daño estético era asumida sin problemas en Portugal antes de la entrada en vigor del nuevo sistema (Oliveira Sá, 1992; Gonzalez Pereira, 2010 se mantiene vigente la Portaria nº 377/2008, de 26 de mayo, del Ministerio portugués de Finanzas y de Administración Pública y de Justicia, relativa a las víctimas de accidentes de circulación, como base de los procedimientos obligatorios de propuesta razonable para la liquidación del daño corporal.



# La arquitectura del daño (II): La incapacidad temporal y la analogía proporcional

Juan Antonio Cobo Plana

Médico Forense

Director del Instituto de Medicina Legal de Aragón



*"...un sistema en su conjunto, que no sólo admite, sino que exige la aplicación analógica, ..."*

(Extraído de prólogo de Juan Antonio Xiol Ríos al libro Cobo J.A., "Valoración del daño a las personas por accidentes de tráfico". En: Colección de Medicina Forense para Abogados. Editorial Bosch. 2010)

*"... no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente..."*

(STS Sala de lo Civil 228/2010)

## La arquitectura del daño temporal en el RDL 8/2004

La valoración del daño temporal de la tabla V en el sistema de valoración del daño del RDL 8/2004 da su primer paso a través de la indemnización básica de la subtabla V.a, es el daño temporal común o básico. Un segundo paso debería ser la individualización de dicho daño a través de los factores de corrección de la subtabla V.b.; manteniendo siempre la opción de la valoración extraor-



dinaria cuando el daño también es excepcional o extraordinario y que establece el punto primero.6 de anexo como una opción posible.

- El primer paso, que está ocupado por la cuantificación del daño temporal común (igual para todos los lesionados con una determinada lesión) a través de la indemnización básica de la subtabla V.a, propone las siguientes referencias:

La primera clave para establecer la cuantificación del daño temporal será lo que la norma llama «días de baja» que aparece como los días sujetos a indemnización, compensación, reparación, etcétera:

- El primer criterio que nos propone para definir el día de baja es la «incapacidad» temporal provocada en el lesionado a consecuencia de sus lesiones. El título de la tabla V deja reflejado expresamente: *“indemnizaciones por incapacidad temporal”* y lo etiqueta en la tabla como *“días de baja”*.

- El otro criterio que también podría definir el día de baja es el de la “sanidad” de las lesiones que aparece en la letra c) del apartado segundo de explicaciones del sistema, define la situación de temporalidad a través de: *importe diario ... multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión ...*.
- La siguiente referencia la encontramos en la “estabilización” de las lesiones, medida a partir de la fecha de corte que diferencie entre el periodo de lesiones temporales del que posteriormente llamaremos lesiones permanentes. Este criterio aparece en la norma cuando recoge que su valoración en días se realizará *“con base en el cálculo razonable de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional”*.

Encontraremos las siguientes referencias en la diferencia de las cuantías indemnizatorias por día de baja que varían en relación con dos criterios:

- El primero de ellos es el criterio discriminante de “estancia hospitalaria o no” que diferencia:

Días de baja durante la estancia hospitalaria (que supone aproximadamente el 125% de la indemnización por día impenitivo no hospitalario).

Días de baja impenitivo sin estancia hospitalaria (que utilizaremos como valor de partida o unidad, es decir 100%).

- Posteriormente, para diferenciar entre las distintas situaciones de los días de baja sin estancia hospitalaria, utiliza el criterio alternativo de “impenitivo” o “no impenitivo”, es decir, el de la limitación no impenitiva para desarrollar su ocupación o actividad habitual:

Los días de baja impenitivos que describe en la nota al pie de tabla como “se entiende por día de baja impenitivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual”. Al que, como hemos comentado, utilizaremos como valor de partida o unidad, es decir 100%.

Por otro lado, tenemos los días de baja no impenitivos (cuya cuantificación compensatoria supone aproximadamente el 54% de la indemnización por día impenitivo no hospitalario) que no aparecen descritos directamente pero sí de forma implícita al tratarse de días de baja (con incapacidad temporal) pero que no estén incapacitados para desarrollar esa actividad, es decir que no sean impenitivos; es decir “limitados pero no impenitivos”.

- El siguiente paso es la individualización del daño temporal, que se realizaría a través de los factores de corrección de la subtabla V.b (de igual forma que en el daño permanente calcularíamos el daño básico con la tabla VI y III, y después aplicaríamos los factores de individualización o de corrección del daño aplicando la tabla IV)

La primera referencia para individualizar el daño temporal la encontramos bajo el factor de corrección de *Perjuicios económicos: Ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal*: hasta un 75 % de porcentajes de aumento de la indemnización básica valorada a través del V.a. (NOTA IMPORTANTE: este punto supera la valoración médico forense que es la protagonista de este trabajo).

La segunda referencia es la de: Elementos correctores de disminución del apartado primero. 7 de este anexo....  
– Hasta el 75% de porcentaje de disminución

- El tercer y último paso, sería comprobar si ha existido algún daño temporal extraordinario que no permita ser valorado a través de las subtablas V.a y V.b. ENn el caso de existir un daño que sea considerado extraordinario, es posible cuantificar el mismo utilizando referencias evidentes y sencillas de comprender y demostrar.

### Problemas de la aplicación literal de la tabla V.a

La realidad de la imperfección de cualquier norma, adquiere carta de naturaleza cuando hablamos de reparar-indemnizar un daño provocado a una persona. Por leve que sea este daño a la persona, con seguridad diremos que la norma es imperfecta





porque no puede ser perfecta, ya que no puede conseguirse la reparación absoluta ni siquiera en los casos de reparación del mismo a la situación anterior porque no podemos hacer desaparecer el periodo de tiempo de los hechos o hasta esa casi reparación que es la base del "daño temporal", objeto de este artículo.

La realidad clínica del daño a las personas no coincide con los criterios de neta separación que hemos revisado en el punto anterior. No se pasa bruscamente de una situación de impedimento a la de no-impedimento; no hay un paso súbito entre lesión no curada y curada; o entre lesión no estabilizada y estabilizada. También existen grandes diferencias entre diferentes intensidades de hospitalización, de gravedad de impedimento o de amplitud de limitación en las actividades cotidianas que no pueden ser asumidas de forma precisa en las cifras exactas de la tabla V.a.

Podemos intuir cómo, con base en la diferenciación estricta literal que la norma define reiteradamente entre dos polos, impeditivo y no impeditivo, hospitalario y no hospitalario, de baja y no de baja, blanco y negro, se provoca la igualdad de situaciones enormemente dispares.

Lo que nos conduce a plantear en este primer análisis que existe una insuficiencia de la precisión o de la sensibilidad en la capacidad compensatoria de las cantidades estrictas establecidas en la sub-tabla V.a

Por ejemplo, con la aplicación literal de la tabla V.a, los días de encamamiento y pérdida total de autonomía provocada por una polifractura vertebral, con los días de un trabajador manual de baja laboral por una fractura de 5º dedo de la mano

izquierda, ya que, para aplicar la tabla V se piensa exclusivamente en la actividad laboral en ambos casos, tendrán la misma valoración y se iguala la compensación satisfactiva por el daño moral objetivo<sup>1</sup> que corresponderá a días impeditivos no hospitalarios.

La pérdida de la capacidad de distinguir la cuantificación del daño en los diferentes casos (sensibilidad y fiabilidad de un instrumento de medida) que vemos en este ejemplo, debe considerarse como un defecto de nuestra norma actual o de su aplicación, que impide o limita una cuantificación del daño, objetivo último del RDL 8/2004.

¿Qué hacer frente a este problema? ¿Cómo conseguir que la cuantificación del daño consiga retratar de la mejor forma posible ese daño, para adaptar las decisiones judiciales a reparar-indemnizar el daño provocado en situaciones tan diferentes?:

- Debemos comenzar por una aplicación literal de la norma. Cuando la literalidad del RDL 8/2004 dé cumplida y exacta respuesta al daño que deseamos valorar, esta aplicación literal será la más adecuada.
- Pero, cuando la norma literal no consiga ese objetivo prioritario de la mejor reparación-indemnización posible, será posible buscar posibles valoraciones por analogía con otros fragmentos o partes de la norma (en este caso el RDL 8/2004) que tengan recogidos aspectos similares. ("Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón" artículo 4.1 del Código Civil).

<sup>1</sup> Recordemos que la tabla V.a no puede aceptar ningún tipo de daños económico en su seno porque se trata de daño básico común, igual para todas las personas lo que resulta incompatible con la definición del daño económico que siempre es individual; y, además, los daños económicos aparecen reflejados en otras partes de la norma y, por ello, no pueden duplicarse.

- Y si esta aplicación por analogía literal no es capaz de trasladar el daño a la decisión indemnizatoria, deberemos seguir por una valoración por analogía proporcional cuando debamos aplicar un método para establecer una valoración que sea proporcional al daño y la literalidad no lo consiga (“las normas se interpretarán ... atendiendo fundamentalmente al espíritu o finalidad de aquéllas” artículo 3.1 del Código Civil); pero siempre respetando el contexto riguroso de los rangos establecidos por la RDL 8/2004 (“la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita” artículo 3.2 del Código Civil)

### Propuesta genérica para una valoración analógica proporcional

Con base en todo lo anterior, y frente a la necesidad de buscar una solución indemnizatoria más precisa y proporcional daño temporal causado, podríamos buscar una valoración por analogía proporcional sin romperla estructura actual de la norma.

La valoración por analogía proporcional en la aplicación de la tabla V del RDL 8/2004, responde a la necesidad de evitar cortes tan estancos como los establecidos por la actual separación de los tres niveles por aplicación literal estricta de la norma como son los días hospitalarios, impenitentes y no impenitentes. Debemos encontrar la forma de poder valorar aquellas situaciones de daño que no se corresponden con ninguno de ellos en su totalidad.

Para que exista una proporcionalidad más adecuada al daño que esos tres únicos saltos, se propone utilizar dichos conceptos y cantidades indemnizatorias, no como únicas posibilidades indemnizatorias estrictas, sino como referencias indemnizatorias que nos permitan situar aquellos

daños que no son ni uno ni otro en zonas indemnizatorias intermedias.

Utilizando los conceptos retributivos que aparecen en la tabla V del RDL 8/2004 como referencias, la valoración de aquellos casos que no se corresponden exactamente con los conceptos retributivos que aparecen en la tabla V del RDL 8/2004, con el fin de conseguir una adaptación más proporcional y progresiva de la valoración del daño personal, podrían aparecer de la forma siguiente en el procedimiento:

- Con respecto a los días “hospitalarios”, en aplicación literal estricta de la tabla V.A, ha estado ..... días ingresado en centro hospitalario, de los cuales:
  - Se pueden valorar ..... días, como días de hospitalización de MAYOR VALOR u HOSPITALIZACIÓN AGRAVADA por ingreso en UCI, UVI, o plantas de especial tratamiento y características de especial intensidad o gravedad de los tratamientos.
  - Se pueden valorar ..... días, como días de hospitalización de valor CONVENCIONAL o NORMALIZADO por ingreso en plantas convencionales con tratamientos habituales
  - Se pueden valorar ..... días, como días de hospitalización de MENOR VALOR u HOSPITALIZACIÓN ALIGERADA por tratarse de un ingreso de bajo contenido asistencial (por ejemplo unidades de larga estancia, u ocasionados por mejora de respuesta diagnóstica o coordinación terapéutica)
  - Se pueden valorar ..... días, como días “CASI HOSPITALARIOS”: por tratarse de situaciones análogas a una hospitaliza-

ción domiciliaria por el encamamiento obligado en domicilio, con carga elevada de tratamiento o pérdida de autonomía o de dolor y/o sufrimiento moral o de perjuicio estético de nivel moderado o medio

- Con respecto a los días “impeditivos” sin estancia hospitalaria, en aplicación literal estricta de la tabla V.A, la persona lesionada ha estado durante ..... días con impedimento para desarrollar su actividad habitual, de los cuales:
  - Se pueden valorar ..... días como días impeditivos de MAYOR VALOR o IMPEDITIVOS AGRAVADOS por haber existido un impedimento de todas o casi todas las facetas de su actividad u ocupación habitual laboral y no habitual, y además una elevada limitación de otros aspectos de la vida cotidiana como por ejemplo de su autonomía personal.
  - Se pueden valorar ..... días como días impeditivos de VALOR CONVENCIONAL o NORMALIZADO por haber existido un impedimento valorable de bastantes de las facetas de su actividad u ocupación habitual laboral y no habitual.
  - Se pueden valorar ..... días como días impeditivos de MENOR VALOR o IMPEDITIVOS MODERADOS porque el impedimento lo ha sido exclusivamente para una parte de su actividad habitual laboral y no laboral
  - Se pueden valorar ..... días como días impeditivos de POCO VALOR o IMPEDITIVOS LIGEROS porque el impedimento lo ha sido exclusivamente para una parte PEQUEÑA de su actividad habitual laboral y no laboral
- Con respecto a los días “no impeditivos”, en aplicación literal estricta de la tabla V.A, la persona lesionada ha estado durante ..... días pudiendo desarrollar su actividad habitual pero con limitaciones, de los cuales:
  - Se pueden valorar ..... días como días no impeditivos de MAYOR VALOR o NO IMPEDITIVOS AGRAVADOS porque si bien ha desarrollado su ocupación o actividad habitual ha tenido limitaciones intensas para llevarla a cabo.
  - Se pueden valorar ..... días como días no impeditivos de VALOR CONVENCIONAL o NORMALIZADO porque ha desarrollado su ocupación o actividad habitual pero ha tenido algunas limitaciones para llevarla a cabo.
  - Se pueden valorar ..... días como días no impeditivos de POCO VALOR porque no ha tenido limitaciones valorables para su ocupación o actividad habitual aunque se ha mantenido en periodo de espera, en periodos de control, o con unas consecuencias de baja intensidad
- Otras observaciones posibles de realizar para aumentar una información, actualmente no contemplada en la tabla V, podría ser de daños o aspectos del daño no contemplados en la norma:
  - El grado de dolor o sufrimiento sufridos durante este tiempo de daño temporal ha sido .....
  - El nivel de perjuicio estético padecido durante este tiempo de daño temporal ha sido .....

## Valoración por analogía proporcional de los daños temporales básicos

### AYUDA ORIENTATIVA PARA LA VALORACIÓN POR ANALOGÍA PROPORCIONAL DE LOS DAÑOS TEMPORALES BÁSICOS (VADAT<sup>1</sup>)

Descripción forense	Valoración POR ANALOGÍA PROPORCIONAL que asuma DAÑO REAL <sup>2</sup>
DÍAS DE HOSPITALIZACIÓN AGRAVADA: por ingreso en UCI, UVI, o plantas de especial tratamiento y características de especial intensidad o gravedad de los tratamientos	Indemnización por hospitalización agravada (corrección al alza sobre día impositivo = + 25/75%)
DÍAS IMPEDITIVOS HOSPITALARIOS: NORMALIZADO por ingreso en plantas convencionales con tratamientos habituales	Indemnización por día de estancia hospitalaria (corrección al alza sobre día impositivo = + 25%)
DÍAS de HOSPITALIZACIÓN LIGERA: por tratarse de un ingreso de bajo contenido asistencial (por ejemplo unidades de larga estancia, u ocasionados por mejora de respuesta diagnóstica o coordinación terapéutica. O "CASI HOSPITALARIOS": por tratarse de situaciones análogas a una hospitalización domiciliaria por el encamamiento obligado en domicilio, con carga elevada de tratamiento o pérdida de autonomía o de dolor y/o sufrimiento moral o de perjuicio estético de nivel moderado o medio O DÍAS IMPEDITIVOS AGRAVADOS por haber existido un impedimento de todas o casi todas las facetas de su actividad u ocupación habitual laboral y no habitual, y además una elevada limitación de otros aspectos de la vida cotidiana como por ejemplo de su autonomía personal.	Indemnización por: <ul style="list-style-type: none"> <li>• hospitalización ligera</li> <li>• casi hospitalaria</li> <li>• días impositivos agravados</li> </ul> (corrección al alza sobre día totalmente impositivo no hospitalario = + 1/24%)
DÍAS IMPEDITIVOS CONVENCIONALES: por haber existido un impedimento de muchas de las facetas de su actividad u ocupación habitual laboral y no habitual.	96/100% de la indemnización por día impositivo (Indemnización básica por día totalmente impositivo no hospitalario)
DÍAS IMPEDITIVOS MODERADOS porque el impedimento lo ha sido exclusivamente para una parte de su actividad habitual laboral y no laboral	50/95% de la indemnización por día impositivo
DÍAS IMPEDITIVOS LIGEROS: porque el impedimento lo ha sido exclusivamente para una parte PEQUEÑA de su actividad habitual laboral y no laboral	25/49% de la indemnización por día impositivo
O DÍAS NO IMPEDITIVOS AGRAVADOS porque si bien ha desarrollado su ocupación o actividad habitual ha tenido limitaciones intensas para llevarla a cabo.	VALOR SIMILAR A LOS DÍAS IMPEDITIVOS LIGEROS
DÍAS no impositivos de VALOR CONVENCIONAL o NORMALIZADO porque ha desarrollado su ocupación o actividad habitual pero ha tenido algunas limitaciones para llevarla a cabo.	5/24% de la indemnización por día impositivo
DÍAS DE POCO VALOR IMPEDITIVO O NO IMPEDITIVOS: porque no ha tenido limitaciones valorables para su ocupación o actividad habitual aunque se ha mantenido en periodo de espera, en periodos de control, o con unas consecuencias de baja intensidad.	0/4% de la indemnización por día impositivo

#### Propuesta específica para una valoración analógica proporcional

Con base en los datos anteriores en los que hemos retratado de forma más precisa y proporcional el daño temporal, es posible proponer una alternativa proporcional a la aplicación literal de la norma cuando ésta no es capaz de retratar el daño temporal ocasionado en realidad.

Un elemento esencial para una "cuantificación del daño" es la proporcionalidad y, por ello, es necesario comenzar por establecer una unidad de medida que nos sirva como referencia para construir una secuencia progresiva, hacia arriba o hacia abajo, que mantenga una proporcionalidad razonable.

En este caso hemos elegido como unidad la cantidad que se establezca para el "día de baja im-

<sup>1</sup> Cobo J.A., "Valoración del daño a las personas por accidentes de tráfico». En: Colección de Medicina Forense para Abogados. Editorial Bosch. 2010

<sup>2</sup> Utilización de los criterios de intensidad de la Clasificación Internacional de Funcionalidad de la OMS y las cifras actuales de la norma. Estas cantidades podrían variar en el caso de un cambio de la norma que intentara aplicar los mismos factores de corrección del daño permanente al daño temporal.



peditivo sin estancia hospitalaria"; para, posteriormente, construir una valoración más escalonada y acorde con la realidad.

### Ejemplo de aplicación proporcional en el daño temporal

Con el fin de comprobar su aplicación en un caso real, pongamos el ejemplo que nos ha servido para explicar la falta de precisión de la aplicación literal de la norma actual, y que supone la igualdad de la compensación satisfactiva por daño temporal de una persona multifracturada y la de la otra persona con una fractura de 5º dedo de mano izquierda.

Como hemos comentado anteriormente, con la aplicación literal de la tabla V.a, contaminada además por la Ley de la Seguridad Social (ocupación habitual = ocupación laboral) se igualan los días de encamamiento y pérdida total de autonomía de un trabajador manual de baja laboral por una polifractura vertebral, que los días del mismo trabajador manual de baja laboral por una fractura de 5º dedo de la mano izquierda, ya que, en ambos casos, si únicamente se piensa en la actividad laboral como es habitual en estos casos, en la aplicación literal estricta de la subtabla V.a tendrán la misma valoración. Esta compensación sería la del día improductivo no hospitalario como ya hemos avanzado.

Valoremos 45 días de ambos lesionados utilizando para ello las cantidades de la última actualización del 2010 correspondiente a la Resolución de 31 de enero:

- Valoración aplicando la tabla V.a actual de forma literal:

45 días de baja laboral por una polifractura vertebral, con total encamamiento y

pérdida total de autonomía =  $45 \times 53,66$   
 $\text{€} = 2.414,7 \text{ €}$ .

45 días de baja laboral por fractura del 5º dedo de la mano izquierda sin ninguna limitación en el resto de sus actividades y, desde luego, sin encamamiento ni pérdida de autonomía =  $45 \times 53,66 \text{ €} = 2.414,7 \text{ €}$ .

- Realicemos esta valoración pero aplicando la tabla V.a actual de forma analógica proporcional. Para ello seguiremos la ayuda VADAT<sup>3</sup>:

45 días de encamamiento y pérdida total de autonomía de un trabajador manual de baja laboral por una polifractura vertebral =

- Indemnización por DÍAS "CASI HOSPITALARIOS": por tratarse de situaciones análogas a una hospitalización domiciliaria por el encamamiento obligado en domicilio, con carga elevada de tratamiento o pérdida de autonomía o de dolor y/o sufrimiento moral o de perjuicio estético de nivel moderado o medio; lo que supone una corrección al alza sobre día totalmente improductivo no hospitalario de + 1/24%. En este caso se aplica el 24% por considerar el caso como el nivel máximo de día improductivo casi hospitalario.

- $45 \text{ días} \times (124\% \text{ de } 53,66 \text{ €}) = 45 \times 67,075 \text{ €} = 3.018,37 \text{ €}$

45 días de baja laboral por fractura del 5º dedo de la mano izquierda del mismo trabajador manual de baja laboral =

- Indemnización por DÍAS IMPRODUCTIVOS ENTRE LIGERO Y MODERADO

<sup>3</sup> VADAT = VALORACIÓN POR ANALOGÍA PROPORCIONAL DE LOS DAÑOS TEMPORALES BÁSICOS.



porque el impedimento lo ha sido exclusivamente para la parte laboral de su actividad, pero no ha estado limitado para su actividad extralaboral, lo que supone una valoración del 50% de la indemnización por día impeditivo

$$\begin{aligned} &\text{➤ } 45 \text{ días} \times (50\% \text{ de } 53,66\text{€}) = 45 \times \\ &26,83 \text{ €} = 1.207,35 \text{ €} \end{aligned}$$

### Adaptación de la norma a la valoración analógica proporcional

Una vez planteada la posibilidad de una valoración analógica proporcional para conseguir una mayor precisión y eficacia en la indemnización por daño temporal, sería posible avanzar en el camino de una mayor proporcionalidad en la indemnización del daño temporal si apareciera un cambio de la norma de forma que facilitara esta aplicación proporcional:

Propuesta para una adaptación de la norma a la valoración analógica proporcional: ...	
Se propone cambiar el texto de la tabla V.a por ...	... el texto alternativo siguiente:
... incapacidad temporal	... impedimento o limitación temporal
5. Darán lugar a indemnización..., y las incapacidades temporales. c) Indemnizaciones por incapacidades temporales (tabla V).— Estas indemnizaciones serán compatibles con cualesquiera otras y se determinan por un importe diario (variable según se precise, o no, una estancia hospitalaria) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla, salvo que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.	5. Darán lugar a indemnización..., y el impedimento o limitación temporal c) Indemnizaciones por impedimento o limitación temporal (tabla V).— Estas indemnizaciones serán compatibles con cualesquiera otras y se determinan por un importe diario (variable según la intensidad del daño provocado) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla, salvo que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.
TABLA V.- Indemnizaciones por incapacidad temporal (Compatibles con otras indemnizaciones) A) Indemnización básica (incluidos daños morales): Durante la estancia hospitalaria = X € Sin estancia hospitalaria impeditivo= Y € Sin estancia hospitalaria no impeditivo = Z €	TABLA V.- Indemnizaciones por impedimento o limitación temporal (Compatibles con otras indemnizaciones <sup>4</sup> ) A) Indemnización básica (daño moral objetivo) NOTA: Se considera como unidad indemnizatoria la correspondiente al día impeditivo no hospitalario que será el 100%: <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Durante la estancia hospitalaria = de 105% hasta 175% sobre la unidad de día impeditivo no hospitalario. Se sitúa el máximo del 175% en los casos durante la estancia hospitalaria en los que exista una hospitalización en UCI/UVI que suponga un daño mayor que la mera hospitalización. Se sitúa el mínimo del 105% para aquellos casos caracterizados por tratarse de un ingreso de bajo contenido asistencial (por ejemplo unidades de larga estancia, u ocasionados por mejora de respuesta diagnóstica o coordinación terapéutica). Se utiliza la diferente intensidad de estos criterios como criterios de valor para establecer los porcentajes intermedios.</li> <li>○ Día impeditivo sin estancia hospitalaria = de 50% hasta 125% sobre la unidad de día impeditivo no hospitalario. Se sitúa el máximo del 125% en los casos sin estancia hospitalaria en los que exista pérdida de la autonomía personal (por ejemplo en hospitalización domiciliaria o encamamiento obligado en domicilio con</li> </ul>

<sup>4</sup> Manteniendo las referencias económicas actuales de la tabla V.a



	<p>carga elevada de tratamiento), y/o intensidad elevada de dolor y/o sufrimiento moral y/o de perjuicio estético, que suponga un daño mayor que el mero impedimento para su ocupación y/o actividad habitual. Se sitúa el mínimo del 50% para aquellos casos caracterizados por un impedimento muy específico sobre una específica y determinada ocupación habitual pero no sobre el resto de las mismas. Se utiliza la intensidad y amplitud del impedimento de sus ocupaciones habituales laborales y no laborales para establecer los porcentajes intermedios.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>o Día con limitaciones pero no impeditivo = de 25% hasta 50% sobre la unidad de día impeditivo no hospitalario. Se sitúa el máximo del 50 % en los casos en los que sin existir un impedimento para ninguna actividad habitual existan amplias limitaciones para llevarlas a cabo. Se sitúa el mínimo del 25% en aquellos casos de limitaciones poco intensas para sus actividades habituales. Se utiliza la intensidad y amplitud de la limitación de sus ocupaciones habituales laborales y no laborales para establecer los porcentajes intermedios.</li> <li>o Otros días con persistencia de daño muy ligero y sin limitación relevante = de 5% hasta 25% sobre la unidad de día impeditivo no hospitalario. Se sitúa el máximo del 25% para limitaciones poco intensas para sus ocupaciones habituales. Se sitúa el mínimo del 5% para aquellos casos en los que no existen limitaciones relevantes para la vida habitual pero persisten síntomas residuales hasta la conclusión de tratamientos.</li> </ul>
--	--

### **Análisis orientativo para un cambio profundo de la tabla V**

Además de la opción de la analogía proporcional, e incluso de la posible adaptación de la norma a esa analogía proporcional, podemos seguir avanzando en la línea de conseguir un sistema de cuantificación del daño temporal que sea metodológicamente mejor.

Guardando como oro en paño la estructura actual de la exposición de motivos y de la explicación del sistema por la que se separan los daños económicos de los daños no económicos; se define la separación entre daño temporal, daño permanente y muerte; se diferencia entre el daño común similar para todos, y el daño individualizado; se plantea la posibilidad

extraordinaria del daño excepcional; en el análisis metodológico de la actual tabla V, de incapacidad temporal, surgen algunos problemas que deberían convertirse en criterios si se quisiera construir una nueva norma de cuantificación del daño temporal dentro del sistema de valoración legal del daño:

Primero. Evitar la contaminación del lenguaje del daño por la Ley de la Seguridad Social

Segundo. Definir el criterio de referencia para establecer los días indemnizables por la tabla V

Tercero. Eliminar la incongruencia de la realidad clínica con las referencias indemnizatorias de la tabla V.

- Cuarto. Hacer desaparecer la mezcla de daño económico y daño no económico en el mismo ítem indemnizatorio.
- Quinto. Plantear que el daño económico siempre debe ser individualizado
- Sexto. Evitar la utilización de datos de individualización en un daño común o básico.
- Séptimo. Mejorar la congruencia entre la individualización del daño temporal con la del daño permanente.
- Octavo. Modificar la consecuente incongruencia indemnizatoria entre la individualización del daño temporal con la del daño permanente.
- Noveno. Evaluar si existen otros patrimonios, además del anatómico y funcional, y el estético que pudieran ser susceptibles de valoración autónoma
- Décimo. Mejorar la difícil estructura formal del sistema.

### **Primero. La contaminación del lenguaje**

Este punto corresponde directamente a un solo concepto: "la tabla V no es legislación laboral". La contaminación del lenguaje de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por la Ley General de la Seguridad Social ha contaminado no solo la forma de hablar del daño, sino la forma de pensar en el daño y en su cuantificación por todos los operadores jurídicos.

