

El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte*

Juan Antonio Xiol Ríos
Presidente de la Sala Primera del
Tribunal Supremo

Sumario

1. Daño emergente o lucro cesante futuros: planteamiento de la cuestión

- 1.1 Las lesiones permanentes y el lucro cesante actual y futuro
- 1.2 Principio general: reparación íntegra del daño
- 1.3 Inclusión del lucro cesante

2. El lucro cesante por incapacidad permanente

- 2.1 ¿Se indemniza el lucro cesante con el factor de corrección por perjuicios económicos?
- 2.2 ¿Se indemniza el lucro cesante con el factor de corrección por incapacidad permanente?
- 2.3 Conclusión: la existencia de una antinomia
- 2.4 Las soluciones establecidas por la doctrina científica y por los tribunales antes de la STS de 25 de marzo de 2010

3. La sentencia de 25 de marzo de 2010: análisis por el TS de las distintas soluciones propuestas

- 3.1 La solución pragmática
- 3.2 La solución realista
- 3.3 La solución positivista
- 3.4 La solución argumentativa

* Ponencia impartida en las Jornadas sobre Valoración del Daño, conmemorativas del X Aniversario de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, celebradas en Madrid el 17 y 18 de noviembre de 2011.

4. Requisitos para la indemnización del lucro cesante por incapacidad permanente

- 4.1 Prueba de un grave desajuste
- 4.2 No-compensación por la aplicación de otros factores
- 4.3 Porcentaje máximo sobre la indemnización básica
- 4.4 Compatibilidad de factores
- 4.5 Principio de compensación proporcional
- 4.6 No aplicación a la incapacidad temporal

5. Otras sentencias del Tribunal Supremo

6. El lucro cesante producido por el fallecimiento

7. Daños emergente futuros: gastos sanitarios

8. Posibles supuestos de enriquecimiento injusto

- 8.1 La analogía in malam partem
- 8.2 El fallecimiento prematuro del perjudicado

1. Daño emergente o lucro cesante futuros: planteamiento de la cuestión

1.1 Las lesiones permanentes y el lucro cesante actual y futuro

La vieja cuestión acerca de la valoración de lucro cesante en el SV no es privativa de la incapacidad permanente, sino que afecta también a los casos de fallecimiento y de incapacidades temporales y comprende también el daño emergente futuro. Puede decirse que la cuestión deriva de la existencia de una contraposición entre principios esenciales característicos de la reparación en el Derecho de daños, por una parte, y las limitaciones que impone el SV, por otra. Estas limitaciones en el caso de los daños morales son admisibles en calidad de valoraciones efectuadas por el legislador acerca del alcance de dichos daños, pero resultan más difícilmente asimilables en los casos en los cuales se trata de daños de carácter patrimonial (aunque sean consecuencia de daños no patrimoniales o morales, como son los corporales derivados de un accidente de circulación), pues en ellos no cabe más valoración que la que resulta de su medición con criterios económicos. Esta solo puede ser modificada mediante la aplicación de criterios de imputación establecidos por el legislador acordes con los principios constitucionales y no admite modulaciones derivadas de la aplicación de criterios de valoración de signo limitativo.

Los daños o perjuicios en que consiste el lucro cesante son, sin duda alguna, daños o perjuicios de carácter patrimonial. Sin embargo, existe en los tribunales españoles una tradición

muy restrictiva en orden a su reconocimiento. Esto se debe en gran parte a la dificultad de su prueba, que es especialmente intensa cuando se trata de lucro cesante futuro. Este solo puede ser calculado mediante apreciaciones de carácter prospectivo y no mediante mediciones efectuadas sobre situaciones económicas ya realizadas. Por ello existe una tendencia a considerar que los perjuicios invocados con el carácter de lucro cesante futuro tienen carácter hipotético y carecen por ello de efectividad.

La economía actual, mucho más compleja y dinámica que la de épocas anteriores, impone reconocer la importancia no solo de las realidades económicas consolidadas, sino también de las expectativas económicas de futuro, a las que se atribuye la misma efectividad que a aquellas. Hoy día constituye una afirmación incompatible con la función económica del Derecho afirmar el carácter hipotético e incierto de las expectativas económicas cuya existencia y alcance puede ser acreditada por los mecanismos de medición que ofrecen las ciencias económicas, como ocurre con el lucro cesante futuro. El lucro cesante futuro, desde el punto de vista de su efectividad, no puede diferenciarse del lucro cesante actual y por ello esta institución reclama para sí la aplicación de los criterios clásicos sobre reparación del lucro cesante que tienen su asiento en la más vieja legislación, doctrina y jurisprudencia. En suma, la distinción entre el lucro cesante ya producido y el lucro cesante futuro se compadece mal con una distinción de carácter sustantivo en el régimen jurídico de la responsabilidad, y tiende a residenciarse en las particularidades de los mecanismos económicos y jurídicos para su cálculo y demostración.

No es, pues, de extrañar que el carácter sumamente restrictivo con que el SV trata el lucro cesante haya planteado cuestiones de capital importancia, las cuales han sido objeto de discusión y tratamiento doctrinal y jurisprudencial.

La STS de 25 de marzo de 2010, que examina el problema del lucro cesante producido como consecuencia de lesiones permanentes, centra la cuestión de lucro cesante en relación con el SV poniendo de manifiesto la existencia de una antinomia, la cual desencadenará la necesidad de una interpretación creadora por parte del TS. Los pasos mediante los cuales se reconoce la existencia de esta antinomia en la sentencia son los que se examinan en los siguientes epígrafes.

1.2 Principio general: reparación íntegra del daño

Comienza el TS registrando que la LRCSCVM y el SV que se contiene en el Anexo consagran un principio de reparación integral del daño, el cual se proyecta no solamente en el momento de la determinación de los daños que deben ser indemnizados como consecuencia de un accidente de circulación, sino también sobre la cuantificación de los mismos:

«El régimen legal de responsabilidad civil por daños causados en la circulación distingue conceptualmente entre la determinación del daño y su cuantificación. La determinación del daño se verifica al establecer la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la circulación. El artículo 1.1 LRCSCVM establece que “[e]l conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.” La cuantificación del daño, según el artículo 1.2 LRCSCVM, debe realizarse “en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley”, es decir, con arreglo al Sistema de valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación (llamado usualmente “baremo”).

»La determinación del daño se funda en el principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados. Así se infiere del artículo 1.2 LRCSCVM, el cual define como daños y perjuicios determinantes de responsabilidad “[l]os daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se

deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales”.

»En la cuantificación del daño se aplica el mismo principio de reparación íntegra del daño causado. El criterio del apartado primero, número 7, del Anexo enumera las circunstancias que se tienen en cuenta “[p]ara asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados”. La Tabla II, según las reglas del Anexo segundo, sobre explicación del sistema, describe los criterios para ponderar los “restantes daños y perjuicios ocasionados” en el caso de fallecimiento, es decir, los que exceden de la indemnización básica que resulta de la aplicación de la Tabla I. Este principio es también aplicable a la Tabla IV, en el caso de lesiones permanentes, cuya explicación se remite a la de la Tabla II. De esta suerte, la Tabla IV describe los criterios para ponderar los “restantes daños y perjuicios ocasionados” en el caso de lesiones permanentes, es decir, los que exceden de la indemnización básica que resulta de la aplicación combinada de las Tablas III y VI».

1.3 Inclusión del lucro cesante

El segundo paso que da la STS de 25 de marzo de 2010 consiste en poner de relieve que tanto la LRCSCVM como el SV contenido en su Anexo incluyen expresamente el lucro cesante dentro de los conceptos que deben ser indemnizados como daños producidos por un accidente de circulación:

«Con arreglo a este principio de reparación integral del daño causado, el régimen de responsabilidad civil por daños a la persona en accidentes de circulación comprende el lucro cesante.

»En el ámbito de la determinación del daño, el artículo 1 LRCSCVM incluye en los daños y perjuicios causados a las personas “[e]l valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener”. Este sintagma se toma del artículo 1106 CC, el cual se admite pacíficamente que se refiere al lucro cesante.

»En el ámbito de la cuantificación del daño, el Anexo, primero, 7, establece como circunstancias que se tienen en cuenta para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados “las circunstancias económicas, incluidas las que afecten a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado”.