En el caso del daño temporal valorado a través de la tabla V los elementos esenciales de esa contaminación del lenguaje y de la forma de cuantificar el daño parecen ser los siguientes:

- La utilización del día «de baja» como referencia para el día indemnizable del daño temporal, inevitablemente nos dirige a pensar en la baja laboral aun cuando pueda ser más amplio su significado
- Así mismo, la referencia a la «incapacidad temporal» es utilizada por las dos normas, tanto en capítulo IV del Título II de la Ley General de la Seguridad Social, como en la explicación del sistema en las distintas referencias del punto primero.<sup>5</sup>, en el apartado c) de la misma explicación, y también en mismo título de la tabla V de la LRCSVM.

---

CRITERIO PRIMERO: Necesitamos cambiar el lenguaje del daño temporal en el anexo de la LRCSVM para evitar la contaminación del lenguaje y la forma de pensar, por la Ley de la Seguridad Social.

---

### **Segundo. La indefinición del criterio de referencia para establecer los días indemnizables por la tabla V**

¿Qué criterio elegimos entre los tres posibles (criterio impedimento, criterio estabilización y criterio sanidad) que el sistema establece en su tabla V, o en la explicación del sistema, para definir la fecha de corte y, con ella, el número de días indemnizables por la tabla V?:

- La primera referencia es la incapacidad como criterio para valorar los días indemnizables. El título de la tabla V deja reflejado expresamente: "*indemnizaciones por incapacidad temporal*" y que la norma etiqueta en la tabla como "*días de baja*".
- Otra referencia que la norma utiliza para definir el día de baja sin estancia hospitalaria impeditivo aparece en la nota al



pie de tabla. Especifica que "se entiende por día de baja impeditivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual". Esta descripción nos deja otra referencia necesaria que debemos que es que el impedimento o incapacidad de ese día de baja debe referirse a la ocupación o actividad habitual.

- El criterio de sanidad aparece en la letra c) del apartado segundo de explicaciones del sistema, define la situación de temporalidad a través de la mecánica del cálculo de la indemnización por "incapacidades temporales": *importe diario ... multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión ...*.
- El criterio de estabilización de la lesión que aparecerá en la regla relativa a las "secuelas temporales" aparece cuando dice que su valoración en días se realizará "con base en el cálculo razonable de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional". y susceptible de ser valorado a través de la tabla V, y el daño a partir de esa misma fecha que pasa a llamarse permanente y a ser evaluado por las tabla VI, III y IV.

La norma debe aclarar este punto pero con la previsión de considerar que estamos cuantificando el daño común o básico, que frente a la misma lesión debe ser igual para todos y, por ello, no debe usar de ningún dato individualizado para su valoración.

---

CRITERIO SEGUNDO: Necesitamos definir con exactitud un solo criterio de referencia para definir los días susceptibles de valoración indemnizatoria por daño temporal.

---

### **Tercero. La incongruencia de la realidad clínica con las referencias indemnizatorias de la tabla V**

La realidad clínica del daño a las personas no coincide con esos criterios de separación establecidos en la tabla V.a porque no se pasa brusca-mente de una situación de impedimento a la de no impedimento; no hay un paso súbito entre lesión no curada y curada; o entre lesión no estabilizada y estabilizada.

Aspectos ya tratados en el apartado anterior de este mismo artículo dedicado a la propuesta para una valoración analógica proporcional.

---

CRITERIO TERCERO: Debemos construir un sistema de indemnización proporcional más sensible y preciso que permita una valoración más adaptada a las distintas realidades del daño temporal.

---

### **Cuarto. La mezcla de daño económico y daño no económico en el mismo ítem indemnizatorio**

El sistema separa nítidamente el daño económico y no económico en su explicación del sistema. Y, sin embargo, en el paréntesis de (*incluidos daños morales*) de la indemnización básica de la tabla V.a cuya redacción es similar a la de la tabla I, y por ello, es posible que incluidos daños morales se asimile a: *"Tabla I.—Comprende la cuantificación de los daños morales, de los daños patrimoniales básicos ..."*.

Esta redacción supone colocar un daño económico, susceptible de una prueba económica específica y que el bien perdido o dañado es indemnizable de forma sustitutiva, en la misma cesta con un daño intangible, susceptible de una prueba totalmente diferente, que no es indemnizable de forma sustitutiva del bien perdido, y que



se rige por una línea de compensación satisfactoria proporcional al daño, y razonable dentro de los límites económicos que el Estado decide. Separar de forma nítida los daños económicos de los no económicos se convierte pues en un objetivo prioritario.

---

CRITERIO CUARTO: Debemos definir con exactitud el tipo de daño que la tabla V indemniza, estableciendo en todo caso una separación muy nítida del daño económico con el daño no económico.

---

**Quinto. El daño económico siempre debe ser individualizado**

El sistema separa nítidamente el daño económico en su explicación del sistema: primero.6: Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo

a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria...

Además se especifica la satisfacción específica y diferenciada: *que son satisfechos separadamente y además de los gastos correspondientes al daño emergente, esto es, los de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro... además de los gastos de asistencia médica y hospitalaria ...*

Y se distingue el lucro cesante de forma específica como elemento esencial para cuantificar el daño individualizado, no el común o básico: *Primero.7... Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida*



de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales ...

A pesar de todo lo anterior, la parte dispositiva del anexo como ya hemos visto en el punto anterior en el paréntesis (*incluidos daños morales*) de la indemnización básica de la tabla V.a, cuya redacción es similar a la de la tabla I, y por ello, es posible que “incluidos daños morales” se asimile a: “Tabla I.—Comprende la cuantificación de los daños morales, de los daños patrimoniales básicos ...”. Es decir, parece que la tabla V, de acuerdo con la tabla I, sitúa como daño común básico, igual para todas las personas que padecen una determinada lesión, un concepto indemnizatorio descrito como “daño patrimonial básico”.

El daño económico, parece que siempre debe ser individualizado porque no es un daño común o básico, igual para todas las personas a no ser que se tome una decisión arbitraria lineal sobre dicha situación. Cada lesión genera un cambio en la historia de una persona que es totalmente específico en el ámbito económico. Ni en el daño emergente ni en el lucro cesante podemos encontrar una norma básica o común para todas las personas que permita establecer un “daño patrimonial básico”. No parece existir el concepto de daño patrimonial básico como daño común porque un niño de seis meses no padece daño emergente ni lucro cesante si padece una lesión que permanece treinta días hasta su curación o estabilización.

---

CRITERIO QUINTO: Cualquier daño económico, incluido el relacionado con el daño temporal de la tabla V, debe demostrarse con prueba específica y forma parte de la individualización del daño porque nunca puede ser básico o común o igual para todas las personas.

---

**Sexto. La utilización de datos de individualización en un daño común o básico**

En el concepto de daño común o básico: *Primero.7. La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas*

En el concepto definidor de día de baja como daño básico o común: *se entiende por día de baja impositivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual.*

En esta descripción del daño temporal común o básico se introduce una valoración individualizada (la ocupación o actividad habitual personal de la persona lesionada) que, a su vez, condiciona una indemnización o compensación satisfactiva específica para el individuo lesionado, dentro de un daño que debería ser igual para todos los lesionados porque es daño común o básico.

Esta individualización del daño básico genera dos efectos simultáneos, la imposibilidad posterior de utilizar la individualización del daño básico ya que ese efecto específico en la vida del individuo no se puede valorar dos veces. Y, simultáneamente, el efecto que comentamos de valorar individualmente un daño que no debe a ser valorado individualmente.

---

CRITERIO SEXTO: Para valorar daños comunes o básicos se deben utilizar únicamente escalas de cuantificación del daño que no incluyan elementos individualizadores.

---

**Séptimo. La incongruencia entre la individualización del daño temporal con la del daño permanente**

En la comparación de los factores de corrección de la indemnización básica encontramos una gran diferencia entre los factores de corrección del daño permanente con los contemplados en el daño temporal, cuando la única diferencia entre ambos es la limitación, o no, en el tiempo.

Daño temporal (Va y Vb)	Daño permanente (III y IV)
<p><b>ESCASOS FACTORES DE CORRECCIÓN</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Criterio de hospitalización (Va)</li> <li>• Criterio de impedimento para ocupaciones habituales (Va) ya que, en realidad, es un factor de corrección y no unos daños básicos o comunes.</li> <li>• Perjuicio económico (Vb)</li> </ul>	<p><b>MÚLTIPLES FACTORES DE CORRECCIÓN</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Criterio de secuelas concurrentes (III y fórmula de Balthazard)</li> <li>• Criterio de edad* (III)</li> <li>• Criterio de perjuicio estético (patrimonio independiente y valorado en capítulo especial de la tabla VI)</li> <li>• Criterio de necesidad de ayuda por tercera persona (IV)</li> <li>• Criterio de impedimento para ocupaciones habituales (IV)</li> <li>• Perjuicio económico (IV)</li> <li>• Criterio de daños morales complementarios (IV)</li> <li>• Criterio de perjuicios morales de familiares (IV)</li> <li>• Circunstancias excepcionales (expresamente contenidas)</li> </ul>

Esta diferencia genera que todas las facilidades que tenemos para conseguir cuantificar el daño individual en el daño permanente, se pierden cuando deseamos evaluar el daño temporal, lo que supone una gran pérdida de precisión.

La situación actual, como ya comentábamos en el segundo artículo de esta miniserie de artículos, «con la aplicación literal de la tabla V.a, provoca que se igualen los días de encamamiento y pérdida total de autonomía por una polifractura vertebral, que los días del mismo trabajador por una fractura de 5º dedo de la mano izquierda, ya que, en ambos casos, en una aplicación literal estricta tendrán la misma valoración y únicamente se piensa en la actividad laboral. Sería la carga indemnizatoria de día impeditivo”.

Pensemos que mientras los factores de corrección de la Tabla IV en el daño permanente nos está favoreciendo la posibilidad de corregir la indemnización/compensación satisfactiva común, no existe una posibilidad similar en la individualización del daño temporal.

Veamos las posibilidades de individualización de ambos daños y comparemos ambos:

- La primera dificultad en la individualización del daño temporal ya la hemos comentado en el

punto anterior, y es que no se puede individualizar el efecto en la actividad habitual del lesionado (en el daño permanente sí que es posible a través del factor corrector de la incapacidad permanente) porque en la subtabla V.a aparece este factor de individualización como referencia para valorar el daño básico o común; por lo que no podemos utilizar dos veces ese dato del daño.

- En el daño permanente podemos realizar una valoración progresiva cuando concurren varias lesiones (a través de la tabla III y de la fórmula de integración de Balthazard) que no podemos hacer en el daño temporal. Y, además, cuando el daño permanente es muy elevado, se complementa esa compensación satisfactiva con el factor de corrección de “daños morales complementarios”, que tampoco aparece en la corrección del daño temporal, por lo que esa consecuencia temporal de una mayor daño cuando los efectos son muy elevados, aparece sin valoración específica.
- Tampoco podemos aplicar en el daño temporal la carga específica de una pérdida temporal del patrimonio estético porque no existe la valoración autónoma del daño estético (como patrimonio independiente y valorado en capítulo especial de la tabla VI) que sí que aparece en



el daño permanente y que se suma al perjuicio funcional o anatómico.

- La valoración de la pérdida temporal de autonomía, y, con ella, de la necesidad temporal de otra persona para actividades esenciales de la vida se valora en el daño permanente a través del factor de gran inválido y no se valora en el daño temporal.
- Tampoco se puede valorar el efecto temporal desorganizador de la vida de la familia de los grandes lesionados porque no existe el factor de individualización que sí que existe en la tabla IV bajo la referencia de perjuicios morales de familiares.
- Las circunstancias excepcionales, si bien no aparecen contempladas expresamente como en el daño temporal, al existir como referencia literal generalizadora en el punto primero.7, sería, en todo caso, susceptible de valoración.
- NO se pueden considerar factores de corrección aplicables en el daño temporal:
  - El criterio de edad, ya que no es necesario en el daño temporal por cuanto la individualización del daño permanente por edad se supone que se realiza por el mayor tiempo esperado de sufrir el daño.
  - Y, si bien sería calculable un daño temporal de adecuación de vivienda o automóvil, este cálculo resultaría especialmente dificultoso y escasamente relevante a no ser en duraciones muy prolongadas que podrían ser sustituidas por daño emergente a tra-

vés de gastos necesarios en ese sentido.

El resumen de estas notas es que la falta de individualización del daño temporal actualmente considerada en la subtabla V.b condiciona una pérdida de precisión en la cuantificación del daño, provocando, por ejemplo, una valoración menor del gran lesionado y una sobrevaloración proporcional del pequeño lesionado.

---

CRITERIO SÉPTIMO: debemos encontrar un sistema de individualización del daño básico en el daño temporal que siga unos parámetros de valoración similar a los del daño permanente y a la muerte

---

### **Octavo. La consecuente incongruencia indemnizatoria entre la individualización del daño temporal y la del daño permanente**

A consecuencia de todo lo anterior, al existir esa enorme diferencia entre la posibilidad de individualizar el daño temporal con respecto al daño permanente, veremos un efecto inmediato en la definitiva cuantificación económica del daño a partir de la proporcionalidad de las cantidades establecidas en la subtabla V.a:

- Para entender bien el siguiente apartado vamos a escribir en una tabla las cantidades máximas que corresponden a los daños básico temporal (subtabla V.a) y permanente (tabla VI y III), y posteriormente las que corresponden a la posibilidad de individualizar ese daño básico del daño temporal y permanente (utilizaremos para ello las cantidades de la última actualización del 2010 correspondiente a la Resolución de 31 de enero siempre en la idea que la proporcionalidad entre dichas cantidades se mantienen a lo largo de los años por cuanto es una actualización anual semiautomática proporcional al IPC):

DAÑO TEMPORAL (tabla V)			DAÑO PERMANENTE (tablas VI, III y IV)		
Unidad básica (día impeditivo no hospitalario)	53,66 €	100%	Unidad básica (cantidad máxima por la unión de 100 puntos de la tabla VI por el valor máximo del punto en la tabla III que es de 3.200,41 €)	320.041 € =	100%
INDIVIDUALIZACIÓN DEL DAÑO TEMPORAL			INDIVIDUALIZACIÓN DEL DAÑO PERMANENTE		
Hospitalización	66,00 € = 13,66 € de corrección al alza	+ 25,46 %	Daños morales complementarios	88.063,51 €	+ 27,52%
No impeditivo	28,88 € = 24,78 € de corrección a la baja	- 46,18 %	Incapacidad para actividad habitual <sup>5</sup>	88.063,51 €	+ 27,52%
			Pérdida de oportunidad medida a través de la incapacidad absoluta	88.063,79 €	+ 27,52%
			Dependencia de otras personas	352.254,05 €	+ 110,07%
			Perjuicios morales de familiares	132.095,27 €	+ 47,27%
			Patrimonio estético (50 puntos x 2.030,22 €)	101.511 €	+ 31,72%
CAPACIDAD DE CORRECCIÓN POR INDIVIDUALIZACIÓN PARA UN GRAN LESIONADO		+ 25,46%			+ 271,62%
CAPACIDAD DE CORRECCIÓN POR INDIVIDUALIZACIÓN PARA UN PEQUEÑO LESIONADO		- 46%			- 100% a través de la tabla VI

- En el daño permanente: Frente a una cantidad de 100 que asignamos a la cantidad máxima del daño básico por daño permanente (como unidad de referencia), las posibilidades de individualizarlo nos sitúa en los siguientes rangos:
  - En el caso de un gran lesionado, podremos corregir el daño permanente común

básico hasta en un 271,62% más sobre la cantidad máxima de la tabla VI. La cantidad máxima<sup>6</sup> que una persona gran lesionada puede recibir como compensación satisfactoria de individualización del daño permanente y correspondiente al daño moral objetivo<sup>7</sup> sería de lo que supondría un total de 717.955,86 € (1.037.996,86

<sup>5</sup> Con especial referencia a valorar la eventual pérdida de la vida comunitaria, en las relaciones interpersonales, social y cívica (danno a la vita de relazione), con especial referencia al ocio (préjudice d'agrément), como parte de esa actividad habitual.

<sup>6</sup> Utilizando para ello las cantidades de la última actualización del 2010 correspondiente a la Resolución de 31 de enero

<sup>7</sup> Este factor parece que debe corresponder en exclusiva al daño moral objetivo unido a la pérdida del derecho y el deber, y de la propia historia de la víctima desde el punto de vista de su capacidad de desarrollar actividades concretas, habituales o futuras. Y debe ser independiente de los aspectos de daño emergente y del lucro cesante que deberían valorarse de forma independiente según la exposición de motivos y la explicación del sistema.



€ al sumarle los 320.041 € del daño común básico), y sus familiares una cantidad de 132.095,27 € por perjuicios morales de familiares.

- En el daño temporal: Mientras el día de baja impeditivo, que puede ser la unidad de referencia indemnizatoria del daño temporal (100%); el día de baja durante la estancia hospitalaria, supondrá aproximadamente una corrección máxima al alza del 25,46% de la indemnización por día impeditivo no hospitalario; y, finalmente, el día de baja no impeditivo supondrá una corrección a la baja del 46% de la indemnización por día impeditivo no hospitalario.
- En el caso de un gran lesionado, podremos corregir el daño temporal común básico únicamente hasta en un 25,46% más sobre la cantidad de referencia del día impeditivo de la tabla V.a.

Como podemos ver, las proporcionalidades establecidas para valorar el daño individualizado del daño temporal que son similares a las del daño permanente, no son congruentes entre sí, de forma que la hospitalización versus pérdida de derecho de autonomía, o la diferencia entre limitación o impedimento versus incapacidades permanentes del factor de corrección, y desde luego el resto de los factores de corrección de la tabla IV, no aparecen valoradas de forma suficiente y análogo en el daño temporal con respecto al daño permanente.

---

CRITERIO OCTAVO: debemos encontrar un sistema de cuantificación económica proporcional del daño temporal que siga unos parámetros de valoración similar a los del daño permanente y a la muerte

**Noveno. Existen otros patrimonios susceptibles de valoración autónoma**



En el actual sistema, y dentro del daño permanente, se ha considerado como daño común el conjunto de la pérdida del patrimonio funcional y/o anatómico y/o participativo (capítulos 1 a 8 de la tabla VI con un valor máximo de 100 puntos que suponen una cantidad máxima de 320.041 € en la actualización de 2010) y la del patrimonio estético (capítulo especial del perjuicio estético de la tabla VI con un valor máximo de 50 puntos que suponen una cantidad máxima de 101.511 € en la actualización de 2010).





La razón de esta separación es la consideración, muy razonable, de que el perjuicio estético es un aspecto que permanece diferenciado y diferente de los ítems de secuelas de los capítulos 1 a 8, de forma que con pequeñas alteraciones anatómicas, funcionales o de participación gené-

rica pueden coexistir grandes perjuicios estéticos, y, alternativamente podemos encontrar pequeños perjuicios estéticos en grandes secuelas.

Pues bien con este mismo razonamiento podemos plantearnos que existen algunas facetas del individuo que son patrimonios también diferenciados que quizás fueran merecedores de constituirse en partes autónomas dentro de la tabla VI.

Revisemos dichas posibilidades utilizando el conocimiento médico pero también lo considerado por otras normas de cuantificación del daño:

- Pérdida de expectativa de vida<sup>8</sup>
- El dolor físico<sup>9</sup>
- El sufrimiento psíquico o daño psicológico o daño moral subjetivo<sup>10</sup>.

---

CRITERIO NOVENO: debemos encontrar un lugar más adecuado en el sistema de legal valoración de los daños para la eventual pérdida de expectativa de vida, y/o para la aparición de un dolor físico o un sufrimiento psíquico en casos de intensidad excepcional que suponen una quiebra intensa de la historia de la persona.

---

#### Décimo. La difícil estructura formal del sistema.

La organización de la norma no parece seguir una secuencia lógica en la numeración de las tablas. Parece existir en la distribución y numeración de las tablas una cierta inconsistencia:

- Revisemos la distribución y numeración actual de las tablas:

---

<sup>8</sup> Loss of expectation of life

<sup>9</sup> Pretium doloris

<sup>10</sup> Préjudice de souffrance



## Organización del RDL 8/2004

### ➤ Daño temporal:

Básico y cantidades: Tabla Va

Factores de corrección y cantidades: Tabla Va y Vb

### ➤ Daño permanente:

Básico descriptivo: Tabla VI

Cantidades básicas: Tabla III

Factores de corrección y cantidades: Tabla IV

### ➤ Muerte:

Básico y cantidades: Tabla I

## Factores de corrección y cantidades: Tabla II

A la vista de la organización actual de las tablas del RDL 8/2004 parece que la norma no sigue un patrón consistente si seguimos una secuencia lógica en la valoración del daño: ya que mientras las lesiones temporales tienen adscritas la tabla V (con los subgrupos A y B); las lesiones permanentes se valoran con las tablas VI, III y IV, por ese orden; y la muerte tiene adscritas las tablas I y II. Por ello, quizás fuera conveniente una reconsideración en la numeración de las mismas.

---

**CRITERIO DÉCIMO:** Con el único objetivo de dar consistencia formal a la estructura dispositiva del anexo a través de las tablas, quizás fuera adecuado numerar las tablas de una forma más adecuada a la propia arquitectura del sistema de valoración actual

---





# Defensa de daños por ruido

José Alfonso Guerrero López  
Abogado



## INDICE

### INTRODUCCION - CONCEPTO

#### ORDEN CIVIL

- Caracteres de la responsabilidad por inmisiones por ruido.
- Supuestos básicos de mecanismos de defensa.
- Mediciones sonométricas, la carga de la prueba y el nexo causal.
- Daño moral por ruido.

#### VIA ADMINISTRATIVA Y ORDEN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

- Breve análisis normativo.
- Vías de defensa administrativa y contenciosa administrativa.

#### ORDEN PENAL

- Aproximación al art. 325 del Código penal desde el ruido.
- El art. 325 CP como ley penal en blanco y la integración de las normas administrativas de ruido.
- Elementos del tipo objetivo y subjetivo.

#### ORDEN LABORAL

- Legislación.
- Real Decreto 286/2006.

#### JURISPRUDENCIA DESTACADA



## 1. Introducción - Concepto

Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española el ruido es un sonido inarticulado y confuso más o menos fuerte. En una segunda acepción curiosamente lo define como litigio, pendencia, pleito, alboroto o discordia mientras que en otra lo hace como novedad o extrañeza que inmuta el ánimo. Estas definiciones nos dan un punto de partida interesante e ilustrativo de lo que pretende ser este estudio, abordándose la cuestión desde la perspectiva de la responsabilidad civil y la protección jurídica ante las inmisiones acústicas.

La Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido define legalmente en España el concepto de contaminación acústica en su *artículo 3 d*): *“presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente”*. La Ley desarrollaba la llamada Directiva sobre Ruido Ambiental 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental.

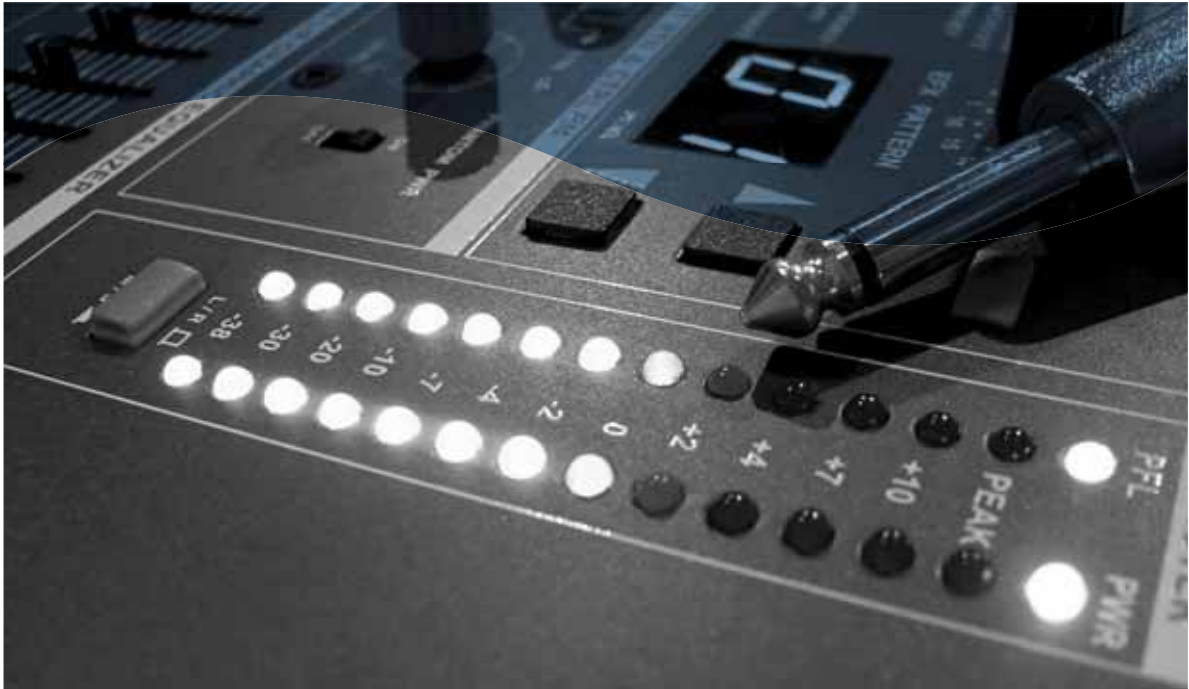
Nuestra Constitución dentro de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, en su artículo 15 afirma que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, mientras que el artículo 18 garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio, pudiendo justificarse y darse la máxima protección frente a la actividad ruidosa. Por su parte las administraciones públicas tienen una expresa obligación de protección frente a la contaminación acústica como consecuencia de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución en su artículo 43 donde se reconoce el derecho a la protección de la salud; en su artículo 45 se otorga el derecho a disfrutar de un medio

ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, ordenando a los poderes públicos velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Hasta la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, la contaminación acústica carecía de una norma general reguladora de ámbito estatal, y su tratamiento normativo se desdoblaba, a grandes rasgos, entre las previsiones de la normativa civil en cuanto a relaciones de vecindad y causación de perjuicios, la normativa sobre limitación del ruido en el ambiente de trabajo, las disposiciones técnicas para la homologación de productos y las ordenanzas municipales que conciernen al bienestar ciudadano o al planeamiento urbanístico. Como antecedente de esta Ley 37/2003 se encontraba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre.

Dado que el autor de este material reside en Málaga capital y con objeto de atender al caso concreto, disponemos, por un lado de la nueva Ordenanza para la prevención y control de ruido y vibraciones del Ayuntamiento de Málaga y por otro lado la ley 7/2007, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, (que derogaba la Ley 7/1994 de 18 de mayo, de Protección Ambiental) y el Decreto 326/2003, de 25/11 que aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica, de la Junta de Andalucía; normativas que estudiaremos con detenimiento más adelante.

Por último dentro de este apartado introductorio, para situarnos dentro de la problemática del asunto, nos gustaría comentar que alrededor de una quinta parte de los habitantes de Europa occidental están expuestos a niveles de ruido que los científicos y los profesionales de la salud consideran inacepta-



bles, según el Libro Verde de la Comisión Europea sobre una Política Futura de Lucha contra el Ruido, de 4 de noviembre de 1996 (COM (96) 540). Según el censo de población y viviendas del Instituto Nacional de Estadística de 2001, más de doce millones de españoles tenían entonces problemas de ruidos exteriores en su vivienda, es decir, en torno a un tercio de la población. Un dato, en Málaga capital se ve afectado con problemas de ruidos exteriores nada menos que el 47,8 % de las viviendas familiares. Se calcula que al menos nueve millones de españoles soportan a diario niveles medios de ruidos en torno a 65 decibelios, que es el límite máximo aceptado por la Organización Mundial de la Salud, un nivel en el que el ruido ya causa molestia, siendo España el segundo país del mundo, detrás de Japón, donde un mayor porcentaje de la población está expuesto cotidianamente a niveles muy elevados de ruidos. La principal fuente de ruido en España lo constituye el tráfico, tanto de día como de noche. Particularmente problemático y, en muchos casos, absolutamente incontrolado o, peor aún, incentivado, por parte de las Administraciones Públicas, resulta en España el ruido procedente de la segunda fuente en importancia, el ocio, en particular el nocturno, que acaba siendo

prácticamente identificado como fenómeno típicamente español, atracción de turistas, y actividad de importancia para la economía española.