»A su vez, los aumentos resultantes de la aplicación de los factores de corrección comprendidos en la Tabla II, y consiguientemente, en la Tabla IV, se satisfacen separadamente y con carácter adicional a los que la LRCSCVM llama “gastos correspondientes al daño emergente, esto es, los de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro y funeral” (Anexo segundo, Tabla II). Con ello, a contrario sensu [por inversión lógica], debe admitirse que se contemplan criterios para la valoración del lucro cesante».

2. El lucro cesante por incapacidad permanente

2.1 ¿Se indemniza el lucro cesante con el factor de corrección por perjuicios económicos?

Hasta aquí el TS ha constatado la vigencia del principio de reparación integral del daño causado en accidente de circulación y la inclusión del lucro cesante entre los daños que deben ser objeto de indemnización. La sentencia no se refiere de manera específica, al menos en este momento, a la distinción entre el lucro cesante actual y el lucro cesante futuro. Ambos, sin embargo, deben ser equiparados por las razones a que anteriormente me he referido. Solo así se explican las afirmaciones que realiza el TS a continuación, para demostrar que el lucro cesante, el cual, en este caso, tiene el carácter de

lucro cesante futuro, no es suficientemente indemnizado en los casos de incapacidad permanente por el factor de corrección por perjuicios económicos contenido en la Tabla IV:

«En la Tabla IV, que es la aplicable en el caso enjuiciado, el factor de corrección por perjuicios económicos se integra con un porcentaje mínimo y máximo de aumento sobre la indemnización básica respecto de cada tramo en que se fijan los ingresos netos de la víctima calculados anualmente. Este factor aparece incluido, con estructura y contenido casi idénticos, en las tablas II (fallecimiento), IV (lesiones permanentes) y V (incapacidades temporales).

»Este factor de corrección está ordenado a la reparación del lucro cesante, como demuestra el hecho de que se fija en función del nivel de ingresos de la víctima y se orienta a la reparación de perjuicios económicos. La regulación de este factor de corrección presenta, sin embargo, características singulares. Su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre la indemnización básica, es decir, sobre un valor económico orientado a resarcir un daño no patrimonial, y se funda en una presunción, puesto que no se exige que se pruebe la pérdida de ingresos, sino sólo la capacidad de ingresos de la víctima. De esta regulación

se infiere que, aunque el factor de corrección por perjuicios económicos facilita a favor del perjudicado la siempre difícil prueba de lucro cesante, las cantidades resultantes de aplicar los porcentajes de corrección sobre una cuantía cierta, pero correspondiente a un concepto ajeno al lucro cesante (la indemnización básica) no resultan proporcionales, y pueden dar lugar a notables insuficiencias».

2.2 ¿Se indemniza el lucro cesante con el factor de corrección por incapacidad permanente?

Acto seguido, el TS analiza si lucro cesante puede considerarse resarcido con el factor de corrección por incapacidad permanente también contenido en la Tabla IV y rechaza esta posibilidad. Sin embargo, como después se verá, el TS admite que, en atención a las circunstancias del caso, y a la falta de vertebración del sistema de resarcimiento previsto en el SV, cabe que los tribunales consideren que el factor de corrección por incapacidad permanente resarce parcialmente el lucro cesante. Dice así el TS:

«El factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta ha sido interpretado por algunos como un factor que tiene por objeto resarcir el perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral. Sin embargo, esta opinión es difícilmente admisible con carácter absoluto, pues la regulación de este factor demuestra que tiene como objeto principal el 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 (en este sentido se ha pronunciado la STS [Social] de 17 de julio de 2007, RCU 4367/2005)».

2.3 Conclusión: la existencia de una antinomia

La conclusión a que llega el TS es la de la existencia de una antinomia, es decir, de una

contradicción entre dos preceptos legales. Dado que esta antinomia se produce entre principios (reparación integral del daño en relación con la inclusión del lucro cesante como daño susceptible de ser indemnizado) y reglas de conducta (normas sobre la valoración del daño y sobre los conceptos que concretamente deben ser tenidos en cuenta para esta valoración) pudiera pensarse que no existe antinomia alguna, pues las reglas de conducta, como normas más concretas, deben prevalecer sobre los principios. Esta afirmación sería manifiestamente errónea, por cuanto la doctrina jurídica admite la posibilidad de una contradicción entre principios y normas concretas que puede traducirse en una antinomia cuando no puede conocerse con claridad un criterio de preferencia de las reglas sobre los principios o viceversa. La forma en que el TS establece la existencia de esta antinomia es la siguiente:

«En suma, se advierte la existencia de una antinomia entre la consagración del principio de la íntegra 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».

2.4 Las soluciones establecidas por la doctrina científica y por los tribunales antes de la STS de 25 de marzo de 2010

El reconocimiento de la existencia de una cuestión acerca de la valoración de lucro cesante, tal como aparece recogida en esta sentencia del TS, constituía un lugar común en la doctrina científica y en las sentencias de las audiencias provinciales. A continuación me propongo hacer un brevísimo resumen de las soluciones principales que se habían propuesto o aplicado en algunas sentencias. Me ha parecido también interesante, dado que, como he dicho, se trata de uno de los “casos difíciles” con los que tropezamos de vez en cuando los juristas, poner de manifiesto la perspectiva jurídica que, desde el punto de vista filosófico, envuelve implícitamente cada una de las distintas posiciones.

A) La solución pragmática

A) El pragmatismo formalista constituye hoy una posición muy extendida en la práctica jurídica. Se caracteriza, entre otros extremos, por reconocer mucha importancia al texto de las normas y por resolver los conflictos jurídicos, incluso los casos difíciles, mediante la elabora-

ción de deducciones lógicas de carácter formal completadas mediante reglas interpretativas de contraste entre las diversas normas, complementadas con cláusulas implícitas o explícitas de cierre, tales como la interpretación restrictiva de los preceptos imperativos o limitativos de derechos, argumentos *inclusus/exclusus*, a *simile* o a contrario, prohibición/permisión, normas sobre carga de la prueba, presunciones, etc.

B) A mi juicio constituye una expresión del pragmatismo formalista la posición doctrinal que mantiene que el lucro cesante no puede ser indemnizado en ningún caso por encima de los límites que supone la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos.

La remisión que el artículo 1 LRCSCVM contiene a los criterios del Anexo que contiene el SV es interpretada por quienes defienden esta posición como una remisión a los límites de indemnización del Anexo y, en consecuencia, como una forma de la destacar su valor vinculante.

Para esta posición doctrinal, el artículo 1.2 LRCSCVM determina que no son resarcibles aquellos daños que no aparecen regulados en el Anexo y los contemplados en él solo pueden valorarse dentro de los límites cuantitativos fijados en las tablas.

La SAP Asturias 24 oct. 2005 constituye un ejemplo de esta posición al afirmar “compartir este Tribunal el criterio de la Juzgadora de primera instancia en orden a estimar que, en el sistema legal de baremación vinculante y de obligado cumplimiento, se incluyen tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales o morales de forma que la indemnización correspondiente en cada caso siempre tiene el límite establecido en el citado baremo. En definitiva en este aspecto el baremo [...] es completo en sí mismo y así resulta de lo dispuesto en la regla 1.7 del mismo”.

C) En esta posición, en definitiva, se acude como solución a la prevalencia de la cláusula de exclusión propia de todo SV fundado en reglas legales de tasación del daño, consistente en que la valoración no puede exceder de los límites cuantitativos fijados en las tablas ni incluir conceptos no comprendidos en ellas.

B) La solución realista

A) Las posiciones realistas consideran que la vinculación del juez al Derecho es solo aparente. En las versiones más amargas, el realismo

considera que los jueces aplican una especie de socio-legalidad (Kennedy), producto de su personalidad, de su formación y cultura, de la influencia que sobre ellos ejerce la sociedad y de sus prejuicios. Esta posición es poco exigente respecto a la sujeción a la literalidad de la ley y da gran importancia al juego de los intereses sociales y, en general, a la necesidad de hacer justicia por encima de las opciones de legislador, tan interesadas como pueden serlo las del juez. La verdadera decisión del juez no se produce en función de los argumentos utilizados en la sentencia, que tienen un valor de mera justificación (contexto de justificación), sino en el momento de seleccionar las premisas o razones jurídicas o extrajurídicas que realmente influirán en su ánimo (contexto de descubrimiento).