A modo de ejemplo, las siguientes escalas ayudan a hacerse una idea de las distintas mediciones del ruido y de su equivalencia con supuestos o emplazamientos habituales en nuestras vidas:

- > 10 a 30 dB: **nivel muy bajo** (prácticamente silencio)
- > 30 a 55 dB: **nivel bajo** (zonas residenciales, conversación normal)
- > 55 a 75 dB: **nivel ruidoso** (oficina)
- > 75 a 100 dB: **nivel fuerte** (fábrica, atasco de tráfico)
- > 100 a 120 dB: **nivel intolerable** (discoteca, gritos)
- > 120 a 140 dB: **umbral del dolor** (avión, taladradores)



Lo que pretende este trabajo es conseguir una visión global de la problemática sobre la defensa jurídica de daños ante el ruido desde una perspectiva de cada uno de los órdenes jurisdiccionales encaminado hacia la responsabilidad civil, proponiendo una orientación en el vericuetto que se ha ido produciendo en la materia en los últimos años.

## ORDEN CIVIL

En el ámbito civil los mecanismos de defensa jurídica frente a las inmisiones por ruidos excesivos de la ordinaria convivencia se establecen en el ejercicio de las acciones por los sujetos perjudicados principalmente en las relaciones de vecindad, aunque no sólo en estas.

Si bien el Código Civil no contiene una norma general expresa que otorgue cobijo a las inmisiones acústicas perjudiciales, la jurisprudencia y la doctrina desarrollada entienden que puede ser conducida a través de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual y la acción negatoria impuesta por el artículo 1902 de dicho cuerpo legal y en las exigencias de solventar conflictos vecinales para una correcta convivencia según los dictados de uso con buena fe, fuera del abuso de derechos que exceden del ámbito del domicilio o persona emisor de ruido, que se obtienen por interpretación actualizada y analógica de los artículos 590 y 1.908, con los artículos 3.1, 4.1 y 7 del mencionado Código. Es el momento de anotar que existen otros instrumentos de protección frente al ruido mediante normas especiales como es el caso de la Ley de Propiedad Horizontal, la Ley de Arrendamientos Urbanos o la Ley de Ordenación de la Edificación que contienen previsiones frente a los perjuicios consecuencias del ruido.

### **Caracteres de la responsabilidad por inmisiones por ruido.**

Como punto de salida de los elementos o caracteres de la responsabilidad civil extracontractual

partiremos de la división de responsabilidad subjetiva y objetiva de D. Fernando Pantaleón en "Comentario del Código Civil" en relación al artº 1.902, diferenciando a su vez las responsabilidades civiles objetivas legalmente establecidas en determinados ámbitos de actividad como la navegación aérea, los accidentes nucleares o los accidentes de caza de las que, al margen de la ley, la jurisprudencia ha llegado a "objetivar" de manera muy amplia.

En la doctrina y la jurisprudencia se ha ido conformando una responsabilidad civil extracontractual que atenúa o prescinde del requisito de culpa. Así el propio Código Civil en sus artículos especifica claramente ejemplos de responsabilidad objetiva como son el artículo 1.905 (responsabilidad por hechos de animales) y el artículo 1.910 (responsabilidad del cabeza familia por lo que arrojen o cayese de su casa).

Dentro de esa postura de responsabilidad con tintes objetivados se encuentra el artículo 1.908, que por analogía nos afecta específicamente su contenido en sus puntos 2º y 4º, donde por parte de la jurisprudencia se fundamenta la responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva de las inmisiones por justificación de este artículo junto al artº 1.902, con incluso clara inversión de la carga de la prueba por ejemplo con cumplimiento de la normativa de policía industrial o en su defecto las prescripciones del artº 590 Cc..

### **Supuestos básicos de mecanismos de defensa.**

En nuestro ordenamiento jurídico civil se refleja un vacío legal en relación a la materia de inmisiones acústicas, no existiendo una regulación general ni tampoco específica de la misma. La cuestión se ha ido resolviendo a través de la labor jurisprudencial y doctrinal, por la cual se ha ido consiguiendo que se produzca una tutela judicial efectiva amparando a los perjudicados por las inmisiones.

A grandes rasgos podemos vislumbrar tres vías en la defensa jurídica civil frente al ruido, la primera partiría de una acción negatoria del artº 590 del Cc, aunque no se encuentre específicamente legislado, en relación con el artículo 348 Cc " *la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*", y la contribución de los artículos 3.1 (actualización), 4.1 (analogía) y 7.1 (prohibición de ejercicio de abuso de derecho) todos ellos del Código Civil, con objeto de una función preventiva contra las inmisiones con solicitud para pedir que se acaben las perturbaciones que amenazan el derecho de propiedad pero que todavía no han provocado un daño, o no se quieran reclamar. Debemos mencionar que esta posibilidad de cese de las perturbaciones se encuentra abierta también mediante interdictos como, por ejemplo, tratándose de ruidos procedentes de obras o construcciones, en los que el juez podría ordenar de forma inmediata la suspensión cautelar de la obra.

La segunda vía de defensa jurídica civil frente al ruido se basa en la responsabilidad civil extracontractual del artº 1.902, en relación con el artº 1908. 2 y 4, junto a los ya mencionados en el párrafo anterior 3.1, 4.1 y 7.1 del Código Civil. Estos fundamentan una acción resarcitoria que autoriza al demandante reclamar, además del cese de los ruidos o la adopción de las medidas correctoras, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pudiendo además llevar aparejada la paralización o el cese de la actividad que produce el daño, si se revela como el único medio posible de evitarlo, sobre todo cuando éste es de cierta entidad.

Me gustaría añadir en este punto, que mi criterio en la cuestión, atendiendo a la regla fundamental de que «la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina» (SSTS de 17-2-1968 y 12-12-1980), es que en la misma acción de defensa contra el ruido se pueden combinar las dos vías del artº 590 y 1.908 en base a

abarcar de forma completa la reclamación, con la interpretación de la responsabilidad extracontractual jurisprudencial y doctrinal aceptadas del artículo 1.902 en la materia de inmisiones acústicas, con objeto de acceder a una óptima defensa del perjudicado frente al emitente.

Por último, otros mecanismos de defensa frente al ruido se ofrecen a través de normas especiales donde se asume la materia con respecto a las molestias y daños que las inmisiones pueden producir. Así podemos señalar Ley de Propiedad Horizontal, la Ley de Arrendamientos Urbanos o la Ley de Ordenación de la Edificación.

La llamada acción de cesación del artº 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal parte de actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, que recoge la terminología del artº 27.2 de la LAU y modificando un tanto los términos del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre. En el mismo precepto se recogen las actividades prohibidas y la posible sanción. Es necesario el requerimiento del presidente (no veo inconvenientes que lo haga el administrador) de la cesación inmediata de la actividad, y si no se atiende éste, la convocatoria de junta de propietarios que acuerde por mayoría entablar la acción, con posibilidad de solicitud de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, además, en su caso, de la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, tanto del propietario como de los usuarios de otros derechos.

Con respecto a las previsiones de la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto a las inmisiones, se regula en su artº 27.2 e) donde la sanción prevista para los arrendamientos en el supuesto de



ejercicio de actividades perturbadoras del régimen de buena vecindad es la resolución del contrato de arrendamiento cuando el arrendatario realice actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, en el mismo sentido que la Ley de la Propiedad Horizontal.

Habría incluso que considerar la acorde viabilidad de una posible legitimación de la comunidad de propietarios en la demanda presentada con objeto del cese definitivo de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios con la consecuencia recogida en el artº 27.2 e) de la LAU de resolución de contrato de arrendamiento.

Concluyendo con respecto a la legislación especial, la Ley de Ordenación de la Edificación podría servir para resolver los conflictos a que puede dar lugar la inobservancia de medidas destinadas a garantizar el aislamiento acústico de las edificaciones. Así, en su artículo 3, referido a los requisitos básicos de la edificación, con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, se indica que los edificios deberán proyectarse, construirse,

mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan determinados requisitos básicos, entre ellos los relativos a la funcionalidad y utilización, de tal forma que la disposición y las dimensiones de los espacios y la dotación de las instalaciones faciliten la adecuada realización de las funciones previstas en el edificio. Resulta especialmente significativo su apartado c.2) relativo a la habitabilidad, con protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades. Así pues, si los ruidos se producen ante una carencia específica de la construcción de la vivienda, se puede llegar a solicitar el saneamiento por vicios o defectos ocultos de los artículos 1.461, 1.474, 1.484 y siguientes del Código Civil, por un plazo de quince años.

Otra perspectiva de defensa más contundente se establecería a partir de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación (artº 17 de La Ley de Ordenación de la Edificación), bajo sede de responsabilidad contractual de contrato de obra, encontrándose legitimado el propietario o los terceros adquirentes contra los

agentes de la edificación, especialmente constructor, arquitecto, arquitecto técnico o promotor (siendo éste último posible tomador de seguro no obligatorio, artº 19.2 a LOE ) con respecto a los vicios o defectos de habitabilidad, incluidos de protección contra el ruido, con el inconveniente del plazo de tres años desde la recepción de la obra y la exclusión de posibles perjuicios, independientes de los daños materiales sufridos.

El Código Técnico de la Edificación es el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones. El Documento Básico «DB HR Protección frente al Ruido» de Abril de 2009 ha especificado parámetros objetivos y sistemas de verificación para asegurar las exigencias básicas y la superación de los niveles mínimos de calidad propios de protección frente al ruido.

### **Mediciones sonométricas, la carga de la prueba y el nexos causal.**

Es habitual en cuestiones de prueba en la mayoría de las reclamaciones frente al ruido que se produzca la necesidad de constatarlo, además del daño y la relación de causalidad entre el daño y el ruido que lo produce. Consideramos necesario destacar la importancia que ha tomado que se adjunte a la reclamación el oportuno informe pericial de evaluación de las emisiones acústicas, por la relación concreta entre la molestia de los ruidos y el desfase en la medición, extralimitándose con respecto a la legislación administrativa existente. Las mediciones sonométricas no son vinculantes desde la perspectiva civil, pero puedo decir que quizás sean importantes por el elemento objetivo que incluye, puesto que a pesar que no se superen los límites establecidos, pueden producirse ruidos molestos civilmente resarcibles, como el caso de un Juez de Gijón que amparó al demandante molesto por el reloj de cuco de un vecino que tocaba a todas horas y a deshora, incluso cuando el emisor

estaba fuera de la vivienda en sus habituales viajes. Así pues, en nuestro ámbito habrá que atender a las circunstancias del emisor y del que recibe la inmisión para atender posibles molestias que realmente no tienen razón de ser toleradas.

Es ineludible determinar a cuál de las partes le incumbe la carga de la prueba. En otros temas, se ha tendido a la inversión de la carga de la prueba de la culpa, pero con respecto a las molestias de la presión sonora, la jurisprudencia, en general, ha venido pidiendo la demostración de su existencia a la parte reclamante, con apoyo en el artº 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es posible acceder a ellas mediante las mediciones de la Administración con las correspondientes denuncias en los departamentos oportunos, pero a veces en ayuntamientos pequeños el acceso está vetado o por otro lado puede darse que los informes municipales no sean satisfactorios a la reclamación, no calificando el ruido como infracción de límites reglamentariamente establecidos o cuando, incluso, el denunciante es víctima de la pasividad de la Administración, que no actúa de ninguna manera frente a la emisión de ruidos molestos. Debemos tener en cuenta el apartado 6 del artículo 217 de la LECiv/2000, a cuyo tenor *“Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio”*. Así, aun cuando sea la parte demandante la que deba acreditar el carácter molesto o perturbador del ruido, la imposibilidad de contar con mediciones acústicas, debido, por ejemplo, a la pasividad de la Administración, podría justificar su amparo frente a las inmisiones.

Como aspecto puntual habrá que observar una serie de presunciones de responsabilidad que se establecen con relación a los daños y a los distintos agentes intervinientes en el proceso de edificación del artº 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, pero que en nuestro caso de vicios o



defectos de habitabilidad de protección contra el ruido, donde seguramente se carecerá por parte del promotor de un seguro trienal no obligatorio que cubra estos daños y donde no será sencillo dilucidar la responsabilidad individualizada de los intervinientes, dificultarán las presunciones, siendo necesario normalmente encargar un peritaje en evitación de males mayores, con la importancia de unas posibles costas de diversos agentes demandados en un procedimiento de estas características, donde el montante económico suele ser considerable.

Otro requisito esencial es la existencia de nexo causal o relación de causalidad entre la acción u omisión generadora del daño y el daño, pudiendo darse diversas y variadas complicaciones fácticas, con especial incidencia en la causalidad omisiva sobre todo cuando la Administración es la demandada en razón, precisamente, de una omisión del deber de vigilancia, supervisión o control que legal o reglamentariamente le viene impuesto. Los principales problemas vienen de la existencia o no de un factor de atribución o de un criterio de imputación de la responsabilidad y, sobre todo, del daño mismo, pues su entidad es la que suele ser discutida con más frecuencia, teniendo en cuenta además que en puridad casi nunca es un daño material que pueda liquidarse por los métodos tradicionales. En la prueba de la relación de causalidad, es necesario que el ruido cuyo origen ha logrado acreditarse sea, además, la causa de las molestias padecidas o del daño sufrido; la acreditación de este relación puede conllevar a veces múltiples complicaciones, por ejemplo en situaciones de reclamación de daño moral.

### **Daño moral por ruido.**

El daño es la primera condición de la responsabilidad civil, siendo éste tradicionalmente considerado sólo en su vertiente daño patrimonial, en el sentido de una valoración económica que pudiera

reemplazar la pérdida, destrucción, menoscabo o utilidad de la cosa dañada. Si existía un reconocimiento de otro tipo de daños era únicamente a nivel testimonial. El daño en general es esencialmente la privación de un interés, por lo que consideramos que los intereses que conforman la esfera personal e íntima del individuo y su familia acorde con los artículos 10, 15 y 18 de la Constitución Española, con respecto a los daños por ruidos, deben ser objeto de protección en nuestro ordenamiento, incluido como daño moral y no sólo como bien jurídico protegido.

Los daños materiales o patrimoniales son los que recaen sobre el patrimonio de la víctima, bien directamente sobre los bienes que lo conforman, o bien de forma indirecta como consecuencia de un daño causado a la persona misma, mediante lesiones físicas o personales, ya que las inmisiones sonoras pueden causar, como detalla el Tribunal Supremo, graves perjuicios a la salud física y psíquica de los seres humanos: *"se ha escrito por especialistas que el sometimiento a un ruido excesivo produce traumatismo y pérdidas auditivas, vértigos, perturbaciones en el sistema nervioso central, afectaciones respiratorias, cardíacas y circulatorias, hipertensión, fatiga, dolores de cabeza. Y no menos graves son los efectos psicológicos con padecimientos de angustias, pérdidas de concentración, insomnio, irritabilidad con grave afectación del rendimiento del trabajo físico e intelectual"*

Pero intentemos no mezclar las cosas, podemos considerar que los padecimientos físicos son daños patrimoniales, que además pueden venir acompañados de daños morales o extrapatrimoniales diversos. Así cualquier enfermedad, lesión o dolencia puede ser diagnosticada y valorada jurídicamente, siendo un daño patrimonial. No es el momento de críticas a sistemas indemnizatorios en baremos. Junto al daño emergente las inmisiones sonoras causan en ocasiones un lucro cesante dentro del daño patrimonial con base en el

artº 1.106 del Código Civil, definiéndose como la ganancia frustrada como consecuencia directa del daño, que pese a su dificultad de prueba es una partida indemnizatoria patrimonial.

Una definición de daño moral realizada por Llamas Pombo nos lo sitúa como “el irrogado al ser humano en sus valores más íntimos y personales, en la profundidad de su Psique (de ahí el llamado *pretium doloris*): daño que afecta directa y contundentemente al espíritu”. Por lo que habría que resaltar que la contaminación acústica es susceptible de afectar en la esfera más personal e íntima del individuo, teniendo en cuenta los derechos de la personalidad y considerando su estrecha relación con los derechos y libertades fundamentales de nuestra Constitución, que preside el ordenamiento jurídico. Estos derechos se caracterizan especialmente por su vertiente reaccional, desplegándose cuando son agredidos en una doble vertiente, por un lado, que cese y se abstengan en el futuro, y por otro, que el daño sea reparado. Ello con lo consideración de la Sentencia del Pleno de Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 2.001 *“Teniendo esto presente, podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad ...”*. ... Por lo que nuestro artº 18 de la Constitución Española se encontraría violentado con las intrusiones sonoras que perturban en el domicilio el descanso, la tranquilidad y el sosiego de sus moradores para realizar una actividad diaria normalizada, afectando al derecho fundamental a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio.

El daño moral, o daño moral “puro” como defienden otras tendencias doctrinales, se identifica con la perturbación injusta de las condiciones aní-

micas del sujeto lesionado, siendo una consecuencia de la vulneración de los derechos de la personalidad, la lesión a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad ante una continuada exposición a determinadas intrusiones.

Como digresión, debemos comentar que la no petición de indemnización de daños morales en muchas demandas está motivada por el temor de los demandantes a una estimación parcial de la demanda, viendo con ello, frustrada la posibilidad de una condena en costas, que normalmente va a ser más cuantiosa que la posible reparación o compensación del daño moral.

La indemnización de los daños y perjuicios requiere como presupuesto fundamental la acreditación detallada de los daños, que deben ser probados determinadamente en su realidad y alcance (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1994, 20 de mayo de 1996); sin embargo en cuanto a la acreditación del daño moral, en supuestos de intrusiones ilegítimas, no requiere sino la verificación del acaecimiento y persistencia de tal intrusión, de modo que la certeza de ese daño moral no precisa prueba adicional, aplicándose en casos de ruidos no tolerables el brocardo *in re ipsa loquitur*, según el cual cuando la realidad del daño moral depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, no se exige demostración añadida a la de esta realidad. Aquí es donde debe ubicarse el concepto de daño moral, consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico: ansiedad, angustia, zozobra, temor, incertidumbre, desasosiego, malestar, irritación (SSTS de 27 de julio de 1994, 22 de mayo de 1995, 27 de enero de 1998, 12 de julio de 1999 y 31 de mayo de 2000) como los que habitualmente acompañan o subsiguen a la intrusión sonora grave.

La reparación de los derechos más personales agredidos o daño moral deberá consistir en un primer lugar en que el daño no continúe, pero además





siendo de difícil reparación, en estos derechos personalísimos se utilizarán criterios compensatorios del daño realmente sufrido con vistas a cumplir una función de satisfacción del dañado, que si no ve restablecida en plenitud su situación personal, si compensados en cierto modo sus padecimientos, donde el problema real es la cuantificación por la dificultad de determinar la cantidad de dinero capaz de proporcionar al dañado, dada la imposibilidad de basarlo en criterios objetivos, la compensación más idónea

### VÍA ADMINISTRATIVA Y ORDEN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el ámbito de nuestro derecho constitucional los artículos 15 y 18 de la Constitución Española, dentro de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, afirma el primero que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, mientras que el segundo garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio, pudiendo justificarse y darse la máxima protección frente a la actividad ruidosa. A su vez, las administraciones públicas tienen una expresa obligación de protección frente a la contaminación acústica como consecuencia de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución en su artículo 43 donde se reconoce el derecho a la protección de la salud y en su artículo 45 otorga el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, ordenando a los poderes públicos velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

A través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha ido asentando una doctrina que considera que el ruido, cuando se realiza en términos que sobrepasan los niveles normales, afecta al derecho a la integridad física y moral del art. 15.1

de la Constitución Española, como asevera la STC 16/2004 de 23 de febrero y la STC 119/2001, además de que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida. Estas relativamente recientes vías de protección frente a las intrusionas permiten al administrado una mejora en su defensa jurídica, sobre todo en el ámbito administrativo y contencioso administrativo.

#### Breve análisis normativo.

La Directiva Europea sobre Ruido Ambiental 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, una vez marcados el objetivo y el ámbito de aplicación fundamentaba unos indicadores de ruidos aseverando las responsabilidades de los Estados miembros mediante la gestión del ruido ambiental con mapas estratégicos, una serie de planes de acción contra la contaminación acústica y de información a la población.

La transposición y cumplimiento de la Directiva de Ruido Ambiental, se realizó a través de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido teniendo por objeto prevenir, vigilar y reducir la contaminación acústica, para evitar y reducir los daños que de ésta puedan derivarse para la salud humana, los bienes o el medio ambiente. Están sujetos a las prescripciones de esta ley todos los emisores acústicos, ya sean de titularidad pública o privada, así como las edificaciones en su calidad de receptores acústicos, quedando excluidos del ámbito de aplicación de esta ley los siguientes emisores acústicos: las actividades domésticas o los com-



portamientos de los vecinos, cuando la contaminación acústica producida por aquéllos se mantenga dentro de límites tolerables de conformidad con las ordenanzas municipales y los usos locales, las actividades militares, que se regirán por su legislación específica y la actividad laboral, respecto de la contaminación acústica producida por ésta en el correspondiente lugar de trabajo, que se regirá por lo dispuesto en la legislación laboral.

En cuanto a la competencia para la producción normativa, sin perjuicio de la competencia de las comunidades autónomas para desarrollar la legislación básica estatal en materia de medio ambiente, se menciona la competencia de los ayuntamientos para aprobar ordenanzas sobre ruido y para adaptar las existentes y el planeamiento urbanístico a las previsiones de la ley.

Se definen en el capítulo dos el concepto de calidad acústica, las áreas acústicas o las «zonas de servidumbre acústica», que se definen como los sectores del territorio situados en el entorno de las infraestructuras de transporte viario, ferroviario, aéreo o portuario. La ley cuenta tanto de los índices de inmisión como de los índices de emisión acústica, con la fijación de dichos índices homogéneos de mediciones y evaluaciones acústicas. El capítulo III de la ley aborda la prevención y corrección de la contaminación acústica, mientras que el capítulo IV trata sobre la inspección y la atribución de la potestad sancionadora que recaerá, como principio general, preferentemente sobre las autoridades locales, más próximas al fenómeno de contaminación acústica generado.

Con respecto a la comunidad autónoma de Andalucía (al ser el lugar de residencia del escribiente con objeto de partir de un ejemplo de comunidad autónoma) la Ley 7/2007, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, (que derogaba la Ley 7/1994 de 18 de mayo, de Protección Ambiental) se erige como referente normativo adecuado para el de-

sarrollo de la política ambiental de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Tiene como fin completar, clarificar y actualizar el marco normativo existente y regular nuevos instrumentos de protección ambiental, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma y obtener un alto nivel de protección del medio ambiente.

Con respecto a la contaminación acústica resaltaremos, dentro del Título IV, la sección cuarta que atiende a la contaminación acústica aplicable a actividades susceptibles de producir contaminación acústica sea cual sea la causa que la origine, excluyendo al igual que la Ley 37/2003 del ruido las actividades domésticas, las actividades militares y la actividad laboral. El artículo 69 establece las competencias.

Por otro lado el mismo artículo de la ley regula que corresponde a la Administración local:

a) La aprobación de ordenanzas municipales de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones en las que se podrán tipificar infracciones de acuerdo con lo establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, en relación con:

1.º El ruido procedente de usuarios de la vía pública en determinadas circunstancias.

2.º El ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales.

b) La vigilancia, control y disciplina de la contaminación acústica en relación con las actuaciones, públicas o privadas, no incluidas en el apartado 1.a) de este artículo.

En sus artículos 70 y siguientes se establecen áreas de sensibilidad acústicas con sectores



de uso residencial, industrial, recreativo, turístico, terciario, especial protección como hospitales o escuelas, o especial por espacio natural. Se implantan mapas de ruidos, zonas de servidumbre acústicas, planes de acción, además de estudios acústicos con el fin de permitir la evaluación de las futuras incidencias.

Por su parte el Decreto 326/2003, de 25/11 Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica, de la Junta de Andalucía establece la distribución de competencias entre la Consejería de Medio Ambiente y los Ayuntamientos en materia de vigilancia, control y disciplina de la contaminación acústica. Podemos considerar que se establece una actuación subsidiaria de la Consejería de Medio Ambiente en materia de contaminación acústica, con respecto a los Ayuntamientos en determinada materias.

Ya por último, como estudio de detalle al ser el lugar de residencia del escribiente con objeto de partir de un ejemplo de ciudad, tendremos en cuenta una ordenanza municipal, la Ordenanza para la prevención y control de ruido y vibraciones del Ayuntamiento de Málaga con publicación en el BOP de Málaga de 19-5-09, se encuentra en vigor desde el 26-3-09, adaptada a la nueva normativa europea, estatal y autonómica que se ha ido implantando y dejando la desfasada antigua Ordenanza frente a la Contaminación por Ruidos, Vibraciones y otras formas de Energía del Ayuntamiento de Málaga del año 1999 derogada.

La Ordenanza regula la protección del medio ambiente urbano frente a los ruidos y vibraciones que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas o bienes de cualquier naturaleza, con los objetivos, por un lado de preservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente acústico en la ciudad de Málaga, y por otro, en consonancia con los predicamentos del art °15 y 18 de la Constitución Española proteger la salud de las personas y el derecho a su intimidad.

Su ámbito de aplicación serán todas las actividades industriales, comerciales, deportivo-recreativas, de ocio y domésticas, instalaciones, medios de transporte y obras de construcción, así como cualquier otra actuación pública o privada que sean susceptibles de producir ruidos o vibraciones que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas o bienes de cualquier naturaleza y que estén sometidas a procedimientos de Calificación Ambiental, y las no incluidas en el anexo I, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Andaluza, 7/2007, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental

En su Título II y III se establecen objetivos y normas de calidad acústica con zonificación acústica, mapas de ruido, planes de acción y mediciones. En su Título IV se instituyen normas de prevención con exigencias de aislamiento acústico en edificaciones dedicando una atención especial a las actividades comerciales, industriales o negocios en general. En este sentido, los establecimientos del tipo supermercados, gimnasios, talleres de vehículos, bares, restaurantes, comercios, las panaderías, heladerías, imprentas, peñas deportivas u otros comercios similares que estén junto a viviendas deberán tener un aislamiento mínimo de 60 decibelios. A su vez, establecimientos como los cines, talleres de chapa, carpintería metálica, academias de baile o música, salones de celebraciones y los que tengan equipos ruidosos que pueden generar más de 90 decibelios, deberán tener igualmente aislamiento acústico mínimo de 65 decibelios. También las discotecas, salas de conciertos, salas de fiesta y similares deberán tener un aislamiento acústico mayor que las anteriores. Se regula específicamente sobre vehículos de motor aquellos que sean «notoria u ostensiblemente ruidosos», caso de los llamados «coches-discoteca». También se abordan las alarmas, las actividades de ocio, recreativas y espectáculos. Con respecto a las obras y actuaciones en la vía pública no se podrán utilizar maquinarias cuyo nivel de ruido a cinco metros sea superior a los 90 decibelios.



La normativa atañe directamente a las personas a nivel individual en relación al ruido en el interior de los edificios y la vecindad, de tal manera que queda prohibido cantar, gritar o vociferar en las calles; tampoco se permitirán trabajos de bricolaje o reparaciones domésticas entre las diez de la noche y las ocho de la mañana; no se permiten actividades perturbadoras del descanso que genere molestias a los vecinos; los poseedores de animales están obligados a adoptar medidas para que las mascotas no alteren la tranquilidad de los vecinos, y habrá que vigilar el ruido derivado del funcionamiento de electrodomésticos, de aparatos musicales o de los aires acondicionados en el interior de las viviendas.

Finalizando, la Ordenanza para la prevención y control de ruido y vibraciones del Ayuntamiento de Málaga determina su sistema normativo de control y disciplina, vigilancia, inspección, medidas cautelares, infracciones y sanciones.

### **Vías de defensa administrativa y contenciosa administrativa.**

La vía administrativa se puede comenzar mediante denuncia, normalmente ante el Ayuntamiento de turno, siendo posible en determinados asuntos acudir ante la Consejería de Medio Ambiente de la comunidad autónoma correspondiente, iniciándose un expediente administrativo con la intervención de la inspección municipal e intervenciones de las partes con sus alegaciones, en la que se producirá la oportuna resolución, y en su caso, actuaciones correctoras.

Con respecto a estos supuestos puede acontecer la inactividad de la Administración o bien que la actuación de ésta no fue lo contundente que cabía esperar frente a la manifiesta ilegalidad de la actividad en relación con la licencia obtenida o con la falta de respeto a la normativa que regula el modo de desarrollar las actividades. El nivel de

ruido deberá exceder de los mínimos previstos en las Ordenanzas Municipales, siendo la jurisdicción contenciosa-administrativa la que suele intervenir frente a resoluciones de la administración, ya sea por inactividad de la administración, cuando no se adoptan las medidas de control adecuadas que se solicitan por los afectados, en cuanto la Administración debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, o también, puede intervenir para anular, por contrarias a derecho, aquellas autorizaciones concedidas por los Ayuntamientos. Es decir que tanto el examen de la licencia que se va a conceder como la que ha sido concedida por el Ayuntamiento a una actividad que se supone va a generar o genera inmisiones sonoras abre la vía revisora de la jurisdicción contenciosa-administrativa. No se trata de ejercer una represión policial, sino dentro de los límites de la función administrativa denunciar una y otra vez las infracciones con objeto de incomodar y disuadir sin descanso a los infractores de las normativa de ruido con objeto que los ciudadanos afectados tengan libertad de descanso, además de protección a la salud y a la intimidad personal y familiar.