B) A mi juicio constituye una expresión de realismo jurídico la posición científica que mantiene la procedencia de considerar susceptible de ser indemnizado el lucro cesante en su totalidad, por encima de los límites establecidos en las tablas, aplicando lo que se ha llamado una indemnización fuera de las tablas, pero dentro del SV, consistente en entender que la concurrencia de circunstancias excepcionales, que no puede haber sido prevista por el legislador, determina la procedencia de establecer una indemnización independiente de las tablas al amparo del principio sentado en el anexo, primero, 7, que establece el principio de reparación integral del daño y menciona la concurrencia de circunstancias excepcionales ligadas, entre otros extremos, a la situación económica y laboral de la víctima.

Esta posición pone de relieve que el artículo 1.2 LRCSCVM se remite, en primer lugar, a los criterios del Anexo y, en segundo lugar, a los límites indemnizatorios fijados en él. Cabe, en consecuencia, valoraciones efectuadas de acuerdo con los criterios al margen de los límites indemnizatorios de carácter tabular, en la medida en que aquellas correspondan a daños no contemplados en las tablas, que son los únicos afectados por los expresados límites.

Según esta interpretación, solo mediante ella la aplicación del Sistema de valoración se acomoda al principio de reparación íntegra, pues, si no se admite, el principio de reparación íntegra aparece enunciado, para, después, resultar negado a través de los límites de las indemnizaciones.

Para esta posición doctrinal, el artículo 1.2 LRCSCVM es el que delimita los daños susceptibles de resarcimiento y su cuantificación. Las

limitaciones cuantitativas tabulares solamente afectan a la valoración del daño corporal en sí y de sus inmediatas consecuencias personales (daños morales), pero no afectan a los daños morales que no han sido tipificados en las tablas y, tampoco, a las consecuencias patrimoniales del daño corporal que no aparecen recogidas en los factores de corrección o lo son insuficientemente.

Esta interpretación se apoya no solo en el valor normativo del principio de la íntegra restitución del daño causado proclamado por el apartado primero, número 7, del Anexo, sino también en la consideración en el mismo de la concurrencia de ‘circunstancias excepcionales’, concepto que por su propia naturaleza implica la imposibilidad de su previsión específica en las tablas.

La SAP Madrid 21 sep. 2002 acoge esta tesis cuando afirma que “las circunstancias excepcionales, resarcibles a tenor de lo establecido en el inciso segundo de la Regla General 7.ª del Apartado primero del “Sistema”, están constituidas por los gastos contingentes o eventualmente necesarios (colaterales), la pérdida o limitación de la capacidad de trabajo y por el lucro cesante, concepto éste ontológicamente diverso al de “perjuicios económicos” tanto desde el punto de vista semántico cuanto material, habida cuenta que su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre un valor orientado a resarcir un daño estrictamente extrapatrimonial y las cantidades resultantes no alcanzan a satisfacer las pérdidas concretas de ingresos, cuando existen, por lo que únicamente sirven para compensar un perjuicio patrimonial básico, legalmente presumido y abstractamente tasado, compatible por tanto con la reparación del lucro cesante».

C) En esta interpretación, como puede verse, se prescinde de la aplicación de las tablas del SV fundándose en que el factor de corrección por perjuicios económicos (mediante el cual se indemniza en proporción a los ingresos que percibía la víctima) es “ontológicamente” distinto del lucro cesante, y en que cuando concurre una circunstancia excepcional no prevista en las tablas el principio de reparación íntegra del daño, establecido en el SV, autoriza a conceder una indemnización al margen de aquellas. A mi juicio, es predominante en esta posición la dicotomía entre el contexto de descubrimiento (la necesidad, impuesta por razones evidentes de justicia, de indemnizar el lucro cesante) y el contexto de justificación (que se funda en reconocer carácter de regla de conducta a un principio, incurriendo aparentemente en lo que en

ocasiones se ha llamado la falacia de los principios, y en negar que el factor de corrección por perjuicios económicos indemnice, como parece ser el propósito de legislador, el lucro cesante).

C) La solución positivista

A) Las versiones más modernas del positivismo jurídico consideran que la contradicción entre los preceptos legales, o la franca contradicción entre un precepto legal y los principios que informan la vida social, es determinante de la existencia de una laguna (que será llamada laguna axiológica en el segundo de los casos). La existencia de una laguna determina que el juez que debe resolver el conflicto se encuentre en la posición propia del legislador: no puede realizar una aplicación de la ley, porque esta no contiene una solución para el caso, sino que debe crear, con criterios de oportunidad, una norma jurídica nueva (Bulygin), la cual, a partir de ese momento, tendrá el carácter vinculante inherente a la naturaleza propia de la sentencia que se dicte.

B) A mi juicio constituye una manifestación de esta tendencia la posición que propugna la aplicación al supuesto de lesiones permanentes de la solución que dio el TC, en la STC 181/2000, al supuesto de lesiones temporales contemplado en la Tabla V.

La STC 181/2000 declaró la inconstitucionalidad del apartado B) de la tabla V del Anexo de la LRCSCVM (factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias). Nos interesa destacar las siguientes declaraciones de la sentencia:

a) La LRCSCVM convierte “la culpa en un título de imputación que, paradójicamente, siempre opera en perjuicio de los legítimos derechos de la víctima”. “[R]esulta manifiestamente contradictorio con este esquema de imputación que, cuando concurre culpa exclusiva del conductor, la víctima tenga que asumir parte del daño que le ha sido causado por la conducta antijurídica de aquél”.

b) “[L]os denominados ‘perjuicios económicos’ presentan la suficiente entidad e identidad como para integrar y constituir un concepto indemnizatorio propio”. “[E]n lugar de asignarle su verdadero carácter de partida o componente autónomo, dotado de propia sustantividad, en tanto que dirigido a enjugar las pérdidas o disminuciones patrimoniales que la víctima del daño haya sufrido y pueda acreditar, el sistema trastoca este concepto indemnizatorio para re-

ducirlo a un simple factor de corrección que se calcula sobre la base de otra partida resarcitoria de diverso contenido y alcance, que obstaculiza la individualización del daño.

c) “[E]l apartado B) de la tabla V del Anexo, en la concreta configuración legal de los ‘perjuicios económicos’ allí contenida, establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al art. 9.3 de la Constitución”.

d) “La configuración normativa de la analizada tabla V, referida a la indemnización de las lesiones temporales, determina que la pretensión resarcitoria de las víctimas o perjudicados no pueda ser efectivamente satisfecha en el oportuno proceso, con la consiguiente vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”.

e) “[L]a inconstitucionalidad apreciada, por violación de los arts. 9.3 y 24.1 de la Constitución, ha de constreñirse a las concretas previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del Anexo, y ello no de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas, determinante de ‘incapacidad temporal’, tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo”.

En los votos particulares a esta sentencia se pone de manifiesto el carácter expansivo que tiene la doctrina sentada en la misma y se da por supuesta su aplicabilidad a las tablas de valoración que contienen un factor de corrección análogo por perjuicios económicos.

Se planteó, en este sentido, la duda de si los pronunciamientos de inconstitucionalidad que efectúa el Tribunal Constitucional, los cuales literalmente sólo afectan al apartado B) de la Tabla V del Anexo, pueden aplicarse a los factores de corrección por perjuicios económicos de las tablas II y IV, aparentemente idénticas. Como después veremos, en la STS de 25 de marzo de 2010 se pone de manifiesto cómo el TC ha negado en diversas resoluciones posteriores esta extensión, considerando la cuestión como una cuestión de legalidad ordinaria.

Parece, sin embargo, que, salvadas las diferencias notables que existen en cuanto a la posibilidad de prueba del lucro cesante en unos y en otros supuestos, y la distinta condición de los

perjudicados, el factor de corrección por perjuicios económicos tiene el mismo carácter en todas las tablas, por lo que resulta difícil rebatir que los argumentos que el Tribunal Constitucional utiliza respecto de la Tabla V son aplicables también, lo que aquí interesa, a la Tabla IV. La transposición de los argumentos utilizados por la sentencia al factor de corrección previsto en esta tabla puede hacerse casi automáticamente.

Fundándose en esas razones, la posición que ahora considero estima que mediante una interpretación conforme a la Constitución del factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla IV puede considerarse que los perjuicios probados por lucro cesante en los casos de culpa relevante del conductor “en su caso” declarada judicialmente (es decir, en la terminología del Tribunal Constitucional, ‘culpa exclusiva’ del conductor o ‘culpa concurrente’ de éste con la víctima) sean indemnizados en función de la prueba realizada ante el juzgador, por aplicación de los principios de interdicción de la arbitrariedad y reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y por encima del tenor literal de la ley.

C) Esta posición prescinde el hecho de que los tribunales ordinarios no pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley y establecer consecuencias de la misma sin una previa declaración de inconstitucionalidad por parte del TC. Sin embargo, como se ha visto, el TC afirma que, a diferencia de lo que ocurre con las lesiones permanentes (Tabla V), la cuestión relativa a la indemnización del lucro cesante en el caso de las lesiones permanentes es una cuestión de legalidad ordinaria, de donde se infiere que no cabe una declaración de inconstitucionalidad. Por consiguiente, propugnar esta solución es tanto como solicitar del tribunal ordinario, partiendo de la existencia de un vacío legal, la creación para las lesiones permanentes de una norma equivalente a la que el TC ha establecido para las lesiones temporales mediante el ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad de las leyes que lo habilitan para actuar como legislador negativo (pero sin disponer de ellas).

D) La solución argumentativa

A) Hoy ya predominan en los tribunales y la doctrina jurídica soluciones argumentativas, fundadas en la necesidad de integrar como premisas jurídicas principios y valores, paradigmáticamente establecidos en la Constitución, y de aplicar la ley de acuerdo con la realidad social. Según esta posición los casos difíciles no pueden resolverse aplicando la ley con criterios de

lógica formal; pero existen posibilidades de dar una solución jurídica argumentando dentro de la cultura jurídica con los principios que integran el sistema.

El método propugnado para ello consiste, por una parte, en combinar el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. El contexto de descubrimiento exige encontrar premisas positivas, es decir, razones para fundar una conclusión, y premisas negativas, es decir, razones que limitan las posibilidades de decidir, y valorar en cada caso su mayor o menor fuerza y, excepcionalmente, su carácter concluyente si alguna de ellas lo tiene. Por otra parte, este método debe tener en cuenta no solo la racionalidad estrictamente formal, sino aplicar la racionalidad que Peczenic ha denominado racionalidad LSD. Esta comprende, en primer lugar, la racionalidad lógica y lingüística, que exige que los distintos argumentos no contengan saltos lógicos ni prescindan el contexto gramatical, semántico y social del lenguaje utilizado por el legislador. En segundo lugar comprende la llamada racionalidad de la coherencia, que supone valorar la fuerza de las distintas premisas de acuerdo con los criterios comúnmente aceptados por la comunidad jurídica. Finalmente, comprende la racionalidad discursiva, que exige valorar la bondad de los razonamientos y de la conclusión obtenida en un contexto dialéctico de contraste con otras posibles soluciones según el criterio de un hipotético espectador imparcial.

B) A mi juicio responde a esta solución la solución dada por el TS, el cual entiende que cuando la Tabla IV se remite a los “elementos correctores” del apartado primero, número 7, del Anexo y establece un porcentaje de aumento o disminución que carece de límites, permite entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado son todos los comprendidos en él (por consiguiente, también los fundados en la consideración de perjuicios económicos, circunstancias personales y familiares y circunstancia excepcionales, en tanto no se incluyan en la Tabla) y no sólo los expresamente calificados como factores de corrección de ‘disminución’ o de ‘agravación’.

La SAP Valladolid, Sección 3.ª, de 16 de febrero de 2006, RA 246/2005 sigue esta tesis cuando afirma que:

«Disiente de la cantidad concedida por aplicación del factor de corrección de la Tabla IV referido a la regla 7.ª del Apartado primero del anexo del sistema. Nada debemos reprochar a su concesión pues tal apartado pretende llegar

a la total o máxima indemnidad de los perjuicios padecidos por el perjudicado para contemplar circunstancias no expresamente previstas en las Tablas y de difícil o compleja determinación. Por eso en tal factor de corrección la Tabla no señala su cuantía y deja su fijación a las circunstancias a apreciar por el Tribunal. La fijada en la sentencia es ponderada, razonable y motivada pues utiliza criterios de analogía de otros apartados del sistema como el porcentaje del 10% aplicado a la máxima indemnización por el concepto de gran invalidez por lo que está teniendo en cuenta las circunstancias personales a que se refiere la regla 7.ª, así como la económicas por la pérdida de su capacidad de trabajo que efectivamente desarrollaba como albañil empleado por el Ayuntamiento de Arévalo, como resulta del documento obrante al folio 357 de los autos. Se critica que puede haber una duplicidad con la citada indemnización pero es lo cierto que es una duplicidad que el sistema establece y permite pues los factores previstos en la Tabla IV es posible que concurren y no son excluyentes entre sí. Además no se indemnizan conceptos idénticos, pues el factor por perjuicios económicos aparece referido esencialmente al lucro cesante en ocasiones de difícil precisión por lo que el legislador establece tal factor como complemento de la indemnización básica, y el concedido a la pérdida de su capacidad para la actividad laboral que desempeñaba. A mayor abundamiento el actor presenta otras circunstancias que podrían encontrar encaje en este factor especial, como un estado psicológico afectado y alteraciones mentales, tal como resulta del informe psicológico aportado a los autos (folios 379 a 382). Con lo argumentado también damos respuesta al recurso del propio actor que cuestiona la sentencia en este apartado en pretensión de una indemnización mayor en su cuantía».

D) Esta posición es producto de un compromiso entre el principio de integración del daño y el del carácter limitativo de las valoraciones establecidas en el SV. A él se acoge la STS de 25 de marzo de 2010, expresando las razones en virtud de las cuales, después de analizar las premisas positivas y negativas que abogan en favor o en contra de cada una de ellas, esta solución es preferida a las restantes.

3. La sentencia de 25 de marzo de 2010: análisis por el TS de las distintas soluciones propuestas

3.1 La solución pragmática

Esta solución no es ni siquiera analizada por el TS. Del contenido de la sentencia se des-

prende que el TS la rechaza por considerar que prescinde de manera absoluta de reconocer la existencia de un conflicto derivado de la antinomia u oposición entre las normas contenidas en la LRCSCVM y el SV contenido en el Anexo. En suma, en esta sentencia el TS parece alejarse de manera decidida de las soluciones propias del pragmatismo formalista.

3.2 La solución realista

Esta solución es analizada por el Tribunal Supremo reconociendo que en su favor concurren premisas de carácter positivo, pero la considera rechazable básicamente en virtud de fundarse en la que he llamado falacia de los principios, consistente en este caso en atribuir al principio de reparación integral del daño el carácter de una regla concreta de conducta. La técnica de aplicación de los principios exige detectar las normas que se encuentran en colisión, ponderar su respectiva naturaleza y fuerza y, en función del resultado obtenido a favor de una u otra, seleccionar o elaborar una regla de conducta aplicable al caso. El TS, en la consideración de las diversas premisas, tiene en consideración incluso razonamientos de tipo gramatical y la concurrencia de principios en tensión con el reparar integral del daño, como es el principio de limitación cuantitativa en la valoración de este:

«Una interpretación doctrinal trata de superar esta antinomia poniendo de relieve que el artículo 1.2 LRCSCVM se remite, en primer lugar, a los criterios del Anexo y, en segundo lugar, a los límites indemnizatorios fijados en él. Caben, en consecuencia –se sostiene–, dentro del sistema de cuantificación del daño valoraciones efectuadas de acuerdo con los criterios del Anexo, primero, 7 (entre los que figuran el principio de total indemnidad, pérdida de ingresos de la víctima y posible concurrencia de circunstancias excepcionales) al margen de los límites cuantitativos de las Tablas, en la medida en que se presenten daños no contemplados en ellas.