Normalmente, como hemos comentado, cuando se desestiman las peticiones presentadas por los particulares solicitando el cese de actividades molestas o cuando, a pesar de estimar dichas peticiones, las autoridades no hacen valer sus resoluciones y su pasividad auspicia la persistencia de los ruidos frente a los que se reclama el amparo de la Administración, se abre la posibilidad de interponer una demanda contencioso-administrativa contra las Administraciones Públicas competentes. En ambos casos, la acción ejercitada puede concurrir por la vía ordinaria que contemplan los artículos 43 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o también puede plantearse por el procedimiento especial para la protección de los Derechos Fundamentales de la persona que hoy re-

gula el Capítulo I del Título V del mismo texto legal, en sus artículos 114 y siguientes. Se reclamarán no sólo la adopción de medidas correctoras que eliminen los ruidos o, en su caso, el cese de la actividad perturbadora, sino también la indemnización de los daños y perjuicios resultantes del funcionamiento anormal de las Administraciones Públicas. Obviamente, en estos casos, la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa, ante la que deberá acreditarse no sólo el daño padecido y la relación de causalidad, sino también la pasividad de la Administración Pública competente en la materia, lo que quizás no resultará excesivamente complicado a la vista del expediente administrativo que, en su caso, se haya iniciado a instancias de las denuncias de los afectados.

Los Tribunales del orden contencioso-administrativo, vienen condenando a los Ayuntamientos por la pasividad en el control del ruido y su inactividad en las competencias atribuidas en la materia, especialmente de inspección y policía, dejando vacío de contenido una serie de derechos fundamentales amparados constitucionalmente. Venía siendo una práctica, podemos decir que habitual, la desidia de la Administración Local en la defensa del ciudadano permitiendo y tolerando actividades altamente nocivas como son las célebres zonas de botellón, y, en general, de locales de ocio nocturnos donde la música, superando los niveles permitidos a altas horas de la madrugada, así como el ruido de vehículos de motor y gente que se concentra en las puertas, producen unos efectos auditivos sonoros para los vecinos que habitan en los inmuebles próximos y en los alrededores realmente insoportables.

Debemos destacar, por ser referente, ejemplarizante y clarificadora, la Sentencia de 16-6-2003 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Málaga, siendo ponente D<sup>o</sup> Joaquín García Bernaldo de Quirós, en la que los vecinos de los edificios Ipanema sufrieron durante trece años los excesos de ruidos procedentes de los locales de ocio del

centro comercial El Copo de Torre del Mar y la inactividad municipal para acabar con la contaminación acústica, que le va a costar caro al Ayuntamiento de Vélez Málaga, con un montante indemnizatorio de 156.000 € a cada vecino (12.000 € por cada año de incordio) y por un importe global que podrá alcanzar los cuatro millones de euros. Dentro de esta sentencia subrayamos su fundamento jurídico quinto, quedando plasmada una intensa y completa actividad probatoria, que provoca la condena de la administración inoperante.

Considero, como opinión estrictamente personal, que en el enfrentamiento entre la protección al medio ambiente (incluyo protección frente al ruido) y la actividad económica, debe ponderarse por parte de la Administración Pública como veladora de los intereses generales la protección medioambiental, actuando como bien límite y legítimo que debe prevalecer, siendo referencia para la sociedad actual y para futuras generaciones.

Para el estudio de una completa defensa de daños por ruido, nos vemos en la obligación, aunque sólo sea de indicar, la posibilidad de acudir a un Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de derechos fundamentales del artº 15 y 18 de la Constitución Española, una vez que se haya agotado la vía judicial ordinaria, ello en base al artº 53.2 de la Constitución Española.

Por otro lado, debemos mencionar el Escrito de Queja ante el Defensor del Pueblo, que se suele encontrar, además de a nivel estatal, en casi todas las comunidades autónomas y algún ayuntamiento, como por ejemplo el de Málaga, donde El Defensor puede formular a las autoridades y funcionarios advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias. Estas resoluciones no son de obligado cumplimiento, pero las autoridades y los funcionarios vendrán obligados a responderle por escrito en término no superior a un mes.

## ORDEN PENAL

La contaminación acústica como medio de comisión del delito ecológico, se basa en el mandato constitucional de proteger la salud (art. 43 de la CE) y el medio ambiente (artº 45 de la CE), abarcando la protección contra la contaminación acústica dentro de la protección al medio ambiente. El mencionado art. 45 de la CE, en su apartado 3 regula que deberán establecerse «sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado» para quienes atentasen contra el medio ambiente. Según la gravedad del riesgo podrá incluirse la conducta dentro del ámbito penal o administrativo, siendo legítimo acudir al recurso al derecho penal en los ataques más intolerables.

### **Aproximación al art. 325 del Código penal desde el ruido.**

El aspecto fundamental desde la perspectiva penal es el grave riesgo para la salud, donde el examen del artículo 325 del Código Penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales» y «si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior». El ruido aparece expresamente recogido en el artículo 325 del Código Penal de 1995 como una de las fuentes o medios que pueden perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y consiguientemente la salud de las personas.

### **El art. 325 CP como ley penal en blanco y la integración de las normas administrativas de ruido.**

La problemática de esta norma se puede considerar en el entorno de una ley penal en blanco, los

términos “leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente” del artº 325 del Código Penal es de gran amplitud, con la dificultad que ello conlleva en cuanto a la reserva de Ley Orgánica para las leyes penales (art. 81.1 CE) y posible quebranto del principio de legalidad si la conducta típica no se define con la precisión y el detalle que exige dicho principio, pues es requisito del precepto un incumplimiento administrativo, que puede incluso provenir de ordenanzas municipales. La cuestión la resolvió la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1994 de 28 de febrero de 1994 donde se pronuncia por la constitucionalidad del artículo 347 bis del derogado Código Penal, que tipificaba el delito ecológico, afirmando que «no siempre las llamadas normas penales en blanco son contrarias al principio de legalidad, y afirma que son constitucionalmente admisibles siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido y que la Ley, además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada”. Cuestiones que pueden cumplirse en este precepto, pues el ruido aparece, pues, como uno de los elementos descriptivos del tipo objetivo de los delitos contra el medio ambiente. Junto a él está el elemento normativo integrado por la contravención de Leyes y otras disposiciones de carácter general. Ciertamente se hace depender la relevancia típica de que la acción constituya una infracción de la normativa administrativa reguladora del ámbito de que se trate hasta el punto de que si la conducta no está prohibida por dicha normativa o se produce dentro de los límites autorizados, no será típica, llegando su alcance a disposiciones estatales, autonómicas, locales e incluso los Reglamentos de la Comunidad Europea.

### **Elementos del tipo objetivo y subjetivo.**

Como ya hemos ido señalando en cuestiones anteriores en el art. 325 del Código Penal, el ruido





aparece como uno de los elementos descriptivos del tipo objetivo, además del elemento normativo integrado por la vulneración de leyes u otras disposiciones de carácter general, pero el aspecto fundamental desde la perspectiva penal es el grave riesgo para la salud, revelando que es la gravedad del riesgo producido, lo que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal.

La STS 1725/2002 de 23 de octubre determinaba que la contaminación acústica surge “cuando se traspasa los límites máximos tolerables para el ciudadano medio, y esos valores aparecen recogidos en las normas y reglamentaciones jurídicas, sin olvidar que la mera contravención administrativa no es suficiente para generar la conducta delictiva ya que se requiere un riesgo grave de afección del bien jurídico protegido”. Por consiguiente consideramos que se exige en la descripción del tipo penal que se estudia la producción de “riesgo de grave perjuicio para la salud”, encontrándonos ante el posible establecimiento de un delito de peligro abstracto.

Se considera un delito de peligro abstracto aquel que se consuma con la realización de la actividad descrita en el tipo penal, que potencialmente pueda generar peligro, y como delito de peligro concreto, aquél que no solo requiere la realización de una actividad potencialmente peligrosa, sino la consumación del peligro, entendido éste como riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal, así resulta obvio que el tipo no requiere la producción del perjuicio, sino que basta con la capacidad de producirlo.

Se ha tenido en cuenta por la Sala Penal del Tribunal Supremo una posición intermedia de delito de peligro abstracto-concreto como es exponente la Sentencia 388/2003, de 1 de abril, en la que se declara que la doctrina jurisprudencial más reciente (STS 1828/2002, de 25 de octubre, STS

52/2003, de 24 de febrero, ambas sobre contaminación acústica), al destacar la naturaleza como delito de peligro del tipo definido en el art 325 del Código Penal de 1995, ya no califica el peligro como concreto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto. En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

Respecto al requisito de la gravedad se pronuncia la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo 96/2002, de 30 de enero de 2002 en la que se declara que la exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Cuando se trata de contaminaciones acústicas, tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos.

El elemento subjetivo del tipo penal, como señala la Sentencia de esta Sala 822/1999, de 19

de mayo, se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por su conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro. El art. 331 del Código Penal prevé expresamente la posibilidad de que estos delitos se puedan cometer por imprudencia grave.

Existen varios supuestos agravados de contaminación acústica en el artículo 326 del Código Penal, el artº 329 regula la modalidad prevaricadora, siendo necesario mencionar la posibilidad del artº 327 de acordar la clausura o intervención de una empresa, remitiéndose al artº 129 del mismo texto legal.

Por último, tendremos que apuntar la vertiente a tener en cuenta del ruido como medio de comisión de lesiones, coacciones u otros delitos contra las personas, y por descontado, situándonos dentro de nuestra labor de responsabilidad civil debemos mencionar la opción de reclamar indemnización de daños y perjuicios atendiendo a las normas de enjuiciamiento criminal en sus artículos 100 a117 y las normas penales en sus artículos 109 a122, con la apertura de pieza de responsabilidad civil, o en su caso, como otra opción respetable y a considerar de reserva de las acciones civiles.

## ORDEN LABORAL

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establece como responsable ante el ruido en el ámbito laboral al empresario, que tiene la obligación legal de proteger la salud y la seguridad de sus trabajadores contra todos los riesgos derivados del desempeño de su profesión.

De este modo, deberá, entre otras cosas, adoptar un programa de actuación destinado

a eliminar las fuentes del ruido, controlarlo en su origen y reducir la exposición de los trabajadores a él; así como informarles e instruirles acerca de las amenazas y peligros derivados del ruido. No puede aquél eludir, de ningún modo, la vigilancia de la salud del personal a su servicio estableciendo los preceptivos controles sanitarios a tal efecto y adoptando medidas particulares, llegado el caso, para grupos de riesgo y embarazadas.

La actual regulación que transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2003/10/CE es el Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido (BOE del 11), que incorpora novedades en la metodología de prevención del ruido en los centros de trabajo respecto a la recogida por el Real Decreto 1316/1989, de 27 de octubre. Algunos de los principios más importantes que nos encontramos en la nueva norma son: reducción de la dosis máxima admisible a 87 dB, la cual no debe sobrepasarse aunque se utilice protección auditiva, eliminación del riesgo en su origen o reducción al mínimo posible y establecimiento de un régimen transitorio específico para los sectores de la música y el ocio y de la navegación marítima.

## Legislación

### Normativa nacional.

- Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido (BOE del 11).

- Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a la evaluación y gestión del ruido ambiental (BOE del 17).



- Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (BOE del 18).

- Real Decreto 1316/1989, de 27 de octubre, sobre la protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de su exposición al ruido durante el trabajo (BOE de 2 de noviembre).

### **Normativa comunitaria internacional**

- Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido).

- Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental.

- Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación.

- Convenio 148 de la OIT sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo.

### **REAL DECRETO 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido**

Las disposiciones de este real decreto se aplicarán a las actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a riesgos derivados del ruido como consecuencia de su trabajo. Las disposiciones encaminadas a evitar o a reducir la exposición estarán basadas en los principios de la acción preventiva establecidos en el artículo 15 de la Ley 31/95.

A los efectos de este RD los valores límite de exposición y valores de exposición que dan lugar a una acción, referidos a los niveles de exposición diaria y a los niveles pico, se fijan en:

A) Valores límite de exposición:  $L_{Aeq,d} = 87$  dB(A) y  $L_{pico} = 140$  dB (C), respectivamente;

B) Valores superiores de exposición que dan lugar a una acción:  $L_{Aeq,d} = 85$  dB(A)  $L_{pico} = 137$  dB (C), respectivamente;

C) Valores inferiores de exposición que dan lugar a una acción:  $L_{Aeq,d} = 80$  dB(A) y  $L_{pico} = 135$  dB (C), respectivamente

Para las actividades en las que la exposición diaria al ruido varíe considerablemente de una jornada laboral a otra podrá utilizarse el nivel de exposición semanal al ruido en lugar del nivel de exposición diaria al ruido para evaluar los niveles de ruido a los que los trabajadores están expuestos.

El Real Decreto 286/2006 establece los métodos e instrumentos que se utilicen para la evaluación de los riesgos, los medios para prevenir riesgos de protección individual, la limitación a la exposición, la información y formación de los trabajadores, la vigilancia de la salud de los trabajadores, además de unos anexos con definiciones, medición del ruido, e instrumentos de medición y condiciones de aplicación.

El ruido en el trabajo puede tener como consecuencia efectos nocivos en la salud laboral. La exposición prolongada a niveles elevados de ruido continuo causa, frecuentemente, lesiones auditivas progresivas, que pueden llegar a la sordera. También los ruidos de impacto o ruidos de corta duración pero de muy alta intensidad (golpes, detonaciones, explosiones...) pueden causar, en un momento, lesiones auditivas graves, como la rotura del tímpano. Pero la pérdida de audición no es el



único efecto del ruido sobre el organismo. Puede afectar también al sistema circulatorio (taquicardia, aumento de la presión sanguínea), disminuir la actividad de los órganos digestivos y acelerar el metabolismo y el ritmo respiratorio, provocar trastornos del sueño, irritabilidad, fatiga psíquica, etc... Todos estos trastornos disminuyen la capacidad de alerta del individuo y pueden ser, en consecuencia, causa de accidentes. A lo que se añade el hecho de que el ruido dificulta la comunicación e impide percibir las señales y avisos de peligro, lo que se convierte en potencial causa de accidentes laborales.

Existen estimaciones alarmantes sobre el ruido en los lugares de trabajo como por ejemplo que más de 20 millones de trabajadores europeos tienen que alzar la voz para poder ser oídos o que la pérdida de audición o hipoacusia ocupa el cuarto puesto entre enfermedades profesionales, padeciéndola un 7% de los trabajadores europeos

Con respecto a la prevención y protección las medidas de control del ruido son muchas y variadas, y éstas pueden consistir en una actuación sobre el foco emisor del ruido, consistente en diseñar o adquirir los equipos, máquinas o instalaciones menos ruidosos que sea posible, o en adoptar medidas técnicas, sobre los equipos ya existentes, tendentes a reducir el ruido que emiten, o bien impedir o dificultar la propagación del ruido. El oído es un órgano muy sensible que debemos proteger. Cuando las medidas técnicas de reducción del ruido resultan insuficientes, es necesario que los trabajadores expuestos utilicen protección auditiva, como tapones o auriculares adecuadamente seleccionados para cada caso.

En el ámbito laboral con vistas a una posible responsabilidad civil, teniendo en cuenta las circunstancias sociales, legislativo-normativa, junto con el incumplimiento de las normas que obligan a su prevención y/o protección colectiva e individual frente al ruido puede constituir una infracción del

contenido de los derechos básicos del contrato de trabajo, y convertirse en título de imputación de responsabilidad, obligando a reparar el daño causado, con la indemnización de procedencia, y representan un daño evaluable e indemnizable igualmente por el art. 1902 del Código Civil.

## JURISPRUDENCIA DESTACADA

**Sentencia de 16-6-2003 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Málaga**, siendo ponente D<sup>o</sup> Joaquín García Bernaldo de Quirós, destacándola, por ejemplarizante, clarificadora y por ser referencia en Andalucía. Vecinos de los edificios Ipanema que sufrieron durante trece años los excesos de ruidos procedentes de los locales de ocio del centro comercial El Copo de Torre del Mar y la inactividad municipal para acabar con la contaminación acústica, que le va a costar caro al Ayuntamiento de Vélez Málaga, con un montante indemnizatorio de 156.000 € a cada vecino (12.000 € por cada año de incordio) y por un importe global que podrá alcanzar los cuatro millones de euros.

**Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004:** Ruido y derecho a la inviolabilidad del domicilio privado. Grave violación del derecho al respeto del domicilio como consecuencia de la pasividad de la Administración respecto al alboroto nocturno. España ha faltado a su obligación de garantizar el respeto al domicilio y a la vida privada. Violación del artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

**Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2004, de 23 de febrero:** Derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar. Posible vulneración derivada de la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido que pueden poner en grave peligro la salud de las personas.



**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 24 de diciembre de 2003:** Jurisdicción Civil. Competencia en materia de relaciones de vecindad entre un organismo administrativo y un particular. Ruidos y vibraciones causados por un montacargas que utiliza el Servicio de Correos.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 24 de febrero de 2003:** Condena al responsable de una discoteca por incurrir en un delito de contaminación acústica tipificado en el artículo 325 del Código Penal. Niveles de ruido que produjeron alteraciones en el sueño, cambio de carácter, cefaleas e insomnio en los niños y adultos de las viviendas cercanas.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 noviembre de 2002:** Actividades molestas. Condena a Ayuntamiento por pasividad reiterada en lo referente a la protección de sus vecinos respecto a los altos niveles de ruido existentes. Lesión de derechos fundamentales.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 20 de enero de 2004:** Lesiones permanentes no invalidantes. Hipoacusia bilateral que no afecta a nivel conversacional. Derecho a percibir dos indemnizaciones (una por cada oído). Deber de indemnizar todas y cada una de las lesiones que el trabajador padece.



## RESPONSABILIDAD CIVIL

**Valoración del quebranto conforme a las cuantías actualizadas a fecha del alta. Supuesto de la cuestión, por fundarse el recurso en hechos distintos de los declarados probados respecto de los conceptos indemnizables y su cuantificación.**

---

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 5 de mayo de 2010.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Resumen de antecedentes. 1. La víctima de un accidente de circulación formuló demanda contra el conductor del vehículo que lo causó y su aseguradora instando, con carácter solidario, la indemnización correspondiente a los daños personales que aquella había sufrido, más los intereses del artículo 20 LCS. 2. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, y fijó la indemnización a satisfacer de manera solidaria por los codemandados en la suma de 29.795,36 euros – según cuantías actualizadas a fecha del siniestro–, más intereses de demora desde la fecha del acci-

Tribunal  
Supremo





dente, con respecto a la compañía aseguradora, indemnización que no comprende, ni la incapacidad permanente total que se desvincula del accidente, ni el resarcimiento de los daños morales complementarios, lucro cesante y determinados gastos por falta de prueba de su existencia y vinculación causal con el siniestro. 3. La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada estimó parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la actora y los codemandados, revocando la sentencia impugnada en el único sentido de elevar la indemnización hasta la cantidad de 47.849,03 euros. En síntesis: a) aplica las cuantías actualizadas a fecha del siniestro para cuantificar el quebranto, b) acoge la petición de indemnización correspondiente al factor de corrección por incapacidad permanente, al considerar suficientemente acreditado que fue consecuencia de las secuelas provocadas por el accidente, y confirma la decisión del Juzgado de no indemnizar ni el lucro cesante –al entender que la pretensión se apoya en meras hipótesis y no en reales pérdidas– ni las obras de adaptación del baño, gastos de calzado y gastos de desplazamiento –por cuanto la prueba obrante descarta su relación con el accidente–. 4. Recurre en casación la parte actora-apelante articulando su recurso a través de cuatro motivos, todos ellos al amparo del ordinal 2º del art. 477.2 de la LEC, por razón de la cuantía.

**SEGUNDO.-** Enunciación del motivo primero de casación. El primer motivo del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Infracción del apartado 10 del punto primero del Anexo incorporado por la DA 8ª de la LOSSP (Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados) a la LRCSVM (Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor) y jurisprudencia del TS sobre la doctrina valorista». El motivo se funda, en síntesis, en que, siendo la indemnización de los perjuicios derivados de un accidente de circulación una deuda de valor, a fin de corregir la depreciación monetaria su cuantificación debe llevarse a cabo

prescindiendo de las cuantías vigentes a fecha del siniestro, debiéndose estar para tal menester a las cantidades actualizadas por el baremo [sistema legal de valoración del daño corporal] vigente a fecha en que se dicte la sentencia o correspondiente al periodo de su ejecución. El motivo se estima parcialmente.

**TERCERO.-** Consideración de la indemnización por daños corporales como deuda de valor con arreglo al valor del punto en el momento del alta definitiva. A) Las SSTs de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (SSTS 429/2007 y 430/2007) han sentado como doctrina jurisprudencial «que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado». Las sentencias, cuya doctrina debemos aplicar en el supuesto examinado, consideran que la pérdida de valor que origina la valoración de los puntos en el momento del accidente no podría compensarse con los intereses moratorios del artículo 20 LCS, dado que éstos no siempre son aplicables; las lesiones pueden curarse o manifestarse transcurrido largo tiempo; y la determinación de los intereses moratorios exige determinar la cantidad en función de la cual se van a devengar. También niegan que exista incompatibilidad entre irretroactividad y deuda de valor, entendiéndolo que la tesis que ha defendido su existencia parte de una interpretación fragmentaria del artículo 1.2 LRCSVM 1995 y del Anexo, primero, LRCSVM 1995. Al contrario, debe distinguirse la regla general según la cual el régimen legal aplicable a un accidente es el vigente en el momento en que el siniestro se produce (artículo 1.2 LRCSVM 1995) y Anexo, primero, 3, LRCSVM 1995, que no fija la cuantía de la indemnización, puesto que no liga al momento del accidente el valor del punto. El daño se determina en el momento

en que se produce, y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión y a los criterios valorativos, que serán los del momento del accidente. Cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado. Los preceptos citados no cambian la naturaleza de deuda de valor que la Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales. Sin embargo, la cuantificación de los puntos «[...] debe efectuarse en el momento en que las secuelas del accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 8 de julio de 1987, 16 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 noviembre 2000, 14 de julio de 2001, 22 de julio de 2001, 23 de diciembre de 2004, 3 de octubre de 2006, entre muchas otras). Y ello con independencia de que la reclamación sea o no judicial». La doctrina sentada por estas sentencias ha sido aplicada posteriormente por las SSTS 9 de julio de 2008, RC nº 1927/02, 10 de julio de 2008, RC nº 1634/02 y 2541/03, 23 de julio de 2008, RC nº 1793/04, 18 de septiembre de 2008, RC nº 838/04, 30 de octubre de 2008, RC nº 296/04, todas ellas citadas en la más reciente de 18 de junio de 2009, RC 2775/2004 B). La aplicación de esta doctrina al caso concreto conduce a estimar en parte el presente motivo de casación, pues si bien no permite acoger íntegramente la tesis del recurrente –partidario de cuantificar el daño con arreglo al régimen vigente a fecha de la sentencia o de su ejecución–, el criterio jurisprudencial expuesto también descarta la solución adoptada por la Audiencia Provincial de estar a la fecha del accidente tanto para determinar el sistema legal de valoración aplicable como para cuantificar los daños que resulten de la aplicación del mismo, debiéndose realizar la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente con arreglo a la actualización

de las cuantías económicas vigente a la fecha en que se consolidaron las lesiones y secuelas, o lo que es lo mismo, a fecha del alta, lo que tuvo lugar con fecha 17 de diciembre de 2002 (documento 8 de la demanda), cuando fue emitido el informe de sanidad forense, aun cuando uno de los conceptos sujetos a indemnización, la incapacidad permanente, fuera reconocida después, habida cuenta que la Audiencia Provincial considera acreditado que la misma trajo causa de las secuelas originadas por el siniestro y que se plasman en dicho informe, lo que supone que dicha incapacidad ya existía y podía valorarse desde ese momento. En consecuencia, descartando la solución de la Audiencia Provincial, se ha de proceder a fijar el importe de la indemnización calculando las cantidades por los diferentes conceptos sujetos a indemnización concretados en la sentencia de segunda instancia de acuerdo con los importes establecidos en la Resolución de la Dirección General de Seguros de fecha 21 de enero de 2002 (B.O.E. del 26 de enero), mediante la que se publica la actualización vigente para todo el año en que se produjo el alta definitiva, quedando para ejecución de sentencia la determinación de la cantidad resultante por la aplicación de esta actualización.

**CUARTO.-** Enunciación de los motivos de casación segundo, tercero y cuarto. El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula: «Infracción por aplicación errónea de la tabla IV (factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes) del anexo introducido por la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por la DA 8ª de la ley de ordenación y supervisión de los seguros privados y jurisprudencia referenciada recurso de apelación, en cuanto a las bases tomadas en consideración para el cálculo de la cantidad correspondiente a dicho factor de corrección». Este motivo se funda, en resumen, en la insuficiencia de la cantidad concedida como factor de corrección por lesiones permanentes, que según la recurrente

te la sentencia fija en 20.000 euros, es decir, en el 27% del máximo legalmente previsto, cuando a su juicio, las bases en que se asienta (edad de la perjudicada al tiempo de declararse su incapacidad –30 años–, nula formación laboral y medio agrario o rural en el que vive) determinan la conveniencia de que se aplique un porcentaje de incremento del 100% (elevando la cuantía a 73.325,25 euros), reiterándose la necesidad de aplicar las cuantías actualizadas a fecha de la sentencia, que además, no será ya la de instancia, sino la que ponga fin al presente recurso. El motivo tercero se introduce con la fórmula siguiente: «Infracción del principio de total indemnidad por no resarcir el lucro cesante solicitado, así como la vulneración del artículo. 9.3 y 24.1 de la CE». Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la reclamación por el lucro cesante verdaderamente producido, aun cuando ello suponga la no aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos recogido en las Tablas IV y V (para incapacidad y lesiones permanentes, respectivamente) se considera justificada, al amparo de la jurisprudencia constitucional que se cita (SSTC 181/2000, 31/2001, 37/2001 y 244/2001) al haberse producido el siniestro por culpa relevante del conductor imputado, dato que considera acreditado por la sentencia de fecha 24 de enero de 2003 que puso fin al juicio de faltas seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Loja, reclamándose el resarcimiento del lucro tanto en la vertiente de ganancia dejada de obtener por la víctima (que se cifra en el 45% de la base reguladora a partir de haberse declarado su incapacidad permanente) como en la de pérdida de capacidad productiva (en la medida que se ha visto privada de seguir dedicándose a la actividad laboral que había venido hasta entonces desarrollando), señalándose como bases objetivas para la cuantificación del mismo la edad de la actora al tiempo de la incapacidad (30 años), el porcentaje de pérdida de la base reguladora en dicho momento (45% sobre 458,30 euros, 206,23 euros) y los años que le restan para alcanzar la edad de jubilación (35 años), fijándose



se su importe en 86 616,60 euros (35 años x 12 meses/año x 206,23 euros). Además, discrepando del criterio expresado por el juez de Primera Instancia que justificó su rechazo en que no podía reclamarse dos veces por el mismo concepto, la parte recurrente insiste en la compatibilidad entre el resarcimiento del lucro y el resarcimiento de la incapacidad permanente total con el argumento de que el factor de corrección de la incapacidad sólo está previsto para cubrir la pérdida o el perjuicio moral inherente a los efectos impeditivos de la misma, no así el material. El cuarto y último motivo de casación se introduce con la siguiente fórmula: «Infracción del principio de total indemnidad por infracción del art. 1902 CC». El motivo se funda, en síntesis, en cuanto a las obras de adaptación de la puerta del baño, valoradas en 423,40 euros, se



aduce que la actora precisó de una silla de ruedas para desplazarse durante seis meses, desde su salida del hospital (24 de julio de 2001) hasta la fecha en que fue devuelta (22 de enero de 2002), lo que determinó la necesidad de las obras de ampliación de la puerta del baño para permitir su acceso. Respecto de la cantidad reclamada por la compra de calzado adaptado (453,03 euros) se insiste en que la actora sufrió una patología en su pie izquierdo que hacía necesaria su adquisición, tratándose de un perjuicio más ligado al accidente, consecuencia de las secuelas producidas por éste, y no de un gasto arbitrario. Con relación a los gastos de desplazamiento a las revisiones médicas tanto del EVI como del médico forense adscrito al Juzgado de Instrucción nº 1 de Loja, se afirma que los mismos, cuya cuantía asciende a la suma de 471,21

euros, constan debidamente acreditados en autos a través de documentos (justificantes, facturas) no impugnados de contrario, tratándose, como los anteriores, de gastos originados de manera directa por el accidente y no de gastos arbitrarios o injustificados. Los tres motivos deben ser desestimados.

**QUINTO.-** Imposibilidad de revisar los hechos fijados por la sentencia recurrida. A) El régimen de recursos extraordinarios establecido en los artículos 468 y 469 y DF 16ª LEC establece la separación entre las cuestiones procesales y las sustantivas. Estas, consistentes en la infracción de las normas civiles y mercantiles, son las únicas que se pueden plantear en el recurso de casación, en el que no cabe suscitar problemas procesales. De esto se sigue que no es posible plantear mediante el recurso de casación temas relativos al juicio de hecho, como son los errores en la valoración de la prueba, y que resultan inaceptables todas las apreciaciones de la parte recurrente que directa o indirectamente cuestionen o se aparten de las declaraciones de hecho efectuadas en la resolución recurrida.

B) La aplicación de esta doctrina determina la desestimación de los tres últimos motivos, cuyo análisis se lleva a cabo de consuno, al observarse que en la formulación de cada uno de ellos la parte recurrente prescinde de los hechos probados en que se asienta la decisión que se impugna. (i) Con relación al segundo motivo, en el que se discrepa del porcentaje concedido como factor de corrección por lesiones permanentes con arreglo a las bases tomadas en cuenta para su fijación, corresponde al tribunal de instancia la valoración de la proporción en que debe estimarse suficientemente compensada la incapacidad sufrida dentro de los límites que señala la ley. Esta apreciación no puede ser revisada en casación, salvo en caso que arbitrariedad o notoria falta de proporción. En el caso examinado no se observa que concurren estas circunstancias, pues, frente a las alegacio-



nes de la parte en sentido contrario, la sentencia concluye que la incapacidad permanente total no priva a la perjudicada de una capacidad laboral residual importante para labores sedentarias o que no exijan marcha o la bipedestación prolongada, y que tendrá posibilidad de adaptación a esos otros trabajos por su juventud. (ii) Con relación al tercer motivo, la tesis de la parte recurrente se apoya en la realidad de la pérdida de ganancias futuras a consecuencia del menoscabo físico ocasionado por el accidente, lo que no se compadece con los hechos que considera probados la sentencia recurrida, que afirma que tales ingresos futuros no van más allá simple expectativa o mera hipótesis, y constata, también en el ámbito de la fijación de hechos que corresponde al tribunal de instancia y que no puede ser revisada en casación, que la perjudicada conserva una importante capacidad laboral. En suma, no puede considerarse que haya existido prueba sobre la existencia de lucro cesante futuro, en una proporción suficiente para estimar la existencia de un grave desequilibrio que pueda justificar la aplicación del factor de corrección por elementos correctores de aumento ante la concurrencia de circunstancias excepcionales, según la doctrina sentada en la STS, Pleno, de 25 de marzo de 2010, RC nº 1741/2004. (iii) Con relación al cuarto motivo, ocurre también que la decisión de la Audiencia Provincial de rechazar la indemnización reclamada en concepto de gastos de calzado adaptado, reforma de la puerta del baño y gastos de desplazamiento a revisiones médicas, descansa en el resultado de la prueba libremente valorada, la cual no permite tener por acreditado que el accidente fuera el origen o causa directa de tales desembolsos. Esta conclusión, contraria al nexo de causalidad, pertenece, como las mencionadas en los motivos anteriores, al juicio de los hechos, y debe respetarse en casación.

**SEXTO.-** Desestimación del recurso y costas De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, al estimarse par-

cialmente el recurso no se hace expresa condena en cuanto a las costas del mismo, ni tampoco en cuanto a las causadas en apelación. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1. Ha lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Angelica, contra la sentencia de 11 de noviembre de 2005, dictada en grado de apelación por la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Granada, en el rollo número 496/05, dimanante del juicio ordinario número 346/03, del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Loja, cuyo fallo dice literalmente: «Fallamos». Estimando en parte ambos recursos se revoca parcialmente la sentencia apelada y en su lugar se condena a los demandados a abonar a la actora la cantidad de cuarenta y siete mil ochocientos cuarenta y nueve euros con tres céntimos (47.849,03 euros), confirmándose dicha sentencia en todo lo demás, sin que proceda condena en las costas de esta alzada».

2. Casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida en el particular relativo a la valoración económica de los daños personales sufridos por la actora y a la fijación del importe de la indemnización correspondiente; condenando solidariamente a los demandados, D. Heraclio y ALLIANZ, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., a abonar a la parte actora-recurrente, D.<sup>a</sup> Angelica, una indemnización cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia, calculando las cantidades por los diferentes conceptos sujetos a indemnización concretados en la sentencia impugnada de acuerdo con las cuantías que correspondan a la fecha del alta (17 de diciembre de 2002), actualizadas en virtud de Resolución de la Dirección General de Seguros de fecha 21 de enero de 2002 (B.O.E. del 26 de enero). 3. No ha lugar a imponer las costas del recurso de casación, ni las del recurso de apelación.





## Comentario:



José María Hernández-Carrillo Fuentes  
Abogado

**H**acer justicia a quien la imparte, –amén de ser atrevido– suena más a equidad que a redundancia, pero en este caso es obligado, por merecido, mas aun si nos referimos al Magistrado que firma la Ponencia de esta Sentencia:

Se trata de un supuesto de ámbito circulatorio vial, procedente –qué curioso– de Granada, en el que precedido de un juicio de faltas se promueve juicio ordinario, cuya sentencia en apelación es dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada (11/11/2005), considerando –razonamientos no insólitos en el foro local incluso en sentencias mas recientes como la número 263/2010, de 28 de Abril de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada- que la cuantificación del daño corporal ha de referirse a la actualización vigente en la fecha en que ocurra el accidente; que debe imponerse el factor de corrección del 10% referido tanto a la incapacidad temporal como a

las secuelas; y –además– “en relación con todo ello este Tribunal debe expresar, que si bien es cierta la no necesaria vinculación entre la declaración de incapacidad por el INSS (Instituto Nacional de la Seguridad Social) y lo que pueda resolverse ahora, sin embargo, ello no deja de ser un elemento importante de prueba que debe ser valorado y tenido en cuenta al provenir de órganos técnicos muy cualificados al respecto que, además, garantizan independencia frente a los intereses de la parte, por lo que pueden equipararse en trascendencia a la que pudiera tener un informe pericial. Por otro lado, el que el informe de sanidad forense no haga alusión a ello, como normalmente acontece si no se le solicita dicho pronunciamiento, no comporta que no exista ni pueda concluirse que las secuelas recogidas originan dicha incapacidad”; y rechaza el lucro cesante.

Por ello el recurrente “reclama el resarcimiento del lucro cesante producido y la apli-





cación del factor de corrección por perjuicios económicos recogidos en las Tablas IV (para lesiones permanentes) Y, V, B (para lesiones temporales), resarcimiento que se reclama en doble vertiente: como ganancia dejada de obtener (a partir de la declaración de la incapacidad permanente la actora pierde un 45% de la base reguladora de su actividad productiva) y como pérdida de capacidad productiva (por cuanto no va a poder seguir desarrollando la actividad laboral que venía desarrollando).

Para cuantificar el lucro cesante se toma como base el informe de la vida laboral y los parámetros de la Seguridad Social para determinar la pensión por incapacidad permanente total".

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal, de cinco de mayo de 2010, une en su "ciencia" –y excelencia– de la aplicación de las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de 17 de Abril de 2007; la perpetuación de la denegación del lucro cesante, pues en este punto no casa la sentencia de instancia, –desestima el motivo– por considerar que no ha "existido prueba sobre la existencia de lucro cesante futuro, en una proporción suficiente para estimar la existencia de un grave desequilibrio que pueda justificar la aplicación del factor de corrección por elementos correctores de aumento ante la concu-

rrencia de circunstancias excepcionales, según la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 25 de marzo de 2010".

Más, lo cierto, es que en el trasfondo se halla que no es posible legalmente la revisión de los hechos fijados por la Sentencia recurrida (el juicio de hecho, los errores en la valoración de la prueba...) en base a los artículos 468 y 469 de y Disposición Final de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo las cuestiones sustantivas –infracción de normas civiles y mercantiles– las únicas planteables en el recurso de casación, no procesales.

Finalmente, hay un aspecto destacable, y es la concreción, respecto de la doctrina plenaria de ambas sentencias de 17/04/2007, de que la incapacidad permanente, que no se hallaba recogida en el informe de sanidad, y si con posterioridad por el INSS, y que la sentencia de apelación recoge, se cuantifica con arreglo a la actualización de las cuantías económicas vigentes en la fecha en que se consolidaron las lesiones y secuelas (alta) habida cuenta que la Audiencia Provincial considera acreditado que la misma trajo causa de las secuelas originadas por el siniestro y que se plasman en dicho informe, lo que supone que dicha incapacidad ya existía y podía valorarse desde ese momento.



Tribunal  
Supremo



# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

**Baremo de accidentes de circulación. El fallecimiento en el accidente de ambos padres conlleva que, en aplicación del Anexo de la LRCSCVM, la indemnización debe fijarse incluyendo al grupo familiar en el grupo II de la Tabla I, aun cuando uno de ellos sea el causante del mismo. Asimismo, le es aplicable el factor de corrección de fallecimiento de ambos padres en el accidente contemplado en la Tabla II, aun cuando uno de ellos sea el causante del mismo.**

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 17 de mayo de 2010.*

*Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Resumen de antecedentes. 1. El vehículo conducido por la madre del niño demandante sufrió un accidente, sin intervención de ningún otro vehículo, y el tutor de aquel reclamó daños y perjuicios a la aseguradora. 2. En la aplicación del sistema de valoración contenido en el anexo de la LRCSCVM (llamado usualmente «baremo») se planteó la cuestión de si debía aplicarse



el grupo II de la Tabla I, esto es, «víctima sin cónyuge y con hijos menores», o sí, como alegaba la demandada, esto supondría no tener en cuenta la condición de responsable de la conductora también fallecida, por lo que debía aplicarse el grupo I de la Tabla, esto es, «víctima con cónyuge». 3. La sentencia de primera instancia entendió aplicable el grupo II, por entender que el grupo I solo será aplicable cuando el cónyuge de la víctima también reciba indemnización, so pena de penalizar a los restantes miembros del grupo familiar, con independencia de que la madre del niño pudiera ser la responsable del accidente. 4. La sentencia de primera instancia entendió que procedía también la aplicación del factor de corrección de la Tabla II por «fallecimiento de ambos padres en el accidente», dado que el sistema de valoración no hace distinción sobre la culpa de uno de ellos. 5. La sentencia de apelación revocó esta sentencia y aplicó la indemnización correspondiente al grupo I de la Tabla I y no aplicó el factor de corrección por fallecimiento de ambos padres en accidente de la Tabla II por considerar que carecen de cobertura los daños causados por el fallecimiento de la conductora culpable del siniestro y que no puede fijarse una indemnización básica aplicando el grupo II de la Tabla I de Anexo (víctima sin cónyuge y con un hijo menor) en lugar de la del grupo I (víctima con cónyuge y un hijo). Asimismo, entendió que no procede incluir el factor de corrección de fallecimiento de ambos padres en el accidente al ser uno de ellos conductor del vehículo causante del siniestro. 6. Contra esta sentencia interpone recurso de casación la representación del demandante, el cual ha sido admitido por razón de la cuantía al amparo del artículo 477.2.2.º LEC.

**SEGUNDO.-** Enunciación del motivo de casación. El motivo primero y único se introduce con la siguiente fórmula: «A tenor de lo preceptuado en los artículos 466 nº 1 y 477 nº 2, párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que se deduce que la sentencia dictada en apelación es recurrible

a través del recurso que se interpone, y en cumplimiento del apartado 3 del mencionado artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte considera que la infracción legal cometida se contrae a indebida aplicación de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, por la incorrecta aplicación del baremo o anexo a la misma como "sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación" (vigente por así establecerlo la Disp. Transitoria Única del Real Decreto Legislativo nº 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor), los artículos 3 y 4 del Código Civil, concordantes, y jurisprudencia aplicable al caso».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que debía aplicarse el grupo II de la tabla I (víctima sin cónyuge y con un hijo menor), de acuerdo con los argumentos de la sentencia de primera instancia, la cual tiene en cuenta motivaciones de carácter interpretativo, social y de analogía, mientras que la sentencia recurrida, que no los toma en consideración, atribuye culpa a la conductora sin prueba alguna originando indefensión. Añade que es indiferente que el fallecimiento de la madre tuviera lugar con posterioridad al momento del accidente y que debe desestimarse el recurso de apelación.

El motivo debe ser estimado.

**TERCERO.-** Admisibilidad del motivo. La parte recurrida solicita que no se admita el recurso de casación por entender que los motivos están argumentados citando genéricamente preceptos legales y jurisprudencia y realizando alegaciones como si de un recurso de apelación se tratase. En aras de la efectividad del derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24 CE, esta Sala considera que del contenido del recurso de casación, cualquiera que haya sido su acierto en la

redacción, se deduce claramente cuáles son las infracciones legales que se imputan a la sentencia recurrida y el concepto en el que se cita la jurisprudencia en la que pretende fundamentarse la existencia de las referidas infracciones. El recurso, en consecuencia, es admisible.

**CUARTO.-** La indemnización básica correspondiente al hijo menor de padres fallecidos en accidente.

A) Se plantea en primer término la cuestión relativa a si, en aplicación del Sistema de valoración de daños corporales sufridos en accidente de circulación establecido en el Anexo de la LRCSCVM (usualmente llamado «baremo»), el fallecimiento en el accidente de ambos padres, cuando uno de ellos es causante del mismo, conlleva que la indemnización deba fijarse incluyendo al grupo familiar en el grupo II de la Tabla I (víctima sin cónyuge) o en el grupo I (víctima con cónyuge).

La sentencia recurrida considera que es aplicable el grupo I (víctima con cónyuge) apoyándose en el principio de que los daños indirectos sufridos por los familiares del conductor causante del accidente no pueden dar lugar a responsabilidad civil de acuerdo con la jurisprudencia y, hoy, con el artículo 5 LRCSCVM en relación con el seguro de suscripción obligatoria.

B) Esta argumentación no puede ser aceptada por esta Sala, por las siguientes razones:

(i) La falta de cobertura por el seguro de suscripción obligatoria por accidentes de circulación de los daños morales sufridos por el fallecimiento del conductor tomador del seguro y único implicado en el accidente no tiene únicamente su fundamento en razones derivadas del régimen del contrato de seguro, sino en el régimen de imputabilidad de la responsabilidad por daños, que comporta que, por coincidir el agente y la víctima, no

puede ser imputado al conductor único causante del accidente el daño causado a los perjudicados indirectos por su fallecimiento.

El Sistema de valoración determina la cuantía de las indemnizaciones básicas por fallecimiento teniendo en cuenta como circunstancia objetiva la existencia o no de cónyuge de la víctima, pero no tiene en cuenta consideraciones jurídicas sobre la existencia o el grado de responsabilidad de dicho cónyuge en la producción del accidente o de imputabilidad a él de los daños causados.

(ii) En los primeros grupos de la Tabla I no se fija la indemnización que corresponde al perjuicio indirecto causado a los hijos por el progenitor causante del accidente, sino la indemnización que les corresponde por el perjuicio indirecto causado por el fallecimiento del otro progenitor. Para determinar su importancia se tienen en cuenta las circunstancias objetivas que rodean a este fallecimiento y el grado de daño moral presumible derivado de las mismas. Así, se atiende de manera fundamental a la situación de desamparo y de menor atención económica desde el punto de vista del patrimonio familiar que supone para el hijo la ausencia del otro cónyuge, cualquiera que sea la causa, incluso la separación, que la determine, en la medida en que va a recibir una menor atención y su situación patrimonial no va a verse compensada indirectamente mediante el reconocimiento de una indemnización al cónyuge sobreviviente del que presumiblemente recibirá custodia y amparo.

Así se deduce del hecho de que, como pone de manifiesto la SAP Madrid de 13 de diciembre de 2001, citada por la sentencia de primera instancia, en la nota que acompaña a la Tabla I se equipara a la ausencia del cónyuge la situación de separación legal haciendo constar expresamente que no es circunstancia que impida la consideración de esta ausencia el hecho de que el cónyuge



separado legalmente tenga derecho a una indemnización reducida.

(iii) Esta interpretación es acorde con el principio de total indemnidad, recogida en el anexo, primero, 7 del Anexo de la LRCSCVM, en virtud del cual el legislador puede tomar en consideración causas no imputables al causante del accidente para valorar la intensidad del daño moral causado, como ocurre cuando se configura «en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes» como factor corrector de aumento de la indemnización que corresponde por lesiones permanentes.

(iv) Las circunstancias de imputación que acompañan a la generación de responsabilidad civil objetiva como consecuencia del accidente deben tenerse en cuenta, en la forma que establece la LRCSCVM, para la determinación de si existe o no responsabilidad. Sin embargo, una vez reconocida la responsabilidad, salvo disposición expresa o implícita del legislador (como ocurre en el caso de concurrencia de conductas), no pueden tomarse en consideración las circunstancias de imputación para graduar la cuantía de la indemnización, pues el artículo 1.2 LRCSCVM ordena incluir en ella, de acuerdo con las pautas de valoración establecidas en el Anexo, sin salvedad alguna, «[l]os daños [...] previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador».

C) La aplicación de esta doctrina el caso examinado conduce a la estimación en este punto del motivo de casación formulado.

Se fija la doctrina siguiente: El fallecimiento en el accidente de ambos padres conlleva que, en aplicación del Anexo de la LRCSCVM, la indemnización debe fijarse incluyendo al grupo familiar en el grupo II de la Tabla I (víctima sin cónyuge), aun cuando uno de ellos sea el causante del accidente.

**QUINTO.-** Fallecimiento de ambos padres en accidente.

A) Por las mismas razones examinadas al resolver sobre el anterior motivo de casación debe desestimarse también la pretensión de que no se aplique en el caso examinado el factor de corrección consistente en el fallecimiento de ambos padres en accidente:

(i) Este factor de corrección, contemplado en la Tabla II, tiene igualmente en consideración la situación de mayor desamparo que, desde el punto de vista objetivo, supone para el hijo que ambos padres hayan fallecido como consecuencia del accidente y solo permite excluir el supuesto en que la ausencia de uno de ellos responda a circunstancias ajenas al mismo.

(ii) Ciertamente, sectores relevantes de la doctrina han propuesto aplicar este factor corrector únicamente cuando ambos fallecimientos generan indemnización en favor de los hijos o aplicarlo en su mitad en el caso de que uno de los padres sea causante del accidente, argumentando que en este caso el progenitor causante del accidente no puede entenderse desde la perspectiva de la reparación de los daños causados como fallecido a consecuencia de él. Estas consideraciones no pueden ser aceptadas, pues sería incompatible con una apreciación objetiva del grado de desamparo originado por el accidente, independientemente de la naturaleza del vínculo de imputación que genera la responsabilidad civil, el cual no puede utilizarse para determinar la valoración del daño cuando no lo prevé la ley, de acuerdo con el principio a que se ajusta el artículo 1.2 LRCSCVM.

(iii) De estos principios se sigue, finalmente, que en la aplicación de la Tabla II debe estimarse que uno de los cónyuges fallece como consecuencia del accidente no solo cuando el fallecimiento tiene lugar de manera instantánea, sino también

cuando el fallecimiento a causa del accidente se produce horas o días después sin haber transcurrido tiempo suficiente según las circunstancias para entender que se ha generado a favor del otro cónyuge un daño moral derivado del fallecimiento que da lugar a un derecho a ser indemnizado transmisible a los herederos y, con ello, para entender desaparecido el incremento del daño moral causado por el fallecimiento simultáneo de los progenitores.

B) Se fija la doctrina siguiente: El fallecimiento en el accidente de ambos padres conlleva que, en aplicación del Anexo de la LRCSCVM, es aplicable el factor de corrección de fallecimiento de ambos padres en el accidente contemplado en la Tabla II, aun cuando uno de ellos sea el causante del accidente.

#### **SEXTO.-** Estimación del recurso .

La estimación del recurso conduce a casar la sentencia recurrida y a desestimar el recurso de apelación, imponiendo las costas a la parte recurrente, de acuerdo con las normas generales. Las indemnizaciones fijadas, por coincidir con las establecidas en la sentencia de primera instancia, devengarán, si ha lugar a ello, intereses procesales desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Norberto en calidad de tutor del menor de edad D. Víctor contra la sentencia de 25 de noviembre de 2005 citada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada en el rollo de apelación nº 1003/2004, cuyo fallo dice:

«Fallamos» La Sala ha decidido revocar la sentencia dictada en 9-2-04 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Motril, y en su consecuencia, se fija la indemnización básica con cargo al seguro obligatorio, que corresponda al menor Víctor por la muerte de su padre. Siendo la madre, también fallecida, conductora del vehículo causante del siniestro, en la cantidad de 35.252,52 euros con más el factor de corrección del 17% de esa cantidad, por los perjuicios económicos, quedando el resto de la citada resolución en sus propios términos, y sin hacer condena en las costas de esta alzada».

2. Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2004 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Motril, en el juicio ordinario 503/2003, y declaramos que las indemnizaciones fijadas en el fallo, en el caso de haber lugar a ello, devengarán intereses procesales desde la fecha de dicha sentencia.

4. Se imponen a la parte apelante las costas de la apelación. No ha lugar a imponer las costas de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesús Corbal Fernández. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Antonio Salas Cancellier. Rubricado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.





## Comentario:

Mariano Medina Crespo  
Abogado y Doctor en Derecho

Esta sentencia aborda la cuestión del resarcimiento del hijo cuyos padres fallecen en accidente causado por uno de ellos. Me ocupé de este supuesto en La valoración civil del daño corporal, t. 4, El fallecimiento (en particular, pp. 153-248 y 922-924). En este caso, el reclamante era el hijo único menor del matrimonio y su demanda (promovida por uno de sus abuelos en su condición de tutor) se contrajo a los perjuicios padecidos como consecuencia de la muerte del padre que acompañaba en el vehículo a la madre que lo conducía, tratándose de un accidente de vehículo único. Por tanto, no se formuló (con acierto) pretensión resarcitoria por los perjuicios causados por la muerte de la madre, por haber sido la causante de siniestro y no corresponder al hijo indemnización alguna en concepto de responsabilidad civil. La separación de estas dos situaciones perjudiciales es fundamental, dando la sensación de que la aseguradora, en sus alegaciones defensivas, no distinguió correctamente los dos planos. La cuestión a dilucidar se redujo a la cuantificación del crédito resarcitorio del hijo por la muerte del padre causada por la madre. Aceptada la tesis interpretativa del actor, el JPI estimó aplicable la primera regla del grupo II de la tabla I (víctima sin cónyuge y con algún hijo menor); y, fijada la suma básica, la incrementó, en lo que aquí interesa, con el factor de corrección que, contemplado en la tabla II, regula el doble fallecimiento de los padres; supuesto inserto en el segundo nivel de la individualización perjudicial y resarcitoria. A tal efecto, aplicó un porcentaje de incremento del 90%, próximo al máximo del 100%. Disconforme la aseguradora, su apelación prosperó, pues la AP consideró aplicable el grupo I (víctima con cónyuge) y que, al ser la madre del reclamante

la causante del siniestro, no era aplicable el indicado factor. Recurrida la sentencia en casación por el menor perjudicado, el TS casa la sentencia recurrida, revoca la de segunda instancia y confirma la de la primera, puntualizando que, desde la fecha de ésta, la indemnización reconocida devenga los intereses moratorios procesales. El TS brinda una respuesta resarcitoria acertada, al asumir que el grupo I sólo es aplicable cuando sobrevive a la víctima su cónyuge no separado, por lo que, en el caso de autos, al no supervivir su cónyuge a la víctima considerada (el padre) y ser el perjudicado el hijo menor de ambos, ha de aplicarse la primera regla del grupo II. A su vez, el resarcimiento del plus de desamparo con que queda el hijo al haber fallecido sus padres en el accidente se traduce en reputar aplicable el factor del doble fallecimiento de los progenitores, sin que ello suponga resarcir el fallecimiento de la madre causante responsable del accidente. Se opta por negar relevancia a la circunstancia de que el factor se desencadena en virtud de la actuación de uno de los dos fallecidos. En mi concepto, la solución más equilibrada se encuentra en compensar el plus resarcible que deriva de la muerte del padre y el plus irresarcible que deriva de la muerte de la madre causante del siniestro. Ello supone reducir a la mitad el porcentaje pertinente. Postulo, pues, que, frente al pleno resarcimiento de ese plus perjudicial, se adopte uno atemperado. Ni procede rechazar el factor corrector, como hiciera la AP, ni tampoco aplicarlo sin tener en cuenta la actuación de la conductora que produjo el accidente. Pero, en definitiva, el TS formaliza como doctrina, en primer lugar, que el fallecimiento de ambos padres conlleva que la indemnización debe fijarse incluyendo el núcleo familiar en el grupo II de la tabla I, aunque uno de



ellos sea el causante del accidente; y, en segundo lugar, que el fallecimiento de ambos padres conlleva la aplicación del factor de corrección, aunque uno de ellos sea el causante del siniestro.

Prescindiendo de la cuestión relativa a la inequívoca inexistencia de crédito resarcitorio del hijo por el fallecimiento de su madre que se causó su muerte (*sui occidio*), debe partirse de que se reconoce al hijo, por la muerte del padre (causada por la madre), un crédito de responsabilidad civil socorrida por el seguro. Por ello hay que plantearse cuál es la responsabilidad civil que, amparada por él, da lugar al reconocimiento de ese crédito. Es obvio que se trata de un crédito que se atribuye al hijo por la muerte de su padre frente a la causante del siniestro, es decir, la madre. Pero, fallecida ésta, su obligación resarcitoria se transmite por imperativo legal a los herederos y, en este caso, el heredero forzoso es precisamente el hijo menor único. Se está por ello, en principio, ante la confusión del derecho y del deber resarcitorio, pues el perjudicado por la muerte del padre es el responsable civil del daño a resarcir (al heredar la deuda resarcitoria de la madre). Ello implica que no puede reconocérsele indemnización alguna, al no existir una responsabilidad civil amparable por un seguro de tal índole. Estamos ante un supuesto en que confluyen en la misma persona las calidades de perjudicado y responsable. Dado que la acción directa frente al asegurador de responsabilidad civil no es abstracta, sino causal, pero que se ejercita de modo elíptico (es decir, saltándose al asegurado responsable), hay problema cuando el perjudicado por la muerte de una persona es, al tiempo, heredero del interfecto que haya causado el accidente. Siendo imprescindible que la acción directa del perjudicado frente al asegurador tenga como soporte la existencia de acción contra el responsable de los daños, aunque no se ejercite contra él, no existe acción directa cuando es radicalmente imposible el ejercicio de la acción contra el responsable. Tal es el caso que

nos ocupa en el que fallecen la conductora y su cónyuge que le acompañaba, quedando un hijo menor fruto del matrimonio. El perjudicado por ambos fallecimientos es el hijo de los interfectos. Como hijo de la conductora fallecida, carece de acción resarcitoria alguna por razón de su muerte, pues sufre el perjuicio ligado a la muerte que la propia madre se ha causado. Por ello carece de acción frente al asegurador de la responsabilidad civil ligada al uso del vehículo, pues no hay responsabilidad sobre la que proyectar su amparo. El problema se plantea respecto de los perjuicios que sufre el hijo como consecuencia de la muerte de su padre. De no haber muerto la conductora, esposa del fallecido, el hijo tendría acción contra ella, para ser resarcido por la muerte de su padre y, por tanto, podría ejercitar perfectamente la acción directa contra el asegurador. Pero la solución se complica cuando la conductora responsable ha fallecido. Afirmada sin duda la calidad perjudicial del hijo del ocupante fallecido, ha de identificarse la acción que proporciona soporte a la acción directa que haya de ejercitarse contra el asegurador del vehículo. Si falta la primera, no cabe la segunda. Muerta la causante responsable del siniestro, la deuda resarcitoria contraída por ella está incluida en la herencia que causa, siendo sucedida en ella por su hijo (arts. 659 y 661 C.c.). Esto supone que éste es perjudicado por la muerte de su padre y, al tiempo, quien tiene que asumir la responsabilidad civil en que incurrió su madre. Se está por eso ante un perjudicado que carece de acción civil para ser resarcido, pues es titular activo y pasivo del crédito resarcitorio, naciendo la titularidad activa de la muerte de su padre y la pasiva de la de su madre. En este caso, es ontológicamente imposible que el perjudicado ejercite acción reparadora contra sí. Pues bien, la inexistencia de esa acción se traduce en afirmar la inexistencia de acción directa contra el asegurador, sin que pueda el hijo, por tanto, obtener indemnización alguna, porque él sería el obligado a satisfacer-





la, pese a estarse ante un supuesto de inclusión legal de cobertura.