»Sin embargo, esta Sala, reconociendo su importancia, no puede aceptar plenamente esta interpretación. Por una parte, la utilización de presente de indicativo en el Anexo, primero, 7, a diferencia de lo que ocurre en relación con los criterios establecidos en los demás apartados del Anexo, primero, que aparecen redactados en tiempo futuro, impide atribuir a los criterios del Anexo, primero, 7, un valor normativo corrector de los límites establecidos en las Tablas. Por otra parte, el régimen de responsabilidad civil por daños a las personas causados a

la circulación descansa sobre la cuantificación del daño mediante la aplicación de los criterios y límites que componen el Sistema de valoración. Admitir que la insuficiencia de las Tablas o la concurrencia de circunstancias excepcionales permite la aplicación de criterios de indemnización prescindiendo de los límites establecidos en ellas equivaldría, en la práctica, a desconocer el valor vinculante del Sistema de valoración para la cuantificación del daño, consagrado en el artículo 1.2 LRCSCVM. En suma, es aceptable reconocer a los criterios del Anexo primero, 7, el valor de reglas de principio interpretativas y de cobertura de lagunas en las Tablas. Pero, por sí mismos, son insuficientes para mantener una interpretación que lleve el resarcimiento del daño más allá de los límites expresamente previstos en ellas».

3.3 La solución positivista

La solución consistente en aplicar la doctrina del TC sobre la Tabla V es rechazada por el TS, fundamentalmente por considerar que una premisa o razonamiento negativo, cual es la imposibilidad de obtener una declaración de inconstitucionalidad de la Tabla IV en relación con el lucro cesante, tiene carácter concluyente:

«La STC 181/2000 declaró la inconstitucionalidad del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la LRCSCVM (factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias), entre otras razones, por no ser apto para atender la pretensión de resarcimiento por lucro cesante de las víctimas o perjudicados con arreglo a la prueba suministrada en el proceso e infringirse, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva.

»El TC, aceptando que los sistemas de responsabilidad objetiva cabe limitar la determinación del daño objeto de resarcimiento, considera que la inconstitucionalidad declarada afecta únicamente a los supuestos en los cuales se acredite que el conductor responde en virtud de culpa relevante. Con ello se sienta implícitamente que una valoración insuficiente del daño por la ley puede ser equivalente a una limitación de la indemnización. Esta limitación es admisible si la CE la permite y así ocurre si no hay culpa del causante del daño.

»En virtud de esta STC se ha incorporado al Anexo LRCSCVM una explicación para la Tabla V que exceptúa de su aplicación el caso en “que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.” Se entiende que en este caso el

importe de la indemnización vendrá determinado por los perjuicios efectivamente probados, si son superiores.

»Se ha planteado la duda de si los pronunciamientos de inconstitucionalidad que efectúa el TC, los cuales literalmente solo afectan al apartado B) de la Tabla V del Anexo, pueden aplicarse a los factores de corrección por perjuicios económicos de las Tablas II y IV, aparentemente idénticos.

»A juicio de esta Sala, la respuesta debe ser negativa, pues la jurisprudencia constitucional, en cuantas ocasiones se ha planteado por la vía del recurso de amparo la extensión de la doctrina formulada en relación con la Tabla V a las restantes tablas, ha considerado que la interpretación judicial contraria a la expresada extensión no incurre en error patente ni en arbitrariedad ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC, entre otras, 42/2003, 231/2005). La STC 258/2005 declara que “el evento generador de la responsabilidad civil, la muerte de una persona, como el sujeto acreedor al pago, los padres, son distintos a los dispuestos en aquella, donde el evento es la lesión corporal con efectos de incapacidad temporal y el sujeto acreedor el propio accidentado.”

»Esta jurisprudencia constitucional, según se desprende de la última cita, tiene una justificación en que la naturaleza del lucro cesante desde el punto de vista de la imputación objetiva al causante del daño es distinta en el supuesto de la Tabla V, pues se trata de un perjuicio ya producido, frente a los supuestos de las Tablas II y IV, en que se trata de daños futuros que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo, y en que la Tabla II el perjudicado no es la víctima, sino un perjudicado secundario. Resulta, pues, que el TC rechaza que el resarcimiento de lucro cesante futuro constituya una exigencia constitucional en el ámbito del régimen de responsabilidad civil por daños a las personas producidos en la circulación de vehículos de motor.

»Asimismo, al menos en un caso no se ha admitido un recurso de amparo contra una sentencia en las que se incluía la indemnización del lucro cesante futuro (ATC de 26 de mayo de 2003 [en realidad, se trata de una providencia]). El TC ha considerado, en suma, que la cuestión acerca de la posibilidad de incluir o no el lucro cesante futuro en la reparación de daño corporal sufrido en accidentes de circulación de vehículos de motor es una cuestión de legalidad ordinaria».

«De esto se sigue la improcedencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por no admitir el Sistema de valoración la indemnización íntegra de lucro cesante futuro según la prueba practicada ante el tribunal en los casos de incapacidad permanente y la necesidad de que la antinomia planteada entre el principio de reparación integral del daño (que juega no sólo en el ámbito de su determinación, sino también en el de su cuantificación) y la cuantificación insuficiente de lucro cesante mediante la aplicación de los factores de corrección sea resuelta, en el ámbito de la legalidad ordinaria, en la medida en que lo permitan los límites tabulares establecidos en el Sistema de valoración. Este es el límite que se impone en la jurisdicción ordinaria, en virtud del principio de imperio de la ley, a la que consideramos lógica extensión de la doctrina sentada por el TC en relación con la indemnización por incapacidad temporal (Tabla V) a la indemnización por incapacidad permanente (Tabla IV)».

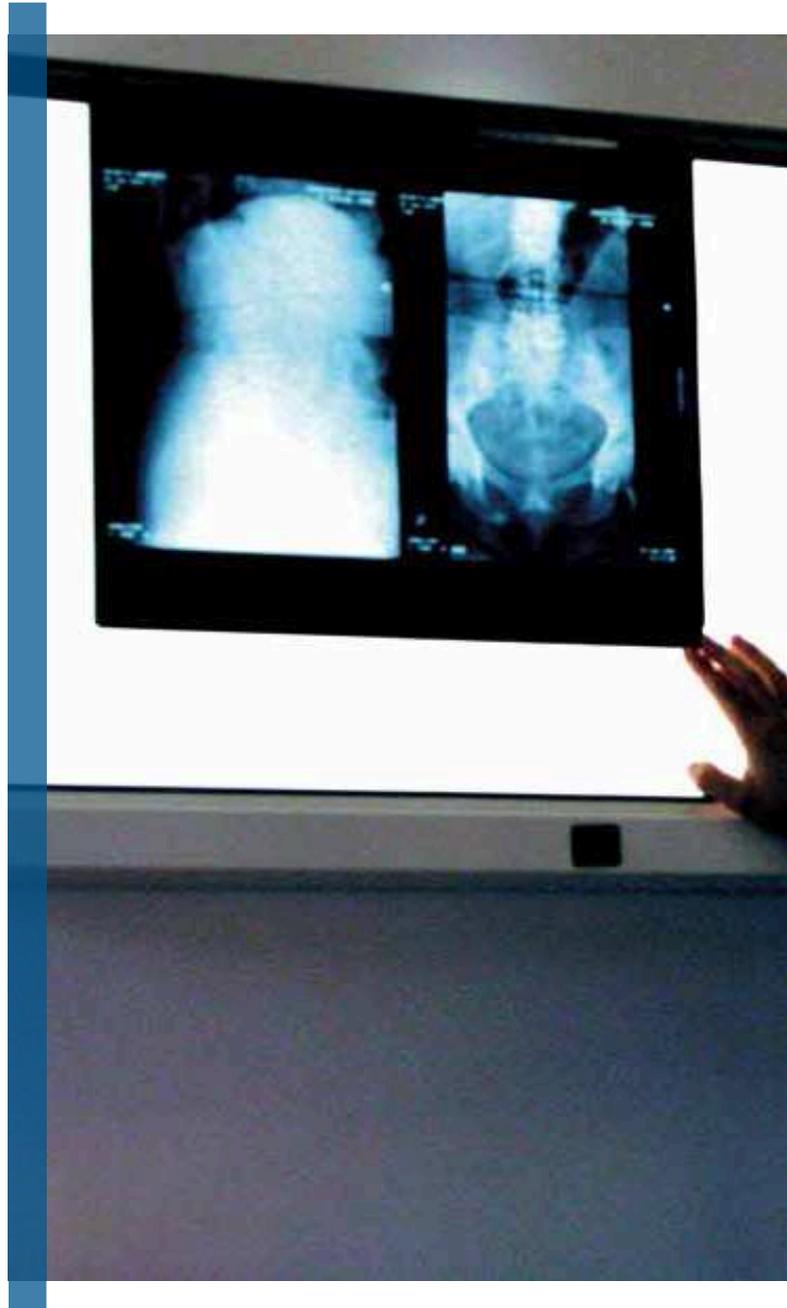
3.4 La solución argumentativa

Finalmente, el TS se inclina por aceptar la solución consistente en la aplicación del factor de corrección de la Tabla IV por concurrencia de elementos correctores de aumento, fundándose de manera sustancial en argumentaciones de tipo dialéctico y salvando los posibles obstáculos que pueden plantearse en el terreno de la lógica lingüística y de la lógica de la coherencia:

«En relación con las situaciones de incapacidad permanente, la solución viene facilitada por el tenor literal de las reglas tabulares. La Tabla IV, en efecto, se remite a los “elementos correctores” del apartado primero, número 7, del Anexo y establece un porcentaje de aumento o de reducción “según circunstancias”. La intención original del legislador pudo ser la de referirse específicamente a los elementos calificados expresamente como correctores en el Anexo, primero, 7. Sin embargo, la literalidad del texto va mucho más allá, de tal suerte que una interpretación sistemática obliga a abandonar la mens legislatoris [intención de legislador] y entender 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; por consiguiente, también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima.

»Concurren diversas razones para ello: (a) La remisión de la Tabla IV se hace en general a los elementos correctores del “apartado primero, 7, del Anexo”, cuyos conceptos figuran incluidos en un único apartado, el cual está dividido en tres incisos (separados por un punto y seguido), de los cuales el segundo y el tercero hacen referencia a circunstancias que tienen un sentido corrector, aunque solo las incluidas en el párrafo tercero son calificadas como elementos correctores de aumento o de disminución. (b) Las circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima, a las que se refiere el Anexo, primero, 7, en el segundo inciso, por definición no pueden haber sido previstas de modo específico en las Tablas, sino solo genérico, y tiene este carácter el factor de corrección que se refiere genéricamente a los elementos correctores. (c) El texto de la Tabla IV en que se contiene la remisión a los elementos correctores del “apartado primero, 7, del Anexo” contiene una ‘descripción’ de los criterios y elementos correctores (así lo explica el Anexo, segundo, Tabla II, aplicable a la Tabla IV), por lo que es lícito entender que no se trata de una mera cita sujeta a la calificación formal contenida en el texto objeto de la remisión, sino una descripción integrada por el conjunto de criterios contenidos en el texto que se invoca, de tal suerte que la naturaleza de elemento corrector puede predicarse de cualquiera de las circunstancias mencionadas en él, aunque no sea directamente calificado como ‘de aumento’ o ‘de disminución’. (d) La expresión ‘factores correctores’, que puede considerarse semánticamente equivalente a ‘elementos correctores’, aparece a lo largo de las tablas II, IV y V para referirse en general a circunstancias relacionadas con los diversos conceptos que se recogen en el Anexo primero 7, y no solo a los calificados como elementos correctores, por lo que es lícito concluir que todas aquellas circunstancias son susceptibles de ser consideradas como factores o elementos correctores.

»La singularidad de la Tabla IV de permitir no solo la disminución, sino también el aumento, y de no establecer limitación cuantitativa alguna en la ponderación del factor de corrección por concurrencia de elementos correctores del Anexo, primero, 7, en contraposición al principio seguido en las demás Tablas (donde sólo se admite la consideración de elementos de reducción de la indemnización con un límite cuantitativo), tiene su justificación sistemática en la aplicación 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.



La expresión ‘factores correctores’, que puede considerarse semánticamente equivalente a ‘elementos correctores’, aparece a lo largo de las tablas II, IV y V para referirse en general a circunstancias relacionadas con los diversos conceptos que se recogen en el Anexo primero 7, y no solo a los calificados como elementos correctores, por lo que es lícito concluir que todas aquellas circunstancias son susceptibles de ser consideradas como factores o elementos correctores



La solución adoptada en la sentencia puede encuadrarse dentro de las soluciones que he calificado como argumentativas, pues no solo se dan las razones que se acaba de recoger, las cuales se refieren primordialmente al contexto de justificación, sino que también se dan razones que deben encuadrarse en el contexto de descubrimiento

»En suma, 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».

La solución adoptada en la sentencia puede encuadrarse dentro de las soluciones que he calificado como argumentativas, pues no solo se dan las razones que se acaba de recoger, las cuales se refieren primordialmente al contexto de justificación, sino que también se dan razones que deben encuadrarse en el contexto de descubrimiento: (i) la función del TS es la de establecer cuál es la correcta interpretación de la ley para unificar doctrina; (ii) el legislador podrá modificar el régimen si considera que el régimen legal, interpretado por el TS, no es el más adecuado a los intereses generales.

4. Requisitos para la indemnización del lucro cesante por incapacidad permanente

La STS de 25 de mayo de 2010, en consonancia con las premisas tenidas en cuenta para establecer el criterio de indemnización de lucro cesante en el supuesto de lesiones permanentes, precisa los requisitos y los límites de la solución establecida. Para considerar adecuadamente estos requisitos y límites debe tenerse en cuenta no solamente la doctrina establecida con carácter general la sentencia, sino también, de manera muy especial, la solución que se da en el caso concreto planteado.

4.1 Prueba de un grave desajuste

«De lo razonado se sigue que el factor de corrección de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero, 7, 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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que:

»1) Se ha probado mediante informes actuariales la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos, que la Sala aplica en un 7,5% de la indemnización básica por lesiones permanentes (que arroja un total de 6.251,03 euros), y el lucro cesante realmente padecido.

»En el informe actuarial presentado por la parte el lucro cesante se cifra en 148.516,48 euros. El informe actuarial presentado por la aseguradora demandada, que es el que resulta menos favorable a la parte recurrente, niega la existencia de lucro cesante necesitado de ser compensado, pero se funda en que la suma en que puede cifrarse el lucro cesante resulta compensada, entre otros conceptos, por el factor de corrección por incapacidad permanente total, cosa que no puede ser admitida por esta Sala, al menos con carácter absoluto, según se ha razonado. De esto se sigue que el importe del lucro cesante quedaría fijado en 64.117,20 euros, teniendo en cuenta las deducciones que hace el perito por actualización del capital coste de la pensión de invalidez y (en un 15%) por probabilidad estadística de obtención de trabajo.

»De esto se infiere que la compensación del lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima, en relación con el factor de corrección por perjuicios económicos aplicado, en relación con los dos dictámenes obrantes en el proceso, se halla entre porcentajes que no alcanzan el 5% y el 10% respectivamente».

De estas afirmaciones se infiere que un porcentaje del 10% de cobertura del lucro cesante por parte del factor de corrección por perjuicios económicos se considera manifiestamente desproporcionado y en principio abre el camino a la aplicación del factor de corrección de elementos correctores de aumento de la tabla IV.

4.2 No-compensación por la aplicación de otros factores

«De lo razonado se sigue que el factor de corrección de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero, 7, debe aplicarse siempre que: [...]

»2) 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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que: [...]

»2) Este lucro cesante no resulta compensado de forma suficiente por otros factores, especialmente por el factor de corrección por incapacidad permanente. Dado que la sentencia recurrida no hace especiales consideraciones sobre este punto, pues se limita a manifestar que la indemnización concedida, según las circunstancias, está en la horquilla legal,



pero teniendo en cuenta que la prueba sobre la incapacidad permanente versó fundamentalmente sobre la actividad laboral del afectado, podría aceptarse como razonable que la indemnización concedida por incapacidad permanente total pueda imputarse en un 50% al lucro cesante, y el resto a daño no patrimonial. De aceptarse esta hipótesis, la proporción en que resultaría resarcido el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima apenas alcanzaría el 20% a tenor la cantidad que resulta del dictamen por ella presentado, y no alcanzaría el 40% según la cantidad que resulta del dictamen presentado por la aseguradora».