La línea argumental expuesta es aparentemente irrefragable y, en consecuencia, lo es su conclusión. Pero, enfrentada ante un supuesto así, la jurisdicción cede a la tentación de dar curso a la acción directa frente al asegurador, hipostasiándola con una radical desconsideración de la inexistencia de acción contra el responsable como presupuesto que viabiliza el uso elíptico de aquélla. De esta forma, acude, aparentemente, a una interpretación correctiva de la ley, proyectada nada menos que sobre el propio nervio de la institución considerada, con lo que transmuta la naturaleza del seguro de responsabilidad civil, convirtiéndolo, contra legem, en un seguro de accidentes, aunque amparador de una necesidad concreta que por esencia es la que atiende el instituto resarcitorio, funcionando la acción directa con abstracción de su presupuesto natural. Debe, no obstante, acudir-se a una línea interpretativa que compagina la reparación aseguraticia de los perjuicios sufridos por el hijo como consecuencia de la muerte de su padre, pese a ser el heredero de su madre responsable, y el carácter causal de la acción directa, prescindiendo del artificio de su abstracción. El punto de partida radica en que razones justicias permiten atisbar que no es de recibo el dogmatismo de la solución apuntada, consistente en negar el resarcimiento de los perjuicios de un hijo que, al tiempo, es el responsable hereditario de ellos y, por tanto, en negar que entre en juego el aseguramiento. Pues bien, la correcta solución técnica y justicial del caso no estriba en atribuir un carácter relativamente abstracto a la acción directa del perjudicado frente al asegurador, prescindiendo de su imprescindible componente causal, es decir, del sustrato de la obligación resarcitoria del asegurador (la obligación resarcitoria de un asegurador de responsabilidad civil consiste en asumir la obligación resarcitoria de su asegurado), sino en advertir que, desde el momento en que nace

la obligación resarcitoria del agente dañoso, es decir, desde el momento en que éste incurre en responsabilidad (aquél en que, antes de morir, estando vivo, realiza el hecho dañoso) surge, naturalmente, la obligación resarcitoria del asegurador de esa responsabilidad, sin que ésta, asumida ya como propia, aunque originada por el hecho dañoso de la conductora asegurada, resulte alterada por la vicisitud de signo hereditario que, generada por la muerte de ella, afecte a la responsabilidad originada. Se halla así un fundamento técnico para la solución que evita la injusticia de que el asegurador se sustraiga al cumplimiento de su obligación de socorrer una responsabilidad civil verdaderamente generada.

Finalmente, debe registrarse que el accidente de autos se produjo en 2002, que la demanda se dedujo en 2003, que la sentencia de primera instancia se dictó en 2004 y que la de apelación se dictó en 2005. De acuerdo con la doctrina plenaria sentada por las sentencias de 17 de abril de 2007, las cuantías indemnizatorias que se fijaron fueron las vigentes en la fecha del siniestro. En este caso, no se impusieron al asegurador los intereses moratorios especiales del art. 20 LCS, ni tampoco los ordinarios del 1108 C.c., sino sólo los procesales desde la fecha de la sentencia de primera instancia. Esto significa que el crédito resarcitorio reconocido al perjudicado quedó congelado, es decir, privado de actualización, durante el período comprendido entre la fecha del siniestro y la del inicio de la mora procesal. En este caso, la marginación del criterio valorista propio de los créditos resarcitorios contraviene el principio institucional de la reparación completa que recoge de forma descriptiva el art. 1.2 de la LRC y SCVM y que positiviza de forma palmaria el inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema valorativo. Si la primera sentencia plenaria de 25 de marzo de 2010 impuso los intereses al tipo legal del dinero desde la fecha de la demanda (con una función actualizadora), no se comprende por qué esta sentencia no adoptó la misma fórmula que, en este caso, habría evitado la indicada congelación de signo nominal.



# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

### **Accidente de tráfico. Prescripción: cómputo del plazo anual; desde que la sentencia firme laboral concretó el efecto invalidante de la secuela.**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)  
de 25 de mayo de 2010  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **PRIMERO.-** Resumen de antecedentes.

1. Con fecha 30 de noviembre de 1984 tuvo lugar un accidente de circulación consistente en la salida de la calzada del vehículo en el que viajaba como ocupante D. Miguel. A resultas del siniestro, el señor Miguel sufrió lesiones consistentes en fractura acúñamiento D6, D7 y D8, fractura conminuta de muñeca, costales y de escápula derechas, por las que recibió asistencia facultativa. Seguido juicio de faltas, el mismo terminó con sentencia absolutoria para el conductor denunciado, al considerarse fortuito el accidente, y se dictó título ejecutivo (auto de 17 de noviembre de 1986) en virtud del cual el perjudicado fue indemnizado por la aseguradora Mutua General Agropecuaria (a la que luego sucedió la demandada, Mapfre Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija) con el importe máximo señalado en

Tribunal  
supremo





dicha resolución (128.000 pesetas/769,30 euros), cantidad, correspondiente a 160 días de incapacidad a razón de 800 pesetas diarias, que se calculó con base en el informe de sanidad obrante en las actuaciones penales (de fecha 25 de noviembre de 1985) en el que el médico forense indicaba que el lesionado había curado totalmente sin defecto ni deformidad. El perjudicado no impugnó en su día el citado informe ni mostró oposición al título ejecutivo en el trámite de alegaciones.

2. Según informe de vida laboral aportado por la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez dado de alta por las lesiones sufridas por el accidente el perjudicado continuó desempeñando trabajos por cuenta ajena para distintas empresas de manera prácticamente ininterrumpida hasta mediados del año 2001, acumulando durante dicho periodo un total de 6355 días trabajados.

3. El 27 de enero de 2000 se inició un proceso de incapacidad temporal por recidiva del mencionado siniestro, consistente en aplastamiento de D6, D7 y D8, y más marcada de D7, con aumento de la cifosis dorsal y fusión de costillas con apófisis laterales izquierdas. Fue intervenido en febrero de 2000 con reducción instrumentada de la cifosis y artrodesis posterior desde D3 a D9.

4. Incoado expediente administrativo para determinar la existencia de algún grado de incapacidad, el Equipo de Valoración de Incapacidades emitió informe de valoración médica en el que, tras exploración del aparato locomotor, se aprecian como deficiencias más significativas: «secuelas fractura vértebras dorsales, considerándole limitado para sobrecargas moderadas-ligeras del raquis dorsal». Atendiendo a dicha valoración, por Resolución de 13 de julio de 2001 la Dirección Provincial de Huelva del INSS le declaró afecto de invalidez permanente en grado de incapacidad permanente absoluta derivada del accidente de trabajo sufrido en 1984, con derecho a una pensión vitalicia mensual de 369.159 pesetas

(2.218,69 euros). Esta resolución fue recurrida por la Mutua ante la jurisdicción social que demandó la declaración de invalidez parcial o subsidiariamente total, concluyendo el proceso definitivamente por sentencia de 14 de marzo de 2003 del TSJ de Andalucía, declarada firme el 30 de abril de 2003, por la que, desestimándose el recurso de suplicación, se confirma la resolución dictada por el Juzgado de lo Social, que, a su vez, había desestimado la demanda de la Mutua y ratificado los términos de la Resolución del INSS.

5. El 8 de marzo de 2004 el actor formuló demanda de juicio declarativo ordinario en ejercicio de acción directa del artículo 76 LCS contra Mapfre en reclamación de 285.596,77 euros como indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente ocurrido en el año 84, –a razón de 41.247,59 euros por los días de incapacidad, 83.033,64 euros por las secuelas sufridas y 161.315,54 como indemnización por invalidez–, aplicando para el cálculo de dichas sumas las cuantías correspondientes a 2003, publicadas por Resolución de la DGS de 20 de enero de 2003.

6. La aseguradora demandada opuso las excepciones de prescripción y de pago, por cuanto había satisfecho el importe máximo fijado en el auto de cuantía máxima que siguió al juicio penal. En cuanto a la prescripción, entendió que el plazo de un año del artículo 1968.2º CC había transcurrido a fecha de la demanda, pues debía computarse, bien desde la fecha en que fue conocida la supuesta recaída (noviembre de 1999) o, en todo caso, desde que el Equipo de Valoración de Incapacidades propuso una incapacidad permanente absoluta en base a las secuelas no inicialmente apreciadas (4 de julio de 2001). Con carácter subsidiario rechazó la culpa del asegurado, por haberse producido el accidente de manera fortuita, tal y como apreció la sentencia absolutoria dictada en el juicio de faltas, y negando que las secuelas tuvieran relación de causalidad con el siniestro.

En cuanto a la cuantificación de la indemnización mostró también su oposición a la aplicación de las cuantías correspondientes a 2003 por entender que debían aplicarse las correspondientes a la fecha del accidente, en concreto las contenidas en el Real Decreto 2690/1983, de 13 de octubre, que sólo contemplaba como concepto indemnizatorio la gran invalidez y no la incapacidad laboral.

7. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia desestimaron la demanda apreciando la excepción de prescripción. La sentencia de la Audiencia declara que el perjudicado tuvo conocimiento definitivo de su recaída cuando se le notificó la Resolución del INSS (mediados del 2001) momento en que, por conocer el alcance de las lesiones y secuelas vinculadas al siniestro, estaba en disposición de deducir la acción de responsabilidad por culpa extracontractual del artículo 1902 CC. Añade que dicho instante es el que debe tomarse en cuenta como día inicial del cómputo del plazo de prescripción fijado en el artículo 1968.2º CC, el cual se encontraba ampliamente superado cuando el interesado presentó la demanda iniciadora del presente procedimiento (marzo de 2004).

8. Contra la sentencia de apelación se interpone recurso de casación la representación del demandante al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2 LEC por medio de dos motivos, de los cuales solo ha sido admitido el que denuncia la infracción de los artículos 1968.2º y 1969 CC.

**SEGUNDO.-** Enunciación del motivo de casación.

El único motivo admitido se introduce con la siguiente fórmula:

«Con el presente recurso se denuncia la infracción de los artículos 1968.2º y 1969 del Código Civil».

El motivo se funda, en síntesis, en que, para reclamar daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual es imprescindible en la LEC –cuyo artículo 219 no admite condenas con reserva de liquidación– conocer con exactitud la entidad del daño y su cuantificación, razón por la cual, en el presente caso, ha de tomarse como dies a quo [día inicial] del plazo de prescripción anual el de la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (30 de abril de 2003) y no el de la resolución del INSS. Esta tesis, según explica, no solo se compadece mejor con la interpretación restrictiva de la prescripción, sino también con la circunstancia, a su juicio impeditiva para deducir con anterioridad la demanda, de que hasta el 2 de marzo de 2004 no se supo por la parte demandante quién era la aseguradora civilmente responsable de los daños que se reclaman.

El motivo debe ser estimado

**TERCERO.-** Día inicial del plazo de prescripción para la reclamación por secuelas a las que no resulta aplicable el Sistema de Valoración de daños personales en accidentes de circulación.

A) Los daños objeto del proceso no están sujetos en su valoración al Sistema de Valoración establecido en la LRCSCVM, por ser el siniestro de circulación muy anterior a la implantación del expresado sistema del año 1995. Dicho sistema, según la jurisprudencia de esta Sala, comporta un régimen especial en orden al momento de determinación del valor del punto aplicable, el cual debe fijarse en el momento del alta definitiva, entre otras razones, porque este es el «momento en que las secuelas, el propio accidente han quedado determinadas [...], momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala», lo que no excluye que en atención a las circunstancias especiales concurrentes en casos determinados pueda apreciarse que el plazo



de prescripción se inicia en un momento posterior por resultar necesarias ulteriores comprobaciones para determinar el alcance de las secuelas (como ocurre en el caso resuelto en la STS de 20 de mayo de 2009, RC nº 328/2005).

B) Según reiterada jurisprudencia, de la que es reciente ejemplo la STS de 27 de mayo de 2009, RC nº 2933/2003, la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones corresponde en principio a la Sala de instancia, en cuanto está estrechamente ligada a la apreciación de los hechos que entra dentro de sus facultades exclusivas. Este juicio fáctico solo es susceptible de ser revisado por el cauce procesal pertinente, que, como señala la STS de 15 de octubre de 2008, RC nº 2127/2003, no es el propio de este recurso de casación, sino el extraordinario por infracción procesal cuando proceda. Sin embargo, junto al aspecto fáctico, la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción presenta una dimensión eminentemente jurídica, relacionada con la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. Ejemplo de ello lo encontramos en relación al cómputo de la prescripción cuando se trata de responsabilidad extracontractual por lesiones sufridas por una persona de las que derivan secuelas, respecto del cual la decisión de la sentencia de instancia ha sido revisada por esta Sala en varias ocasiones.

En estos casos, es reiterada la doctrina jurisprudencial de que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad, sino la de la determinación del efecto de invalidez de las secuelas, es decir, el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se conoce su alcance no puede reclamarse con base en ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento preciso de la entidad



de los perjuicios (SSTS de 20 de mayo de 2009, 14 de julio de 2008, 3 de octubre de 2006, 20 de septiembre de 2006, 22 de julio de 2003, 13 de febrero de 2003, 22 de enero de 2003 y 13 de julio de 2003).

En el caso examinado se presenta la particularidad de la existencia de una decisión inicial declarando la incapacidad laboral, la cual resulta controvertida, incluso mediante su impugnación ante la jurisdicción social. Se plantea la cuestión de si ha de entenderse agotado el conocimiento del daño en el primer momento o por el contrario, debe esperarse para computar la prescripción a la fecha en que recayó resolución firme resolviendo la controversia.

En torno a esta segunda cuestión, que es sobre la que gira la controversia planteada en este recurso, la doctrina de esta Sala, presente entre otras, en las SSTS de 20 de septiembre de 2006, RC nº 4546/1999, y 22 de julio de 2008, RC nº 430/2002 entiende que cuando se ha seguido



expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador ha de estarse a la resolución que resuelve definitivamente esta cuestión, pues solo entonces el perjudicado dispone definitivamente de un dato «valoración de la incapacidad» que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido y, por ende, a la reclamación de la indemnización.

Esta doctrina obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento (SSTS 2 de enero de 1991, 6 de octubre de 1992, 30 de noviembre de 1999, 3 de marzo de 1998 y 12 de junio de 2009, RC nº 2287/2004).

**CUARTO.-** Aplicación de la doctrina al caso objeto de enjuiciamiento.

La aplicación de la anterior doctrina, ante la necesidad de optar entre dos fechas declaradas probadas, la fecha de la resolución del INSS (13 de julio de 2001) y la sentencia firme que puso fin al procedimiento laboral (14 de marzo de 2003), que se plantea la sentencia recurrida en el sentido de que desde que se dictó resolución por la Seguridad Social sobre incapacidad permanente absoluta del actor a consecuencia de recidiva del accidente sufrido en el año 1984 el interesado tuvo perfecto conocimiento del daño para su salud derivado del accidente, lo que situaría en ese instante el comienzo del plazo de un año al que se refiere el artículo 1968.2º CC, sin necesidad de esperar a que la jurisdicción social se pronunciara sobre el grado de invalidez, pues la resolución del INSS se impugnó solo por la Mutua y de la resolución judicial solo dependía la cuantía de la prestación o pensión que debía percibirse.

La Sala no comparte este criterio, pues entiende que la reclamación de la indemnización por el concepto de invalidez dependía de que de modo definitivo se dilucidara por el orden social la concreta incapacidad que afectaba al interesado, pues, por más que los parámetros de la indemnización puedan ser distintos en cada jurisdicción, o que la social tome en consideración el grado de invalidez a efectos prestacionales, la invalidez, como manifestación del daño para la salud y, por ende, en cuanto concepto susceptible de ser indemnizado también en vía civil por la referida compatibilidad (el Sistema de Valoración introducido por el Anexo de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, contempla las lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima dentro de la Tabla IV, como un factor de corrección cuya cuantificación depende de su graduación) debía ser determinada en sus términos más precisos a fin de que el conocimiento exacto del perjuicio sufrido permitiera al interesado reclamar detalladamente su resarcimiento. No puede operar en contra del



lesionado la falta de determinación definitiva de esa incapacidad laboral, ni siquiera cuando, como acontece, la impugnación en la jurisdicción social es promovida por otra persona o entidad ajena al trabajador lesionado (en este caso la Mutua), ni por la circunstancia de que finalmente la resolución que la califica de modo firme se limite a ratificar los términos en que quedó determinada por la resolución administrativa inicial, ya que entender lo contrario equivaldría a hacer depender la determinación del plazo de prescripción del éxito o fracaso de la pretensión impugnatoria.

#### **QUINTO.-** Estimación del recurso.

De conformidad con el artículo 487.2º LEC, al tratarse de un recurso de casación formulado al amparo del número 2º del apartado 2 del artículo 477, entendiéndose fundado el mismo, procede casar la resolución impugnada. Es procedente devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas. La reposición de actuaciones encuentra justificación en el artículo 487.2 LEC, que no la excluye para los recursos de casación de los números 1º y 2º del artículo 477.2 LEC y en la consideración de que una solución distinta traería consigo que el asunto quedara privado de la segunda instancia.

**SEXTO.-** De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, no procede imponer las costas del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Miguel, contra

la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1ª, en el rollo de apelación número 164/05, de fecha 15 de junio de 2005, dimanante del juicio ordinario nº 124/04, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de La Palma del Condado, cuyo fallo dice literalmente:

«Fallamos». Desestimar el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Miguel, contra la sentencia dictada el quince de febrero de dos mil cinco en el asunto a que se refiere el rollo de Sala arriba citado, por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de La Palma del Condado y confirmarla íntegramente. Con imposición al apelante de las costas de su recurso».

2. Casamos la anterior sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, ordenamos reponer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial, no pudiendo apreciar la prescripción de la acción, dicte nueva sentencia.

4. No ha lugar a imponer las costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Román García Varela. Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Encarnación Roca Trías. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



## Comentario:

Andrés López Jiménez  
Abogado

La sala primera del Tribunal Supremo continúa su labor interpretativa de cuestiones debatidas y repetidas. La STS de 25/05/2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos, ha estimado el recurso de casación que interpone el demandante de reclamación por daños y perjuicios sufridos en accidente de tráfico ocurrido en 1984, con auto de cuantía máxima en 1986, resolución sobre la incapacidad laboral de 13/07/2001, que recurrida por la mutua sería confirmada el 14/03/2003 por el TSJ. La demanda de interpuso el 08/03/2004, y tanto el juzgado como la audiencia provincial estimaron la prescripción alegada por los demandados.

“En estos caso, es reiterada la doctrina jurisprudencial de que no puede entenderse como fecha inicial del computo la del alta en la enfermedad, sino la de la determinación del efecto de invalidez de las secuelas, pues hasta que no se conoce su alcance no puede reclamarse con base en ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento preciso de la entidad de los perjuicios”. “(...) ha de estarse a la resolución

que resuelve definitivamente esta cuestión, pues solo entonces el perjudicado dispone definitivamente de un dato de ‘valoración de la incapacidad’ que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido y, por ende, a la reclamación de la indemnización”. Porque no “puede operar en contra del lesionado la falta de determinación definitiva de esa incapacidad laboral, ni siquiera cuando, como acontece, la impugnación en la jurisdicción social es promovida por otra persona o entidad ajena al trabajador lesionado (en este caso la Mutua), ni por la circunstancia de que finalmente la resolución que la califica de modo firme se limite a ratificar los términos en que quedó determinada por la resolución administrativa inicial, ya que entender lo contrario equivaldría a hacer depender la determinación del plazo de prescripción del éxito o fracaso de la pretensión impugnatoria”.

Es claro el argumento: el momento inicial es aquel en que se conocen definitivamente el alcance de las secuelas (o sus consecuencias incapacitantes), porque solo desde entonces se puede cuantificar el daño y formular reclamación.



Al día siguientes (STS 1ª, 26/05/2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos) se dicta otra sentencia sobre idéntica cuestión. Esta vez desestima el recurso de casación y mantiene la prescripción declarada. El supuesto de hecho consiste en un lesionado con material de osteosíntesis que interpone demanda después de su retirada, habiendo transcurrido más de un año desde la consolidación de la sanidad. Juzgado y Audiencia estimaron la prescripción, y el TS la mantiene. “Esta Sala tiene declarado que la prescripción de la acción para reclamar por secuelas se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, puesta hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas”. “En el caso de autos la sentencia recurrida hace coincidir el comien-

zo del plazo de prescripción con el momento de estabilización de las lesiones, puesto que no se da la situación fáctica que, de concurrir, y según la doctrina invocada por la parte recurrente, permitiría situar el día inicial del cómputo más allá de la fecha de sanidad (en concreto, en la fecha en que se le retiró el material de osteosíntesis)”.

Entiendo que ambas sentencias se complementan. La fecha inicial coincide con aquella en que es posible conocer definitivamente el alcance del daño, que puede demorarse cuando estamos pendientes de que se declaren situaciones de incapacidad laboral, pero que no se altera, sin embargo, por actuaciones posteriores que en nada modifican la previa determinación secular.





# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

Tribunal  
supremo



### Responsabilidad civil profesional de abogado. Falta de imputación objetiva. Se desestima.

*Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 27 de mayo de 2010.*

*Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. Una persona presentó demanda de responsabilidad civil reclamando una indemnización de 180.303 euros contra un abogado y su aseguradora imputando a aquél una actuación negligente en la actuación procesal encaminada a exigir las responsabilidades en que pudieron haber incurrido los médicos y la Clínica Nuestra Señora de Belén, donde fue atendido, por la amputación de su perna derecha al manifestarse una gangrena gaseosa durante su estancia hospitalaria.

2. La negligencia imputada a letrado se fundaba, entre otros motivos, en (a) la presentación extemporánea del recurso de reforma contra el auto



de archivo de las actuaciones penales; (b) la no aportación en el proceso civil posterior de determinado informe médico favorable; (c) la exculpación de los doctores en el trámite de conclusiones; d) la no aportación al proceso civil de una cinta magnetofónica que contenía una conversación con el cirujano; (e) la no admisión del recurso de casación por señalar como indeterminada la cuantía de la demanda; (f) el rechazo de la reapertura de la querrela criminal por estimar prescrita la acción.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

1. La sentencia de apelación confirmó la de primera instancia fundándose, en síntesis, en que (a) la no admisión del recurso de reforma se fundó en una interpretación jurisprudencial recientemente instaurada y la vía penal no fue inútil, pues permitió la identificación del personal sanitario y la aportación de antecedentes de datos para el proceso civil; (b) el informe que dejó de aportarse no tenía carácter esencial, pues se contaba con un extenso informe forense y con el dictamen del Instituto Anatómico-forense; (c) el valor procesal de la grabación era exiguo y su utilización habría resultado contraproducente por tratarse de una cinta fraudulenta y no íntegra; (d) la exculpación de los médicos en el trámite de conclusiones después de formular posiciones en prueba de concesión tendentes a su exculpación puede tener su justificación en la estrategia procesal encaminada a lograr la inculpación del personal de la clínica.

2. Contra esta resolución se interpuso recurso de casación por la parte demandante, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2º LEC, por razón de la cuantía.

**SEGUNDO.-** Enunciación del motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:



Motivo primero. «La sentencia impugnada vulnera por inaplicación los artículos 1544, 1258, 1001 y 1104 todos ellos del Código Civil en relación con los artículos 53, 54 y 102 del Estatuto de la Abogacía vigente al acaecimiento de los hechos».



El motivo se funda, en síntesis, en que (a) la extemporánea interposición del recurso de reforma contra el auto de archivo de las diligencias lesionó el derecho del actor a obtener la tutela judicial efectiva, pero la sentencia no ha tenido en cuenta esta jurisprudencia según la cual esta privación ocasio-

na un daño moral y ha basado la desestimación de la pretensión del recurrente en desconocerse el resultado final del pleito civil; (b) la exculpación de los médicos demandados en vía civil en trámite de conclusiones, con una prueba de confesión favorable a éstos, para retomar contradictoriamente en la segunda instancia el argumento de su responsabilidad impidió a la Sala declarar su responsabilidad; (c) la extemporánea utilización en la solicitud de reapertura del proceso penal de la cinta magnetofónica grabada de la conversación mantenida con el cirujano por el abogado junto con su cliente demuestra que debió aportarse en el proceso civil, en consonancia con la relevancia de su contenido.

**TERCERO.-** La responsabilidad profesional del abogado.

A) La responsabilidad civil profesional del abogado exige, en primer término, el incumplimiento de sus deberes profesionales. En el caso de la defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005).

La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carác-



ter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y del alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, RC nº 971/1999, 21 de junio de 2007, RC nº 4486/2000).

B) Es preciso, en segundo término, que haya existido un daño efectivo. Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006).

Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido --siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación

judicial-- una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC (STS 23 de julio de 2008, RC nº 98/2002).

C) En tercer término, es menester que exista un nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y que éste sea imputable objetivamente, con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, RC nº 2001/1999, 26 de febrero de 2007, RC nº 715/2000, entre otras).

La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha

tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005).

No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

**CUARTO.-** Inexistencia de responsabilidad profesional del abogado.

En el caso examinado no se advierte que la sentencia recurrida incurra en las infracciones legales que se le imputan, en virtud de los siguientes argumentos, que se disponen siguiendo la sistemática del motivo del recurso, cuya fundamentación se ha sistematizado en el FJ segundo:

A) La extemporánea interposición del recurso de reforma obedece, según la sentencia recurrida, en una argumentación que no ha sido desmentida por la parte recurrente, a la existencia de una nueva interpretación por parte de la Sala a quien el recurso se dirigía, por lo cual debe entenderse que la no-admisión no resulta inaceptable en el seno de las incidencias propias de un debate procesal. Por otra parte, la sentencia afirma que la vía penal no fue inútil, pues, aunque no terminó con condena alguna, permitió formar antecedentes útiles para el ejercicio de la acción civil. De su argumentación se deduce, además, que, a la vista del desarrollo

del proceso civil, la vía penal tenía muy escasas posibilidades de éxito.

La parte recurrente mantiene que la simple frustración del recurso de reforma, independientemente de sus consecuencias, comporta la existencia de un daño moral, pero esta afirmación no se compadece con la doctrina anteriormente recogida.

En suma, los criterios de falta de imputabilidad objetiva del daño a la conducta del abogado y de falta de oportunidades procesales de obtener éxito en el ejercicio de la acción impiden la estimación del motivo en este punto.

B) La forma de plantear la confesión judicial de los médicos y su exculpación en el trámite de conclusiones en el proceso civil obedece, según recoge la sentencia recurrida, a una posible orientación técnica de la defensa encaminada, a la vista de los antecedentes jurisprudenciales, a lograr la condena del establecimiento sanitario por falta de los debidos cuidados del paciente y justificada por la dificultad para obtener la condena de los médicos, dadas las características de la enfermedad sufrida.

Según la parte recurrente esta orientación seguida por el abogado que asumió su defensa impidió que pudiera declararse la responsabilidad de los médicos y trata de demostrar esta afirmación poniendo de manifiesto que en la apelación se alegó la responsabilidad de éstos. Sin embargo, debe aceptarse la explicación de la sentencia recurrida en el sentido de que, una vez desestimada la demanda en primera instancia, resultaba razonable agotar todas las posibilidades en la segunda alegando también la responsabilidad de los médicos, aunque fueran escasas las posibilidades de lograr su condena.

En suma, la falta de imputabilidad objetiva del resultado producido al abogado, demostrado en



este caso por el hecho de que dicho resultado es aceptable en el marco de las incidencias propias del debate procesal, determina la desestimación del motivo de casación en este punto.

C) La cinta magnetofónica en la que se recoge una conversación con el cirujano no comportaba, en su versión íntegra, según la sentencia recurrida, el reconocimiento de la negligencia de los médicos demandados, como la parte recurrente pretende. Por otra parte, dadas las condiciones de dudosa compatibilidad con el respeto al derecho a la intimidad personal en que se había obtenido, podía resultar aconsejable su no presentación. La parte recurrente considera contradictoria con la no presentación en el proceso civil el hecho de haberla utilizado para intentar reabrir posteriormente el proceso penal; pero, como pone de relieve la sentencia recurrida, el fracaso de la acción civil pudo justificar la conducta procesal del abogado en un intento por agotar todos los medios.

En suma, la no presentación de la cinta magnetofónica en el proceso civil resulta aceptable en el marco de la orientación de la defensa y de las incidencias del debate procesal y esta circunstancia determina la desestimación del motivo de casación en este punto.