De estas afirmaciones de la sentencia se infiere que el porcentaje medio en el que resultaría compensado el lucro cesante teniendo en cuenta el factor de corrección por incapacidad permanente sería de un 30%, y que el TS sigue considerándolo manifiestamente insuficiente y, por ende, desproporcionado para estimar compensado el lucro cesante.

El porcentaje del 50% en que el TS considera que el factor de corrección por incapacidad permanente corrige el lucro cesante depende de las circunstancias del caso y, por ende, hay que entender que la sentencia considera que los tribunales pueden tomar en consideración un porcentaje distinto.

4.3 Porcentaje máximo sobre la indemnización básica

«A juicio de esta Sala, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios:

»3) La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Sistema y, por ende, acudiendo análogicamente 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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que: [...]

»3) La Sala estima que, a la vista de estas proporciones y de la suma concedida como indemnización básica, debe aplicarse ponderadamente como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado un porcentaje intermedio de un 40% de incremento sobre la indemnización básica».

De estas afirmaciones se infiere que el TS, por razones sistemáticas de mantenimiento de los principios del SV, considera que el porcentaje máximo de incremento que puede aplicarse sobre la indemnización básica como elemento corrector de aumento para resarcir el lucro cesante no puede rebasar el 75%.

4.4 Compatibilidad de factores

«A juicio de esta Sala, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios: [...]

»4) 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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que:

»4) La suma que resulta de la aplicación de este factor de corrección es compatible con la concedida por el factor de corrección por perjuicios económicos».

4.5 Principio de compensación proporcional

«A juicio de esta Sala, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios: [...]

»5) 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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que:

»5) De esta forma el lucro cesante resulta compensado, en conjunto, en una proporción razonable, que se encuentra entre una cifra algo superior al 40%, según resulta del dictamen presentado por la parte recurrente, y algo superior al 90%, según resulta del dictamen presentado por la aseguradora».

De estas afirmaciones se infiere que el Tribunal Supremo considera que un porcentaje próximo al 70%, que resulta de la media de los dos porcentajes anteriores, se considera



El porcentaje de incremento de la indemnización 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».



ión básica debe ser suficiente para que el lucro porción razonable, teniendo en cuenta que ni ésta es exigible constitucionalmente. En laerse en cuenta la suma concedida aplicando el s, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la

un porcentaje aceptable para la indemnización de lucro cesante teniendo en cuenta el factor de corrección por perjuicios económicos, el factor de corrección por incapacidad permanente, y el que aplique el tribunal como elemento corrector de aumento, todos ellos en conjunto.

4.6 No aplicación a la incapacidad temporal

«A juicio de esta Sala, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios:[...]

»6) 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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que:

»6) El porcentaje fijado no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que, como ha quedado establecido, el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un porcentaje para compensar el lucro cesante más allá del factor de corrección por perjuicios económicos mediante una corrección por aumento de la indemnización básica cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicable la Tabla IV. Aplicando el factor de corrección en un porcentaje del 40% sobre la indemnización básica por incapacidad permanente (83.347,00 euros) se obtiene la suma de 33.338,80 euros».

Mediante estas afirmaciones el TS establece con claridad que la solución establecida para las lesiones permanentes es independiente de la indemnización de lucro cesante en el caso de las lesiones temporales, por lo que queda a salvo la solución introducida por el TC, recogida, como es bien sabido, en el texto refundido de la LRCSCVM.

5. Otras sentencias del Tribunal Supremo

- La STS de 31 de mayo de 2010, RC n.º 1221/2005, ratifica esta doctrina, declarando que los elementos correctores de apartado primero del número 7 de Anexo 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 el caso, probada la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos, en su aplicación sobre la indemnización básica por lesiones permanentes, y el lucro cesante realmente padecido, como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado debe aplicarse

un porcentaje del 50% sobre la indemnización básica por lesiones permanentes:

«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, debía 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 (RJ 2010, 1987), 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 Sistema 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 acredita 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».

6. El lucro cesante producido por el fallecimiento

- La importante SAP de Álava (Sección 2.ª, Penal) de 12 de abril de 2011, n.º 180, considera procedente la indemnización de lucro cesante en favor de la viuda por el desfase entre lo concedido por aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante real acreditado por medio de dictamen pericial. Concede un incremento de un 50% sobre la indemnización básica reconocida a la viuda. Para justificar esta solución, se invoca la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y el principio de analogía:

«Pues bien, recordando la jurisprudencia invocada, la sentencia número 228/2010 del

TS, Sala 1ª, de 25 de marzo de 2010, recurso 1741/2004, reiterada en la sentencia número 321/10, de 31-5-2010, rec. 1221/2005, señala que “el factor de corrección de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero 7, 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.

»2) 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) La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Sistema 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) 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) 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) 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”.

»Frente al criterio que sostiene la entidad aseguradora apelada, compartiendo la postura de los apelantes, la doctrina del TS puede ser aplicable a la Tabla II, pudiendo producirse supuestos en que efectivamente las cantidades establecidas en la Tabla I, aun modificadas por los factores de corrección previstos en la Tabla II, no lleguen a cubrir el lucro cesante, y tiene razón la parte recurrente cuando señala que existe una analogía entre ambas.

»Efectivamente, la sentencia del TS, Sala 1ª, de 18-6-2009, nº 443/2009, rec. 2775/2004 abona tal postura, cuando manteniendo la parte recurrente en tal recurso de casación que “la identidad de razón en los casos de incapacidad temporal y los de incapacidad permanente y muerte es la misma, por lo que es aplicable por analogía y procede la corrección del 10% en lugar del 5% aplicado en las sentencias recurridas...” contesta el TS que “la razón de analogía que invoca la parte recurrente sustenta la aplicación del factor de corrección en el grado mínimo de la escala correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos en caso de lesiones permanentes (Tabla IV del Anexo LRCSCVM) respecto de la víctima en edad laboral que no acredita ingresos”.

»Más precisamente para sostener tal analogía puede servir la sentencia del TS, Sala 2ª, S 20-12-2000, nº 2011/2000 que sienta que “es de obligado cumplimiento por parte de los Tribunales de justicia (el Baremo). En el supuesto que nos ocupa, por muy difícil que resulte cuantificar y poner precio a una vida humana, y al lucro cesante que ha generado tal pérdida, como sucede asimismo en los casos de incapacidad permanente, hay que partir de la premisa de que el baremo de valoración de daños de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación

de Vehículos a motor resulta obligatorio...” y añade en la misma línea que la argumentación podría extenderse a “otros daños corporales previstos en la Ley como sería el de cuantificación del lucro cesante en casos en casos de muerte o lesión permanente”.

»Partiendo de tal aplicación analógica, hemos de comprobar, pues, si concurren los presupuestos o criterios marcados por tal doctrina legal del TS.

»La parte apelante ha hecho un esfuerzo probatorio para tratar de acreditar el lucro cesante mediante un informe pericial realizado por una experta en aspectos económicos y fiscales, que es cuestionado en algunos de sus aspectos, lo que abordaremos posteriormente, pero no es impugnado en cuanto a su fuerza probatoria intrínseca.

»En este momento, basta por señalar que existe tal informe pericial elaborado y practicado con todas las garantías en el juicio, y el Juzgado de Instrucción básica o sustancialmente no lo ha valorado, lo que nos permite como Tribunal de Apelación tomarlo en consideración, asumiéndolo o no, sin tener que revisar o fiscalizar la labor del Juzgado, máxime cuando el informe pericial fundamentalmente está documentado, por lo que la posición institucional de esta Sala, con respecto al Juzgado, es fundamentalmente la misma, a diferencia de lo que podría ocurrir con una prueba testifical.

»Pues bien, contamos únicamente con tal informe, sin que la contraparte haya elaborado otro informe contradictorio que cuestione las bases de tal dictamen.

»Debemos insistir nuevamente en que la acción civil derivada del delito es una acción civil, y, por ello, el grado de certeza exigible en este ámbito para acreditar un determinado hecho no es el propio del ámbito penal (más allá de la duda razonable), sino el propio de un proceso civil, esto es, que la tesis de una parte sea preponderante frente a la otra.