D) No es necesario argumentar sobre otros aspectos en los que se fundó la demanda relacionados con la no admisión del recurso de casación por razón de la cuantía y con la prescripción de la acción penal, por no haber sido mantenidas en la fundamentación del recurso de casación.

#### **QUINTO.-** Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurren-

te, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Benigno contra la sentencia de 10 de octubre de 2006 dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia en el rollo de apelación nº 442/2005, cuyo fallo dice:

«Fallamos».

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Benigno contra la sentencia de 5 de septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº Dos de Murcia en el juicio ordinario nº 339/05, confirmamos dicha resolución en todos sus pronunciamientos, salvo el atinente a costas, de las que no se hace expresa imposición».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Román García Varela. Francisco Marín Castán. Jose Antonio Seijas Quintana. Encarnación Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Rubricado. PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.





## Comentario:



M<sup>a</sup> Carmen Ruiz-Matas Roldán  
Abogada

La Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo analiza detalladamente en esta sentencia cuáles son los requisitos que deben apreciarse en la conducta profesional de un letrado, para que ésta pueda ser calificada de actuación negligente. Para ello, aprovecha el supuesto de hecho objeto de casación, en el que la demanda dirigida contra el letrado parte de distintas actuaciones realizadas por el mismo en la defensa del que fuera su cliente, las cuales, a criterio de la parte actora, y dado que finalmente no consiguieron la estimación de sus pretensiones, han generado la responsabilidad profesional del mismo dada su negligencia.

En este sentido, la Sala entiende que la responsabilidad civil profesional del abogado es una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, lo que exige que la parte que alega dicha responsabilidad debe probar que aquel ha incumplido con los deberes que le impone la llamada *lex artis*, además, que dicho incumplimiento ha generado un daño para por el cual se reclama y que ese daño está determinado, y finalmente deberá probar que existe una relación de causalidad entre la actuación negligente imputada al letrado y el daño realmente producido.

En cuanto a la necesidad de acreditar el incumplimiento de los deberes profesionales del letrado, no basta con imputar, como sucede en este supuesto, la frustración de un recurso dada su extemporaneidad, o cualquier otra actuación contraria a la opinión del que ahora reclama, sino que habrá de acreditarse que dicha frustración se debió a una dejadez por parte del imputado y que por tanto no se trata de una decisión encaminada dentro de los medios empleados para la defensa del asunto. Y asimismo con cualquier otra actuación negligente que se pretenda imputar al letrado, puesto que su conducta, aún contraria finalmente a las pretensiones de su cliente, puede considerarse aceptable en el marco de las incidencias propias del debate procesal, motivo por el cual en modo alguno podrá ser constitutiva de responsabilidad profesional.

El segundo requisito que debe concurrir para apreciar la existencia de responsabilidad profesional, es la existencia de un daño efectivo, en este punto, que es donde la presente materia ofrece más complejidad a la hora de determinar cuál es el daño producido ante la existencia de negligencia profesional del letrado, la Sala considera que el daño producido es la frus-



tracción de la acción judicial, entendida como el perjuicio causado al cliente al no haber podido acceder de forma correcta y en condiciones óptimas al ejercicio de la tutela judicial efectiva. En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que sólo cuando existe un cálculo cierto de probabilidades de que aquella acción hubiera sido estimada, será cuando el daño deberá ser indemnizado. Para ello se acepta entrar a valorar cuáles eran las expectativas de éxito del cliente y si éste se encontraba en una situación fáctica y jurídica idónea para conseguir su pretensión, y sólo cuando la actuación del letrado, previo el incumplimiento de sus deberes profesionales, haya influido de forma decisiva en la pérdida de tales expectativas, será cuando proceda indemnizar al existir responsabilidad profesional.

Por último, se exige la existencia de un nexo causal entre la actuación del letrado con incumplimiento de sus deberes y el daño producido y por el cual se reclama, de forma que si dicho nexo causal no existiera, aún a pesar de concurrir el incumplimiento de deberes e incluso el daño reclamado, no procederá la condena del letrado por no existir responsabilidad del mismo en el resultado. Así, el juicio de imputabilidad que debe realizarse a la hora de analizar la supuesta responsabilidad profesional del letrado, exige comprobar si actuó

empleando para ello todos los conocimientos y medios de defensa a su alcance, puesto que si así lo hizo y aún a pesar de que el resultado sea negativo, no existirá responsabilidad, dado que la obligación del letrado es una obligación de medios y no de resultado, lo que significa que este no asume en modo alguno la consecución de un determinado resultado, ya que entre otras cosas éste va a depender “de haberse logrado la convicción del jugador.”

El análisis de la materia realizado en esta sentencia, entiendo que constituye una herramienta para el estudio y el trabajo diario que pueda presentarse en supuestos de negligencia profesional de abogados, puesto que de forma clara y concluyente, y sin divagar en distintas teorías sobre el daño, como sucede en muchas ocasiones en las resoluciones que tratan esta materia, determina cuáles son los elementos claves que deben concurrir para que pueda estimarse la existencia de responsabilidad, así como la forma en la que tales elementos debe ser interpretada, descartando aquellos supuestos en los que, aunque pudiera existir incumplimiento de los deberes profesionales del letrado, dejen de concurrir el resto de requisitos que generan la existencia de responsabilidad, circunstancia esta que entiendo abre mucho más el campo de la defensa para tales asuntos.



# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

### Sistema legal de Valoración del Daño. Lucro Cesante. Indemnizaciones no contenidas en el baremo. Doble tramo en la aplicación del interés del artículo 20 de la LCS

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)  
de 31 de mayo de 2010*

*Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana*

Tribunal  
supremo



#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Como consecuencia de un accidente de circulación ocurrido el día 16 de marzo de 1999, Don Serafín sufrió lesiones y secuelas que le han comportado un grado de minusvalía del 65% calificada de incapacidad permanente absoluta que le inhabilitan para la realización de cualquier ocupación o actividad. Doña Flor y Don Marino, actuando en nombre propio y en el de su hijo, Don Serafín, formulan recurso de casación disconformes con la indemnización concedida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Los cuatro primeros motivos del recurso de dirigen a combatir alguna de las partidas indemnizatorias, todos ellos al amparo de la misma normativa: artículo 1, apartados 1º y 2º de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor, Decreto 632/1968, de 21 de Marzo, con las modificaciones introducidas por la Ley 30/1885, de



8 de noviembre, artículo 1902 del Código Civil y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000. El primero plantea la procedencia de la indemnización por lucro cesante de la madre del lesionado por tener que abandonar su trabajo para atender al cuidado de su hijo, mediante una excedencia laboral temporal que le supuso la pérdida de su categoría profesional en el momento de su reincorporación; indemnización que fue concedida en la primera instancia y negada en la segunda por entender la Audiencia que dentro de las indemnizaciones concedidas al lesionado se incluye el lucro cesante del perjudicado y su madre. Se desestima.

El artículo 1.2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, según la redacción dada por Ley 30/1995, establece que los daños y perjuicios causados a las personas comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que haya dejado de obtener se cuantificaran en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo de la Ley. Ello supone que el sistema de responsabilidad civil por daños causados en la circulación de vehículos a motor establece la indemnización de los daños personales conforme a un reglas tasadas de daños, cuya validez constitucional como norma reguladora de resarcimiento de daños causados en accidentes de tráfico fue aceptada en la STC 181/2000, de 29 junio, con excepción de la tabla V del Anexo de la LRCSVM, referida al factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias y no de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente con el alcance de admitir en el supuesto de concurrencia de culpa relevante por parte del agente la facultad de probar perjuicios económicos superiores a los considerados en las tablas. En lo que aquí interesa, nada tiene que ver esta sentencia ni este sistema con la pretensión de que una persona ajena al lesionado por accidente de circulación tenga legitimación para instar y obtener la indemnización a que se considera acreedora en

su condición de perjudicada al margen de su hijo por la atención que debió procurarle. El sistema no contempla como perjudicados a personas cercanas a la víctima del accidente de circulación, como ha señalado la sentencia de esta Sala de 20 de abril de 2004, citando la del Tribunal Constitucional de 15/2004 de 23 de febrero de 2004, en atención a lo dispuesto en el punto 4 del Anexo, fuera del supuesto de fallecimiento de la víctima, en el que si puede ser considerada perjudicada lo que no sucede en este caso.

**SEGUNDO.-** La respuesta al segundo motivo es la misma desestimatoria que la del primero. Se reclaman los perjuicios morales sufridos por los padres de Don Serafín que tampoco tienen encaje en el sistema legal de baremación vinculante y de obligado cumplimiento, en el que se configura como un simple factor de corrección para los grandes inválidos; situación que no ha sido reconocida al demandante. La Tabla IV regula los factores de corrección aplicables a las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes y contempla como tal factor corrector el perjuicio moral de familiar tan sólo en relación con grandes inválidos, esto es, de aquellas personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas, situación que no se da en este caso en el que el que la víctima del accidente sufrió a resultas del mismo secuelas determinantes de una incapacidad permanente absoluta. Tampoco en el caso del propio perjudicado, que se establece, también como factor de corrección, sobre la base de que una sola secuela esté valorada en 75 puntos o los concurrentes superasen los noventa, y ninguna de estas dos circunstancias se dan.

**TERCERO.-** En el tercer motivo se insiste por la parte recurrente en la procedencia de la indemnización que, en cuantía de 467.189,95 euros (punto 2.3 del informe del actuario), fue solicitada en



ambas instancias en concepto de lucro cesante del perjudicado por pérdida de ingresos laborales hasta los 65 años, con el argumento de que la decisión denegatoria de la Audiencia Provincial, fundada en el carácter vinculante del baremo y, por ende, en la inclusión de dicho concepto indemnizatorio en las cantidades concedidas con arreglo a baremo por otros conceptos, conculca lo dispuesto en los artículos, 1, apartados 1º y 2º de la LRCSCVM, según redacción dada por la Ley 30/95 de 8 de noviembre y 1902 CC, y va contra el criterio establecido en la Jurisprudencia constitucional plasmada en la sentencia que cita (STC de 29 de junio de 2000), sobre la necesidad de restituir en su integridad el quebranto ocasionado por el accidente. El motivo tiene un tratamiento jurídico diferenciado de los dos anteriores y como tal debe ser estimado con las consecuencias que más adelante se dirán: A) Indemnización del lucro cesante por pérdida de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente con arreglo a la doctrina de esta Sala Primera en sentencia de 25 de marzo de 2003: compensación proporcional mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores a que alude el último inciso de la Tabla IV en relación con el número 7 del apartado primero del Anexo incluido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

La decisión de la Audiencia Provincial de rechazar que el lucro cesante pueda ser objeto de indemnización independiente de aquella que, con arreglo a baremo, se concede al perjudicado por los demás conceptos indemnizatorios previstos legalmente con relación a los daños que fueron declarados probados (incapacidad temporal y secuelas), coincide con lo que ha sido la postura tradicional dentro de la jurisprudencia menor, que ha venido interpretando el artículo 1.2 de la LRCSCVM en el sentido de que, por tener el baremo carácter vinculante, la cuantificación de todos los daños personales ocasionados a la víctima, incluyendo la pérdida sufrida (daño emergente), la ganancia dejada de percibir (lucro cesante) y el daño moral, de-

bía hacerse con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la citada Ley. Sin embargo, el Pleno de esta Sala, en sentencia de 25 de marzo de 2010, aborda el tema de la posible compensación del lucro cesante sentando una doctrina que no se compadece con la que se plasma en la resolución impugnada, en la medida que posibilita que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente, aunque no sea susceptible con arreglo al baremo de ser resarcido íntegramente, sí pueda, al menos, ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente previstos en la Tabla IV, cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor. Se dijo, y se reitera, que el régimen legal de responsabilidad civil por daños causados en la circulación distingue entre la determinación del daño y su cuantificación, lo que no es obstáculo para que rija respecto de ambas situaciones el principio de reparación íntegra del daño causado, de tal manera que, en lo que se refiere a su cuantificación, no basta estar, como entiende la Audiencia, al tenor literal del artículo 1.2 LRCSCVM (criterio seguido por la sentencia recurrida) sino que la comprensión del sistema exige además valorar que el número 7 del apartado primero del Anexo enumera las circunstancias que se deben tomar en consideración, como factores de corrección de la indemnización básica, para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios ocasionados, lucro cesante incluido, criterios circunstancias económicas, incluidas las que afecten a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño que no son en sí mismos suficientes para



admitir que puedan resarcirse los daños más allá de los límites expresamente previstos en ellas, pero que sí gozan del valor de reglas de principio interpretativas y de cobertura de las lagunas existentes en las Tablas. Partiendo entonces de que el principio de reparación íntegra del daño conlleva también la reparación del lucro cesante, la cuestión, en relación con el resarcimiento del quebranto que supone para la víctima la imposibilidad de volver a trabajar para cualquier profesión cualificada a resultas de haber sufrido lesiones permanentes, es si el derecho del perjudicado se satisface con los incrementos sobre la indemnización básica a percibir por tal concepto que resultan de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente para la ocupación o actividad habitual, previstos en la Tabla IV del baremo (apartados primero y tercero, respectivamente), o si, por el contrario, cabe una compensación mayor de esa ganancia dejada de percibir -aunque no sea de forma íntegra sí, al menos, de manera proporcional, rebasando los límites que representan dichos factores. La sentencia se pronuncia favorablemente a ésta última posibilidad tras analizar la función de los diferentes factores de corrección de la indemnización básica por lesiones permanentes de la Tabla IV pues el contemplado por perjuicios económicos, aunque ciertamente está ordenado a la reparación del lucro cesante- porque se fija en función del nivel de ingresos de la víctima y se orienta a la reparación de perjuicios económicos- presenta una singularidad (aplicación de porcentajes de corrección sobre una cantidad cierta, la indemnización básica, pero ajena al concepto de lucro cesante) que, aunque facilita la prueba del lucro (se basa en la presunción, no exige que se pruebe la pérdida de ingresos sino solo la capacidad de ingresos de la víctima), posibilita que las cantidades resultantes no resulten proporcionales, dando lugar a notables insuficiencias que deben ser corregidas, mientras que el factor de corrección por incapacidad permanente también resulta insuficiente dado que su objeto principal es reparar el daño moral ligado a



los impedimentos derivados de cualesquiera ocupaciones o actividades habituales, sin que en él se comprenda la reparación del perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral.

Es por ello que, aún cuando no está justificado obviar el carácter vinculante y la propia constitucionalidad del sistema –en todo lo no comprendido en el apartado B) de la Tabla V del Anexo–, la evidente antinomia que existe entre el principio de resarcimiento íntegro de todos los daños causados a las personas en accidente de circulación y la cuantificación de la indemnización del lucro cesante por disminución de ingresos que resulta de la aplicación de los mencionados factores de corrección, justifica el acudir, a la hora de compensar más adecuadamente el citado lucro cesante, a los "elementos correctores" del apartado primero del número 7 del Anexo, que han de ser entendidos en sentido amplio a fin de comprender





también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las personales y económicas de la víctima. En todo caso, la aplicación del factor corrector de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero 7, exige lo siguiente, conforme a la sentencia citada: 1) Que se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido. 2) Que este no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos, ya que la falta de vertebración de la indemnización por este concepto de que adolece la LRCSCVM no impide que este se tenga en cuenta. 3) Que la determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Siste-

ma y, por ende, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible, que en este caso es el que corresponde a un porcentaje del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos. 4) Que la aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección. 5) Que el porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica. 6) Que el porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicables la Tabla IV. B) Esta doctrina es de aplicación al caso examinado, en el que concurren los mencionados presupuestos para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante no compensado.

En efecto, el informe actuarial que el actor adjunta como documento 30 de la demanda acre-



quita la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos (10%) de aplicación sobre la indemnización básica por lesiones permanentes, y el lucro cesante realmente padecido, que el informe cifra globalmente en la suma de 610.519,93 euros. Por otra parte, teniendo en cuenta que la indemnización básica por lesiones permanentes o secuelas se fija en 133.238,60 euros, y que la suma concedida en concepto de factor corrector por perjuicios económicos es el 10% de la citada cantidad, esto es, 13.323,86 euros, esta cifra solo compensaría algo más del 2% del total del lucro cesante acreditado. Con relación a la compensación de dicho lucro a través de otros factores, especialmente por el factor de corrección por la incapacidad permanente absoluta, la respuesta ha de ser negativa, pues la sentencia recurrida fija en 89.669,59 euros la cantidad a satisfacer por dicho concepto, de manera que imputando el 50% de dicha cantidad al lucro cesante y le resto al resarcimiento del daño no patrimonial, la proporción en que resultaría resarcido el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima no alcanzaría el 8%. Teniendo en cuenta estas proporciones y la suma concedida como indemnización básica por secuelas, debe aplicarse ponderadamente como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado un porcentaje de incremento de un 50%, sobre la indemnización básica por lesiones permanentes (no es aplicable respecto a la concedida por incapacidad temporal), lo que arroja la cantidad de 66.619,30 euros, siendo dicha suma resultante compatible con la concedida por factor de corrección por perjuicios económicos.

**CUARTO.-** El cuarto motivo plantea la procedencia de la indemnización por ayuda de tercera persona a tiempo parcial. Se desestima. Tal indemnización está reservada para Grandes Inválidos situación que, afortunadamente, no se produce en

este caso en el que el perjudicado presenta una disminución por el conjunto de sus lesiones del 65%.

**QUINTO.-** El motivo sexto se refiere a los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y se argumenta en contra de la jurisprudencia de esta Sala, expresada en la sentencia de Pleno de 1 de marzo de 2007 la cual, en relación al devengo y cuantía de los intereses moratorios previstos en el art. 20 LCS fija la doctrina favorable a la aplicación de tramos y tipos diferenciados, señalando que "durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un cincuenta por ciento. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el veinte por ciento, con un tipo mínimo del veinte por ciento, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento".

**SEXTO.-** Al estimarse en parte el recurso, no se hace especial declaración en cuanto a las costas del recurso, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimar en parte el recurso casación formulado por el Procurador Don Isidro Marín Navarro, en la representación que acredita, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Cuarta), de fecha 25 de febrero de 2005, la que casamos en el único sentido de incrementar en 66.619,30 euros la indemnización a favor de los actores. Se mantiene en todo lo demás; sin hacer expresa imposición de las costas del recurso.



## Comentario:

Javier López y García de la Serrana  
Abogado y Doctor en Derecho

Esta sentencia vuelve, como ya lo hiciera la STS de 25 de marzo de 2010, a advertir la existencia de una antinomia entre la consagración del principio de la integra reparación para la determinación y la cuantificación de los daños causados a las personas en accidente de circulación, por una parte, y la cuantificación para la indemnización de lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima que resulta de la aplicación de los factores de corrección.

En efecto en esta sentencia se entiende acreditada la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos de aplicación sobre la indemnización básica por lesiones permanentes y el lucro cesante realmente padecido, pues la suma concedida en concepto de factor corrector por perjuicios económicos es de 13.323,86 euros, cifra que solo compensaría algo más del 2% del total del lucro cesante acreditado (según el informe actuarial es de 610.519,93 euros).

Con relación a la compensación de dicho lucro a través de otros factores, especialmente por el factor de corrección por la incapacidad permanente absoluta, se niega esa posibilidad en este caso, pues la sentencia recurrida fijaba en 89.669,59 euros la cantidad a satisfacer

por dicho concepto, de manera que imputando el 50% de dicha cantidad al lucro cesante y el resto al resarcimiento del daño no patrimonial, la proporción en que resultaría resarcido el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima no alcanzaría el 8%. De nuevo el Supremo vuelve a reconocer que este factor tiene como objeto principal reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales. En efecto, en la enunciación del factor de corrección se utiliza el término «ocupación o actividad habitual» y no se contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado. Por otra parte, este factor de corrección es compatible con los demás de la Tabla (Anexo, segundo, Tabla II), entre los que se encuentra el factor de corrección por perjuicios económicos. La falta de vertebración de los tipos de daño de que adolece el Sistema de valoración impide afirmar que este factor de corrección sólo cubre daños morales y permite aceptar que en una proporción razonable pueda estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima; pero no puede aceptarse esta como su finalidad única, ni siquiera principal.

Teniendo en cuenta estas proporciones y la suma concedida como indemnización básica por



secuelas, entiende el Supremo que debe aplicarse ponderadamente como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado un porcentaje de incremento de un 50%, sobre la indemnización básica por lesiones permanentes (no es aplicable respecto a la concedida por incapacidad temporal), lo que arroja la cantidad de 66.619,30 euros, siendo dicha suma resultante compatible con la concedida por factor de corrección por perjuicios económicos.

En suma, y esto si es lo trascendente de esta sentencia, el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores, que en este caso se fija en el 50% sobre la indemnización básica por lesiones permanentes (mientras que en la STS de 25-03-10 se fijó en el 40%) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales,

sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor.

La interpretación del sistema legal valorativo que hace el TS para compensar en parte el lucro cesante en algunos casos especiales, puede estimarse que no es plenamente satisfactoria, pero desde luego supone un ímprobo esfuerzo para, manteniéndose dentro del "baremo", conseguir en cierta manera acercarse al principio de la íntegra reparación de los daños causados a las personas en accidentes de circulación. Esta unificación de criterios en la aplicación de la ley, realizada por el TS con fines de seguridad jurídica, permitirá al legislador, según decía la sentencia de 25-03-10, adoptar las medidas oportunas para modificar el régimen de indemnización del lucro cesante por daños corporales en accidentes de circulación, si considera que la interpretación dada no es la más adecuada a los intereses generales. Por tanto, se está instando al legislador, en vísperas de una reforma del sistema legal valorativo, a que se pronuncie sobre si le satisface la interpretación realizada por el TS, o a que por el contrario legisle dando respuesta a esta nueva forma de interpretar el sistema legal valorativo.



# perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes



En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo N° 210/2010, de 5 de abril, –en ponencia de su Presidente– se resume la “configuración jurisprudencial de la responsabilidad por riesgo”, respecto de un supuesto en el que .el esposo de la actora se encontraba reparando la verja de una cancha de tenis en las dependencias de la entidad demandada, subido a una escalera de mano, cuando cayó de la misma produciéndose lesiones que le ocasionaron la muerte tres días después. “Ambas partes reconocen la existencia de accidente casual; el mantenimiento de las instalaciones incumbe a la demandada; y es un hecho incontestable que el accidente acaeció mientras D. Ismael arreglaba la verja subido a una escalera del club. Es obvio que la sociedad no es culpable directa de la muerte, salvo recurriendo a la diabólica epanadiplosis jurídica de que la causa de la causa es causa del mal causado. Pero, ¿es responsable? He aquí la cuestión jurídica objeto de controversia en la aldea globalizadamente obsesionada con la seguridad que habitamos corren malos tiempos para la culpa clásica que inventaron los Romanos “–recoge la resolución inicial–”.

“A) La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006) y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva.

La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole





(STS de 2 marzo de 2006). En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados (STS de 22 de febrero de 2007, RC n.º 3278/1999).

B) En el caso examinado, la existencia de una responsabilidad nacida del riesgo creado no puede ser acogida fundándose en la existencia de una dependencia laboral, aun irregular, en virtud de las siguientes razones: 1ª La entidad demandada no tenía funciones empresariales respecto al fallecido y la prestación de éste se enmarcaba en un contrato de ejecución de obra, por lo que no le es exigible a aquella responder del cumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo. 2ª No se aprecia la concurrencia de riesgos de carácter extraordinario derivados por su propia naturaleza de la actividad que le fue encargada al fallecido, que no implica o

supone un riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios (STS de 18 de julio de 2002, RC n.º 238/1997) y no consta que la dirección del club impusiera limitaciones al accidentado o una forma determinada de desarrollar la obra que incrementaran el riesgo. 3ª En estas circunstancias, no le era exigible a la entidad demandada un deber de previsión mayor que al propio accidentado. 4ª No se ha acreditado la incidencia en la producción de la caída de elementos de los que fuera responsable la entidad demandada, como el estado de la escalera, la situación del suelo en que se encontraba apoyada o las características de la verja que era objeto de la reparación. 5ª No se ha acreditado la causa que provocó la caída del accidentado desde la escalera. Y 6ª Esto implica la inexistencia del nexo causal que debe concurrir entre la acción u omisión de la demandada y la producción del evento dañoso (STS 26 de mayo de 1997, RC n.º 1875/1993).



**Hallamos un juicio certero sobre culpa versus responsabilidad objetiva en la sentencia n.º 218/2010, de nueve de abril de dos mil diez de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre una “prueba ciclista en la que se coloca a una persona sin la suficiente especialización al mismo nivel que los ciclistas, en uno de los dos carriles de la carretera por donde circulaban, fuera de la visión de alguno de ellos e incluso de quienes les acompañan, en labores de auxilio o información, y sin protección alguna, como se procura en situaciones mejor calculadas, como son la llegada a la meta o, incluso, la que conlleva la misma información desde aceras o protegidos mediante vallas con una separación razonable de los ciclistas en competición”.**

“Lo que se plantea en este caso no es un problema de relación de la organización con los ciclistas que compiten en una carrera por ella organizada, sino de relación con un auxiliar de la organización en labores de información en ruta a los corredores de posibles obstáculos sobre una zona de la calzada

en cuanto pueden suponer un riesgo físico para los ciclistas, a partir de la crítica que el recurrente hace a la sentencia de pervertir el sistema de responsabilidad civil al establecer un criterio de imputación de responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta ningún juicio basado en la culpa, y en la que el deber de res-



ponder deriva solo de la realidad de que ha ocurrido un daño que se pone a cargo de la organizadora de la vuelta ciclista.

En el momento del accidente, el Sr. Gonzalo realizaba su trabajo en un tramo recto de carretera, señalizando a los ciclistas la existencia de un desvío próximo, "de modo que posicionado en el centro del carril izquierdo, según la marcha de la carrera, encauzaba a los corredores hacia el derecho". Esta indicación fue seguida por todos ellos menos por uno que circulaba al final del pelotón y que al tratar de iniciar una maniobra de adelantamiento por la izquierda se encontró con el Sr. Gonzalo, "al que arrolló y tiró de espaldas sobre la calzada, donde este impactó con la cabeza privada de protección y sufrió heridas que le causaron la muerte". De estos hechos, deduce que existe un riesgo perfectamente previsible derivado de la colocación de una persona sin el pertinente casco en uno de los dos carriles de la calzada para advertir a los participantes la existencia de un desvío a la derecha, que no podía desconocer el organizador cuando diseña la prueba, puesto que era factible, como así fue, que alguno de los corredores situados al final del pelotón no viera la señalización al impedirse sus compañeros de ruta y realizara una maniobra habitual de la competición, como es la de adelantamiento, lo que le obligaba a adoptar las medidas de seguridad adecuadas consistentes en dar las instrucciones precisas a los equipos antes y durante la carrera, procurar una señalización vertical, preparar la actuación de los auxiliares o de la sociedad que los dirige mediante las pertinentes instrucciones y protegerlos de cualquier contingencia posible y calculada previamente. La organizadora de la prueba conoce el riesgo que genera la carrera ciclista desde el momento en que da comienzo y como tal debe tomar todas las medidas de seguridad que la prudencia impone para salvaguardar la integridad de los participantes, evitando en el recorrido o en el sitio de la competición, lugares o situaciones que presenten un riesgo particular para la seguridad de las personas (corredores, acompañantes, oficiales,

espectadores, etc.). Y es el caso que el accidente se produce no por la existencia de obstáculos no previstos en el momento en que se diseña la prueba, sino por algo que era perfectamente previsible como es el hecho de acercar u orientar a los ciclistas hacia una determinada trayectoria de la ruta previamente conocida y calculada. Obligación suya era, por tanto, controlar este riesgo mediante la adopción de las medidas más beneficiosas para todos. Y una cosa es que no se pueda convertir a los organizadores en responsables de todo cuanto acaezca en el desarrollo de la prueba si esta se cumplimenta en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que pueden derivarse para los que acuden a practicarla de una forma libre y espontánea, y otra distinta que para el mejor discurrir de la misma ponga en peligro evidente la integridad de quienes, como auxiliares de un plan preestablecido, no están en condiciones de conocer, asumir y evitar ese riesgo confiados en la bondad de las instrucciones recibidas por parte de quienes conocen el desarrollo habitual de las carreras ciclistas. Hay, por tanto, causalidad física o material y jurídica, puesto que el daño se ha materializado a consecuencia de las condiciones en que tenía lugar la carrera en cuestión, sin que hubiera interferencia de un tercero ajeno o del propio accidentado, y hay también una conducta única y gravemente negligente de la organización que ha creado un riesgo previsible en relación al auxiliar que pudo ser eliminado mediante una conducta diligente, pues falta de previsión y diligencia hay en quien no pone los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que se estaba llevando a cabo... La sentencia no pone a cargo de la organización una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto no se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en su realización, ni es, por tanto, incompatible con el sistema común de responsabilidad en nuestro Código Civil, que es un sistema culpabilístico asociado al cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 1902 del CC, de daño, culpa y relación de causalidad, todos ellos concurrentes en el caso".



**De especial utilidad práctica resulta la Sentencia N° 209/2010, de 8 de abril del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil –Ilmo. Sr. Xiol Ríos– considerando que la regulación sobre la interrupción extrajudicial de la prescripción contenida en el artículo 1903 CC no solo es aplicable a los contratos civiles, sino también a los mercantiles, sin perjuicio de la vigencia del artículo 944 CCom.**

“La jurisprudencia que aplica al denominado «contrato de empresa» la regulación que para el arrendamiento de obras contiene el CC aun tratándose de supuestos en los que el contratista sea un empresario. En este sentido, las SSTs de 25 de marzo de 1957 y de 7 de octubre de 1964 al afirmar que la forma de retribución a que se refiere el artículo 1592 CC, es perfectamente aplicable al contrato de empresa cuyo objeto consiste en la ejecución de un edificio.

En consecuencia no estamos en presencia de una relación jurídico-mercantil, sino ante un contrato civil al que no es aplicable el artículo 944 CCom. ... Las discrepancias doctrinales existentes no enturbian la solución favorable a un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil por las siguientes razones: a) La reclamación extrajudicial fue introducida «ex novo» por el CC como medio de extender las posibilidades del acreditamiento del «animus conservandi» de las acciones, frente a una formalización excesiva que permitiera considerar abandonadas las acciones, cuando constaba por otras vías una voluntad contraria a tal «derelictio» de los derechos. b) Cronológicamente, la posterior fecha de promulgación y publicación del CC, respecto del CCom abona la solución de integración que se propone al considerar incorporado tal medio interpretativo de la prescripción al artículo 944 Ccom. c) El principio conforme al cual debe entenderse que la Ley general no deroga a la Ley especial no es aplicable a este supuesto, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida «especia-

lidad» frente al Derecho común de las obligaciones y contratos mercantiles, sino más bien argumentos en contra derivados del criterio antiformalista que para los contratos de comercio reconoce el artículo 50; de la importancia del principio de buena fe en la ejecución y cumplimiento de estos contratos, que recoge el artículo 57 y del principio de favor al deudor que en cuanto a las dudas que se originase señala el artículo 59, todos del CCom. d) Las discriminaciones en la aplicación de las normas que no resultan fundadas, como sucedería en este caso, si pese a lo dicho, se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, lo que supondría infracción del principio de igualdad ante la Ley, reconocido por el artículo 14 de la vigente Constitución. El punto de vista jurídico que se adopta en el asunto se sustenta, además, en nuevos argumentos interpretativos ya que se toma en consideración, la pauta seguida por el legislador mercantil en la LCCH, que, tras establecer los plazos de prescripción de las acciones cambiarias (artículo 89), aclara que «serán causas de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1973 CC», lo que supone una decidida apuesta en favor de la estimación unitaria de aquella”.





**En Auto de quince de abril de dos mil diez, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo falla el Tribunal –Ponente Ilmo Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido–, que: 1) cuando el juez haya aplicado el baremo para accidentes de tráfico, las cantidades pagadas por prestaciones de seguridad social sólo puede compensarse con indemnizaciones reconocidas por el lucro cesante, que debe ser al menos el 100% del salario cobrado al tiempo del accidente, no pudiendo compensarse las prestaciones recibidas por el trabajador con la indemnización de la Tabla V del baremo, cuando éstas, junto con su posible mejora convencional, no superen el 100%, y si lo superan, sólo podrá compensarse hasta alcanzar ese porcentaje y 2) las prestaciones por incapacidad permanente y el importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial o por lesión permanente no invalidante sólo cabe compensarlo con las indemnizaciones concedidas por lucro cesante, y el capital coste de la pensión de Seguridad social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por el factor corrector de la incapacidad permanente que se establece en la Tabla VI del Baremo, siendo facultad del juzgador el determinar qué cantidad se compensa.**

“En la sentencia de contraste se determina que la Tabla IV persigue reparar los daños y perjuicios que se derivan de la incapacidad permanente del perjudicado para la ocupación o actividad habitual de la víctima, compensando tanto las incapacidades para actividades profesionales como extraprofesionales, quedando al “prudente arbitrio del juzgador de la instancia la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar que parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y que parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, asearse, etc. y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabría esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos

culturales, realización de actividades manuales, etc.)”. Si bien puede revisarse la indemnización cuando haya existido error por parte del juzgador, no existiendo éste, queda a su “prudente arbitrio” y en atención “a las circunstancias concurrentes”, la cantidad del factor corrector de la incapacidad permanente que se imputa a la incapacidad laboral y la que se imputa al impedimento para otras actividades, considerando, en este concreto supuesto, la Sala, que “la prestación de la seguridad social causada por incapacidad permanente ya contempla la pérdida de capacidad productiva”... Respecto de la solicitud del trabajador de aplicación el factor de corrección por la incapacidad permanente absoluta, considera la Sala que no procede, ya que percibe prestación del sistema sanitario público y en caso contrario se daría una duplicidad indemnizatoria pues la prestación de seguridad social ya contempla la pérdida de capacidad productiva”.



**La sentencia Nº 194/2010, diez de Abril –Ponente Ilmo. Sr Marín Castán–, decide un supuesto no infrecuente en la realidad cotidiana –sí en la judicial–, el de la interpretación legal de las consecuencias de un juego de azar, una partida de bacarrá perdiendo 39 millones de ptas, de los que el perdedor entregó 9 millones en metálico el día siguiente, entregó cuatro solares por valor de 13 millones mes y medio después, transmitió luego una vivienda por 9 millones y se obligó a pagar 8 millones en fecha determinada.**

“...es cierto que el fundamento del art. 1798 CC en la idea de la obligación natural resulta más que dudoso, como hace ya tiempo se indicó por un importante sector de la doctrina científica, y es más razonable hallarlo en el régimen de las obligaciones nacidas de un contrato con causa ilícita o con causa torpe de los arts. 1305 y 1306 del mismo Cuerpo legal, siempre sin olvidar que para éste el juego y la apuesta son contratos, regulados en el Título XII de su Libro IV como contratos aleatorios. Sin embargo de ello no se deriva la consecuencia propuesta en el motivo, esto es que sólo sea irrepetible lo pagado durante la partida de cartas, pues el art. 1798 CC extiende la irrepetibilidad a lo pagado “voluntariamente”, y por tanto no hay razón alguna para excluir de la irrepetibilidad los pagos voluntarios aunque sean posteriores a la partida, como sucedió en el caso examinado. En definitiva, despenalizados hoy el juego y la apuesta, aunque no legalizados sino bajo determinadas condiciones, el origen de la deuda en una partida de cartas no incluye entre los juegos no prohibidos del art. 1800 CC poner su art. 1798 en relación con su art. 1306-1ª y, en consecuencia, negar al perdedor de la partida la repetición de lo “dado en virtud del contrato”, pues participó en el hecho de igual modo que el ganador de la partida.

Por lo que se refiere al otro tipo de argumentos, los relativos a la indefinición jurídica de la propiedad de los solares, tampoco pueden ser acogi-

dos: primero, porque el art. 1798 CC, única norma citada en el motivo como infringida, nada tiene que ver con lo que plantea el recurrente, que al referirse a la posesión de los solares por el demandado sin título, o tras haber sido éste declarado nulo, parece estar refiriéndose a la necesidad de título y modo para transmitir la propiedad según el art. 609 CC; segundo, porque la indefinición jurídica aducida en el motivo afecta más al demandado que al actor hoy recurrente; y tercero, porque si existió contrato, el de juego, seguido de la entrega de los solares en concepto de pago, y el art. 1798 CC establece la irrepetibilidad de lo pagado en virtud de tal contrato, entonces tampoco el art. 609 CC sería obstáculo a la transmisión de la propiedad de los solares entregados”.







**“Complementaria de la sentencia dictada el 25 de marzo de 2010, también relativa al lucro cesante, con idéntico autor como Ponente, hallamos la N° 229/2010, de 29 de marzo, de la Sala primera del Tribunal Supremo, en la que se advierte que si bien por “la puerta abierta” que aquella supone, se atisba la luz, hace falta un gran esfuerzo –entre otros ingredientes– para que pueda ser apreciado aquel”.**

“C) La aplicación de esta doctrina el caso examinado conduce a la conclusión de que debe ser desestimado el motivo, pues falta el primero de los presupuestos que han sido establecidos por esta Sala para la aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores. No se ha realizado, en efecto, prueba directa sobre la cuantía de lucro cesante. La parte se limita a afirmar que la pensión concedida supone una reducción del 45% de sus ingresos futuros. Este porcentaje, referido a la totalidad del lucro cesante, no puede considerarse como revelador de una grave desproporción, si no va acompañado de una prueba acerca del nivel de compensación que, en relación con las cantidades que componen la indemnización, especialmente por la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos y, parcialmente, por incapacidad permanente total, supone la capitalización de la pensión en relación con la expectativa de ingresos futuros de la víctima según sus circunstancias y esperanza de vida y, tratándose de una situación de incapacidad permanente total, de la posibilidad estadística de obtención de otro trabajo por parte del interesado, entre otros extremos y circunstancias relevantes.

La parte demandante solicitó que se fijase la suma correspondiente en ejecución de sentencia y afirmó en la demanda que podría determinarse mediante un informe actuarial, pero dicha prueba no fue propuesta en el proceso. La fijación de la suma objeto de la pretensión de indemnización no podría diferirse para la ejecución de sentencia, en contra de lo que dispone el artículo 219 LEC.

Por otra parte, dada la necesidad que esta Sala ha establecido de probar, como presupuesto de la existencia de lucro cesante susceptible de indemnización, la existencia de la grave desproporción en su compensación mediante la indemnización concedida, es necesaria la prueba de dichas circunstancias si lo que se pretende es que se declare la existencia del derecho a la indemnización con la finalidad de que la liquidación sea realizada en un pleito posterior, pues, según el artículo 219.3 LEC, esta posibilidad solo es aplicable si, probado el fundamento de la pretensión cuya declaración se solicita, se trata únicamente de resolver problemas de liquidación concreta de las cantidades”.



**Respecto de la validez de las notificaciones que se realicen en el servicio organizado al efecto por el Colegio de Procuradores, cumple conocer la Sentencia 3/2010, de 17 de marzo de 2010 de la Sección Primera del tribunal constitucional.**

“....este Tribunal ha afirmado que los órganos judiciales no pueden presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, que las notificaciones realizadas a través de terceras personas (conserje de la finca, vecino, Procurador) hayan llegado al conocimiento de la parte interesada, cuando la misma cuestiona fundamentadamente la recepción del acto de comunicación procesal o la fecha en que le fue entregada la cédula por el tercero, supuesto en el cual, a la vista de las circunstancias del caso, de las alegaciones formuladas y de la prueba que pudiera eventualmente practicarse están obligados a emitir un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad o no de que el tercero haya cumplido con su deber de hacer llegar en tiempo el acto de comunicación procesal a su destinatario (SSTC 275/1993, de 20 de septiembre, FJ 4; 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3; 78/1999, de 26 de abril, FJ 2; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 116/2004, de 12 de julio, FJ 5).

El Juzgado de Instrucción dio traslado de la resolución cuya efectiva recepción se cuestiona a través del servicio de notificaciones del Colegio de Procuradores, constando en la diligencia de notificación el sello del Colegio como prueba de la recepción. Es cierto, como sostiene el recurrente, que en esa notificación no aparece la firma de la Procuradora y que del examen de las actuaciones se desprende, como también destaca el Ministerio Fiscal, que no existe constancia de la devolución al Juzgado del ejemplar que la Procuradora debió firmar, de acuerdo con lo previsto en el art. 154.2 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC).

A este Tribunal no le corresponde decidir si en el presente caso resultaba de aplicación el art. 272 LOPJ o el art. 154.2 LEC,... En efecto, el órgano judicial estimó correctamente cumplido el acto de notificación de conformidad con la literalidad del precepto al que se acoge, el art. 272 LOPJ, en la redacción del mismo vigente al momento de los hechos y que establece, con carácter general y para

todo tipo de procesos que en las notificaciones que se realicen en el servicio organizado al efecto por el Colegio de Procuradores, “la recepción de la notificación por este servicio producirá plenos efectos”. Lo cual no puede estimarse arbitrario, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente, puesto que existe constancia en las actuaciones de la recepción de la comunicación por el Salón de Procuradores del Colegio de Procuradores, acreditada mediante el sello del Colegio, y no se aprecia razón alguna para cuestionar con carácter general el sistema articulado a través de la citada previsión legal (STC 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3; ATC 220/2009, de 16 de julio, FJ 2).

La única cuestión que nos compete resolver es si en el proceso se cuestionó fundamentadamente la efectividad de la notificación, lo que –de conformidad con la jurisprudencia anteriormente expuesta y por exigencias del art. 24.1 CE– hubiera determinado la necesidad de un pronunciamiento expreso del Juzgado acerca de si la notificación llegó efectivamente a conocimiento de la parte. Y la respuesta a esa cuestión ha de ser negativa, pues en el presente caso ni se ha acreditado la concurrencia de circunstancias excepcionales que excluyan la negligencia del Procurador, ni se aportado prueba alguna tendente a acreditar la existencia de irregularidades en el mecanismo a través del cual el Salón de Procuradores hace efectiva la entrega a los profesionales de las notificaciones recibidas. El recurrente se limita a afirmar que la Procuradora no llegó a recibir la notificación, argumentando que no consta su firma, por lo que pudo haberse traspapelado. Pero ésta es una afirmación que carece de base probatoria alguna, pues nada se ha argumentado o intentado acreditar acerca de las razones por las que la recepción no se habría producido. Por otra parte, dado que lo que se dilucidaba era la cuantía de la responsabilidad civil derivada de delito en un juicio de faltas, tampoco puede afirmarse la especial trascendencia de la resolución notificada para la parte”.



**El fútbol no solo es fuente de satisfacciones nacionales sino también de conflictos –legales–, en el caso relativo a la Real Sociedad, y las lesiones incapacitantes de un jugador, decidido en sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, nº 205/2010, de 8 de abril, en la que se considera que la oscuridad, o "interpretabilidad" no pueden favorecer –eximiéndole de pagar intereses– a quien la propicia deviniendo en la falta de aplicación del artículo 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro, según el cual «no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable».**

«Lo anterior nos lleva a concluir que la condena al pago de los intereses es una consecuencia de su propia conducta, de modo que propiciaron la oscuridad de las cláusulas y, además, conociendo el siniestro, no se preocuparon de tener una actitud diligente para evitar el pago de los intereses a los que ahora han resultado condenados (sentencia de 14 julio 2008, así como las de 17 septiembre, 29 octubre y 10 noviembre 2008, entre las más recientes)».

Dicho razonamiento, que conduce a no tener en cuenta la excepción prevista en el artículo 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro, resulta de plena aplicación al caso, ya que la cláusula llamada de "pago simultáneo" según la cual la aseguradora Musini S.A. –hoy Mapfre Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.– no estaba obligada a pagar la indemnización correspondiente a cualquier siniestro acaecido y cubierto por la póliza hasta tanto le hubieran pagado a ella unas desconocidas reaseguradoras –que no figuraban en el contrato– había sido redactada por la propia entidad Musini S.A. y declarada ilícita por la Audiencia en tanto contrariaba lo dispuesto por el artículo 77 de la Ley de Contrato de Seguro, según el cual «El pacto de reaseguro interno, efectuado entre el asegurador directo y otros aseguradores, no afectará al asegurado, que podrá, en todo caso, exigir la

totalidad de la indemnización a dicho asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que a éste corresponda frente a los reaseguradores, en virtud del pacto interno»; mientras que, del mismo modo, declarada por informes médicos la desconexión entre la lesión sufrida por el jugador Fernando respecto de la que había padecido con anterioridad, la aseguradora siguió remitiendo a la parte actora a una inexigible negociación con sus reaseguradores sin adoptar por su parte las medidas necesarias para comprobar tal extremo y cumplir con sus obligaciones contractuales; por lo que fue su propia conducta la que le llevó a incurrir en la obligación de pago de intereses, sin que –por último– puede dicha parte alegar frente a la beneficiaria de la indemnización y del pago de intereses, para eximirse de la obligación de pago de los mismos, la propia duración del proceso judicial a que su propia conducta dio lugar con la complejidad que al mismo infundieron sus alegaciones para resistirse a la obligada satisfacción de la indemnización derivada del contrato de seguro suscrito”.





**En el pasado mes de Junio podíamos leer en distintas publicaciones, el reflejo de los acuerdos de las Juntas de Jueces de Murcia, Cartagena, Málaga, Valencia, Alicante –y de modo no tan “abierto” pudiesen haberse adherido muchas más provincias–, cuya plasmación provocaría una grave ralentización en la tramitación y resolución en todas las jurisdicciones de cuantos problemas acucian al justiciable , y se ve abocado a impetrar una solución a la Justicia –normalmente , además con la mediación técnica de abogado, y procurador–; en cierto aspecto es el reflejo de la crisis económica, en la judicial, y por ello en el aparato encargado –ya antes de la crisis– de resolver los problemas legales del ciudadano. De este modo, el daño se socializa, pero con un efecto acumulativo, desproporcionado en –de algún modo– los mas vulnerables , y necesitados de protección; al final, todos tendrán razón, pero muchos con razones acumuladas, y dudo que podamos explicarselo, que acepten, o les sirva la explicación.**

“Los jueces han ‘estallado’. A la excesiva carga de trabajo que, aseguran, soportan desde hace años, se ha unido ahora el anuncio del recorte de sueldos y ha sido demasiado. Ayer, apenas tres días después de que el ministro del ramo, Francisco Caamaño, se dejase ver por primera vez por la Región, la junta general de jueces del partido de Murcia suscribía un comunicado ‘explosivo’. Tal y como ya se ha planteado en otras comunidades, medio centenar de jueces y magistrados murcianos amenazan con ‘colapsar’ los juzgados, limitándose a tramitar sólo los asuntos «exigibles» y a no sobrepasar las horas de audiencia, si Justicia no acomete, y pronto, una reforma contundente. La junta general de jueces de Murcia, a la que ya se ha unido su homóloga en Cartagena para que se produzca ese temido atasco, los magistrados no necesitan quedarse de brazos cruzados. Es suficiente con que, como aseguran harán a partir de ahora, se ciñan a los módulos de carga de trabajo que fija como razonables el propio CGPJ”.

“Los jueces y magistrados de Zamora acordaron hoy de forma unánime” suscribir las medidas acordadas por la Junta General de Jueces de Murcia y de Cartagena de fecha 2 de junio de 2010”.

“La Junta General de Jueces de Málaga, que conforman más de setenta magistrados, se suma de esa manera a los acuerdos adoptados por sus compañeros en otras ciudades como Valencia, Alicante, Murcia y Cartagena en esta materia. Con la decisión de poner límites a la carga de trabajo que soportan pretenden «no suplir con nuestro exclusivo esfuerzo las carencias que presenta el sistema de la administración de Justicia».

Este ajuste se va a dejar sentir sobre todo en el señalamiento de los juicios ordinarios. Según fuentes judiciales, cada jurisdicción (penal, civil, social, mercantil y contenciosa), establecerá unos criterios homogéneos sobre el número de vistas a celebrar por cada juzgado y semana.

El resultado será que, de acuerdo con esa «carga de trabajo razonable», se señalarán bastantes menos juicios de los que en la actualidad están asumiendo los magistrados. De esta forma, es más que previsible que la resolución de todo tipo de demandas y denuncias en los juzgados malagueños se retrase aún más y agrave la ya de por sí preocupante situación de las oficinas judiciales”.

## entrevista a...



Andrés Cid Luque



por M<sup>a</sup> Carmen Ruiz-Matas Roldán

En esta ocasión hemos elegido como protagonista de nuestra Entrevista a DON ANDRÉS CID LUQUE, Abogado de larga trayectoria y experiencia, una persona muy involucrada en nuestra Asociación y miembro de la misma desde sus comienzos, actualmente ostenta el cargo de Vicepresidente, con lo que dicho puesto representa, por lo que dado el X Aniversario de la creación de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, entendemos que se trata de la persona idónea para poder hacer repaso de la trayectoria de la misma así como para informarnos al detalle sobre sus proyectos y el futuro de nuestra Asociación.





**Si retrocediéramos diez años y nos situáramos en el momento en el que se creó la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro ¿cuál sería el balance que podríamos realizar sobre estos años de andadura?**

Decir simplemente positivo, sería injusto, pues, el balance real ha sido impresionante. En un país como el nuestro, donde todos nos dejamos llevar de las pasiones propias, pero olvidamos las ajenas, crear algo de la nada, no sólo tiene mérito, sino que entraña un riesgo personal increíblemente meritorio.

Pero lo realmente importante, es que todos los asociados debemos sentirnos muy satisfechos con la Asociación que hoy tenemos, gracias a la contribución de todos, y la prueba más evidente y palpable, es, nuestra revista y los Congresos anuales.

**¿Podríamos decir que se han cumplido o se vienen cumpliendo, los objetivos y propósitos que fueron objeto de su creación?**

Creo que sí, y quizás lo más llamativo y enorgullecido –con independencia de los múltiples estudios desarrollados que son muy importantes– es, la enorme camaradería y amistad que se ha creado entre los miembros de nuestra asociación.

**¿Podrías explicarnos cómo ha crecido nuestra Asociación, tanto en número de miembros como en actividades y proyectos?**

Si bien es cierto, que al inicio, se crearon algunas suspicacias entre los diferentes abogados, que a su vez, formábamos parte de las comisiones de letrados especializados en responsabilidad civil y seguro de los distintos Colegios, después se comprobó, que lo que se quería hacer en la Asociación Nacional era sumar y nunca restar nada. Por ello,





el paulatino incremento de asociados durante estos diez años, nos ha llevado al segundo lugar del ranking de este tipo de círculos especializados.

Si bien los proyectos aún están en fase de desarrollo, la gran mayoría de ellos ya son una realidad, y además, compartimos anualmente experiencias de todo nuestro país.

**Sabemos que actualmente se ha elegido a dicha Asociación para que participe en el equipo de trabajo sobre la tan ansiada y comentada reforma del Sistema de Valoración del Daño Corporal ¿qué supone dicha participación y cómo se está afrontando por parte de la Asociación?**

El respaldo y reconocimiento que ha supuesto para la Asociación, el ser elegidos para formar parte de la Comisión que está estudiando y desarrollando el Sistema de Valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, es un principio de asentamiento de nuestra asociación entre los sectores importantes del panorama legislativo nacional.

En cuanto a la participación, es indudable que la eficacia que demuestra en su labor diaria el Secretario General Javier López y García de la Serrana, se deja sentir en la comisión, pero de lo que no cabe la menor duda a nadie en nuestro país, es, que sin la presencia de nuestro Presidente Mariano Medina en ese foro, la comisión estaría avocada al fracaso, pues, ¿quién tiene mayor capacidad de estudio que él y más entrega?.

**¿Qué otro tipo de intervenciones o colaboraciones se están realizando con otras Asociaciones u organismos dedicados a nuestra materia?**

Los distintos miembros de la asociación, tratamos por todos los medios, de dejar la impronta





nuestra en los diferentes Colegios a los que pertenecemos, y a su vez, intentamos formar parte de otros Colectivos afines con el nuestro.

Recientemente al Secretario General, Javier López, se le ha nombrado también Secretario General para Andalucía en la SEAIDA que, como todos sabemos, es el máximo exponente del estudio del seguro en el orden internacional.

**¿Podríamos decir que nuestra Asociación está teniendo una participación decisiva en el desarrollo y estudio actual del derecho de seguro y la responsabilidad civil?**

Sería pretencioso realizar una afirmación de este tipo, pero de lo que no se puede reprochar a los miembros de nuestra asociación, es, que no exista el máximo esfuerzo por debatir las ideas que anualmente compartimos, y en ir facilitando unos estudios de la especialidad para un futuro con mejores perspectivas de nuestra disciplina.

**¿Cómo afrontan los miembros de la Asociación el futuro de misma? ¿Cuáles son sus proyectos más próximos?**

A lo largo de la entrevista, he intentado, en la medida de mis posibilidades, ir haciendo un recorrido de lo que fue el pasado, y de lo que pretendemos sea el futuro, pero que duda cabe, que dependerá

de todos nosotros, implicándonos constantemente, sin dejar pasar las oportunidades, que consigamos los objetivos marcados de formación y estudio, para que los próximos miembros, hereden una labor desarrollada con esmero y sobre todo con mucho cariño.

**Durante estos años, la celebración del Congreso Nacional de la Asociación ha venido siendo el evento más importante de la Asociación, dada la participación en los mismos y la calidad de sus ponentes y las materias desarrolladas, en este sentido ¿qué puedes adelantarnos de los próximos Congresos a celebrar?**

Tengo la gran suerte de que el Congreso Nacional de 2011 se va a celebrar en CÓRDOBA. Que sea yo el que elogie mi tierra sería de un pretencioso que se tornaría en cursilería. Pero lo que si puedo prometer en nombre de mis paisanos es, que nadie va a quedar defraudado, ni en el plano humano, ni en el plano jurídico, ni por supuesto en el plano de diversión y cultura.

Intentaremos con todo nuestro empeño, que nuevamente CÓRDOBA demuestre su implicación con los temas que han dado origen y sentido a la Asociación. Esperemos que sepáis comprender los errores y fallos que cometamos, que seguro que los habrá, pero sin duda serán involuntarios.









# ¡VAYA RESPONSABILIDAD!

## Demasiados intereses en juego

La Responsabilidad Civil es una materia jurídica que pone en juego muchos intereses, los cuales deben discorrir por **un largo y complejo camino**: evaluar el daño, la relación causa-efecto, diferentes jurisdicciones, legitimación activa y pasiva...

El núcleo de esta disciplina parte del Código Civil de 1889, y, aunque recogido en tan sólo un artículo, es aplicable a infinidad de situaciones, que crecen al mismo ritmo que evoluciona la sociedad. Existe normativa específica que en ocasiones no se conoce y el hecho causante, además, puede implicar tener que acudir a diferentes jurisdicciones.

**Sepín** dispone de un equipo de especialistas, coordinados por **José Antonio Seijas Quintana**, que le ofrece un sistema de servicios e información permanentemente actualizados, que ayudándole a encontrar **el camino más sencillo**.

## Servicios de Suscripción de Responsabilidad Civil y Seguro

**Base de Datos elite.** Sencilla y rápida herramienta que gestiona una gran base documental con Jurisprudencia, Consultas, Artículos Doctrinales, Legislación, Formularios y Utilidades.

**Cuadernos Jurídicos.** Disfrute de una publicación bien editada que incluye los mejores contenidos de la Base de Datos **elite**, con dos secciones principales: Actualidad y Jurisprudencia al Detalle.

**Sepinform®.** Boletín electrónico de periodicidad mensual. Documentos de actualidad: Sentencias, Consultas, Doctrina y Novedades legislativas.

**Asistencia a la Búsqueda.** Si no encuentra el documento que necesita, este Servicio le proporcionará ayuda personalizada. Respuesta garantizada.

### Oferta Especial

### Suscripción Responsabilidad Civil y Seguro

**25 €/mes\***

Y además, como **OBSEQUIO**,  
el libro de **José Antonio Seijas Quintana**

*Magistrado de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo*

**"Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales"**



La obra hace especial hincapié en los aspectos más importantes derivados de la responsabilidad civil desde un punto de vista eminentemente práctico, citando la jurisprudencia de los Tribunales con los criterios que se están imponiendo.

**Más información en el 902 33 88 00 • [www.sepin.es](http://www.sepin.es)**



ESTRELLA  
SEGUROS



VITALICIO  
SEGUROS

# AHORA SOMOS



# GENERALI

## Seguros

Las dos compañías del Grupo GENERALI, Estrella y Vitalicio, se han unido bajo la marca GENERALI Seguros para ofrecer a sus clientes, empleados y proveedores una compañía más fuerte, una gestión aún más eficiente y una mayor calidad de servicio. La del tercer grupo asegurador europeo.

GENERALI es protagonista en el mercado asegurador español desde hace más de 175 años, cuenta con la confianza de más de 3 millones de asegurados en nuestro país y es una referencia mundial en seguros, asistencia y servicios financieros gracias a sus más de 70 millones de clientes.



Más información en [www.generali.es](http://www.generali.es)