»Por ello, valorando los datos o bases económicas que el informe pericial toma en consideración, probados por otras pruebas documentales, la metodología utilizada; la edad tomada en consideración para fijar el tiempo límite (78 años), se puede considerar justificada la cantidad de 68.863,95 euros que propone la parte apelante como lucro cesante.



»También debemos señalar que existen aspectos del informe que exceden lo que debería ser objeto de una prueba pericial, que nunca debe realizarse sobre el Derecho aplicable. Todas las consideraciones que se realizan en el apartado de “Dictamen”, a partir del “Cálculo de la compensación del lucro cesante...”, resultan improcedentes, porque en última instancia le corresponde con exclusividad a los órganos de la jurisdicción ordinaria la aplicación del Derecho y en particular de las sentencias del TS al caso concreto.

»Sentado lo anterior, volvemos a reiterar que la parte apelada no ha propuesto otro informe pericial que permita que el Tribunal tenga dudas sobre el resultado de la pericia ofrecida por la parte que ejerce la acción civil (igual que si fuera la parte demandante).

»Si tenemos en cuenta aquella suma por lucro cesante, más allá, reiteramos, de lo que exprese la perito, a pesar de lo que sostiene



la sentencia impugnada, se ha probado debidamente, con la certeza exigible, la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos que hemos concedido (a la víctima que los reclama 5.960,01 euros) frente al lucro cesante realmente padecido por la viuda (68.863,95 euros).

»En segundo término, ese lucro no se puede compensar por la aplicación de los factores de corrección determinados en la Tabla II, porque ninguno de los otros factores cubre ese desfase.

»En tercer lugar, el límite máximo del 75% al que alude la jurisprudencia del TS también está contemplado en el factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla II, y el cálculo de 58.971,11 euros (75% respecto de la indemnización básica concedida a la viuda 78.628,14 euros), que fija la parte apelante como dicho límite para este caso es correcto.

»La parte apelante propone un 50% de incremento sobre la indemnización básica concedida a la viuda y redondea la cantidad en 40.000 euros, en el entendimiento de que las sentencias del TS en un caso han fijado un 40 por ciento, en otra un 50% y en la última en el 60% de incremento. Compartimos por su razonabilidad la propuesta de ese aumento del 50%, pero no admitimos el redondeo, porque el Baremo, interpretado a la luz de la doctrina del TS, no autoriza el mismo, por lo que es de conceder la cantidad de 39.314,07 euros, con los intereses solicitados del art. 576 LEC, desde la fecha de esta sentencia.

»Finalmente, esta suma es compatible con la que hemos otorgado en el fundamento de derecho tercero a las apelantes.

»[...]

»Teniendo en cuenta la relevancia que puede tener esta resolución, aunque no sería estrictamente necesario, creemos conveniente contestar los argumentos expuestos por las partes apeladas, en la línea de una motivación contradictoria, que refuerza la decisión adoptada.

»El Sr. Mateo señala que las sentencias del TS parten de una realidad muy diferente y siempre tienen como referencia personas vivas, sin que aquél haya analizado un caso de lucro cesante por fallecimiento.

»Básicamente ya hemos dado respuesta a este tema, aludiendo básicamente a la aplicación analógica de la jurisprudencia del TS, pero podemos añadir que la jurisprudencia del TS en muchas ocasiones se modifica por las tesis o posturas que mantienen las Audiencias Provinciales. Como no ha sido analizado por el TS, ello nos permite realizar una reflexión jurídica que ha tenido por base la propia doctrina del TS para un caso que puede ser análogo, porque tal analogía se ha reconocido por el TS en relación a las Tablas II y IV.

»En lo que concierne a las consideraciones ofrecidas por la aseguradora, ya hemos indicado que respetamos la doctrina del TC, como lo ha hecho el TS, y, dentro de la doctrina del TC y del TS, hemos interpretado las Tablas I y II del Baremo.

»En el mismo sentido, las sentencias de alguna Audiencia y del TC que cita la parte

apelada no pueden ser válidas para este supuesto, porque son anteriores a esta reciente doctrina legal del TS, que no se opone a la postura del TC, sino que más bien reinterpreta en el plano de la legalidad ordinaria dicha doctrina del máximo exegeta de la Carta Magna.

»En concreto, la mencionada sentencia del TS número 229/10, de 29 de marzo, frente al criterio de la apelada, puede corroborar nuestra postura, puesto que esta resolución no aplicó el factor de corrección porque no había prueba directa sobre la cuantía del lucro cesante, lo que no ha ocurrido en este supuesto, en que los denunciados lo han demostrado mediante una prueba eficaz, no impugnada.

»Ya hemos indicado que no resulta directamente aplicable la doctrina del TS, porque es obvio que en este supuesto no se ha producido una incapacidad permanente, sino un fallecimiento, pero los criterios ofrecidos por el TS pueden servir de fundamento para su aplicación a la Tabla II porque se puede aplicar analógicamente.

»No se trata de plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre las Tablas II o IV, porque el propio TS no ha considerado procedente la misma, sino si la Tabla II puede ser analizada desde la perspectiva hermenéutica que el TS ofrece para la Tabla IV, y creemos, por lo que hemos expuesto que tal opinión es mantenible, sin que tampoco esta Sala considere procedente preguntar al TC sobre la concordancia del Baremo con la Ley Fundamental.

»En lo que concierne a lo contraargumentado en la alegación cuarta, en ella se hace mención a una jurisprudencia del TC sobre la Tabla V y en nuestro supuesto se trata de constatar si, aceptando la postura de aquel órgano constitucional, la doctrina del TS con relación a la Tabla IV es extensible a la Tabla II, lo que es de contestar en sentido afirmativo, conforme venimos sosteniendo.

»El propio recurrente, con base a la jurisprudencia del TC, aduce que la Tabla V es diferente a los supuestos de las Tablas II y IV, en que se trata de daños futuros, “que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo”, lo que quiere significar que las Tablas II y IV son fundamentalmente idénticas en cuanto a tal valoración, y si bien es cierto que en la Tabla II el beneficia-

rio de la indemnización no es la víctima, sino un perjudicado secundario, en las Tablas II y IV se toma como referencia a la víctima en cuanto a la factores de corrección.

»Por otro lado, no creemos necesario plantear una cuestión de inconstitucionalidad, que nadie la ha solicitado, sino resolver nuestro caso interpretando el Baremo, a la luz de la jurisprudencia del TS, que todavía no ha solucionado un caso parecido a éste, pero que es bastante probable que lo pudiera resolver como en las sentencias arriba mencionadas.

»Finalmente, entrando ya en el contenido del propio informe pericial, en el último párrafo de la alegación cuarta, la aseguradora aduce en primer término que el informe aportado adolece de la objetividad y seriedad necesarios, que hacen que no quede acreditado el grave desajuste exigido.

»Pues bien, el informe pericial llamado vulgarmente “de parte”, más precisamente aquél en que el perito es designado por una de las partes, conforme a la regulación prevista en la LEC 2000, de aplicación supletoria en este proceso penal (art. 4 LEC), es una prueba eficaz para acreditar ciertos extremos fácticos en el ámbito puramente civil, y su valor probatorio viene dado por la racionalidad de las bases de su elaboración, su base científica (y no tanto por el hecho de que sea designado por las partes o el Juez), y en tal sentido estimamos que tiene bases sólidas, máxime cuando no se ha realizado otro que lo contradiga o desvirtúe su fuerza acreditativa.

»Mayor relevancia persuasiva puede tener el segundo de los argumentos esgrimidos por la aseguradora, como es que el cónyuge superviviente se beneficiaría, en todo caso, únicamente de la mitad de las rentas del fallecido, porque al menos de la otra mitad se aprovecharía el difunto, puesto que éste generaría una serie de gastos, que ya no se producirán y que deberían minorar la pérdida de ingresos que se reclama, añadiendo en la misma línea que en el dictamen no se tienen en cuenta, en los cálculos efectuados para fijar el desajuste pretendido, la cuota de autoconsumo de la víctima y que parte de sus ingresos se destinaban a sus propios gastos personales y ya no se generarán.

»Es obvio, según máximas de experiencia común, que del conjunto de rentas deja-

das de percibir como consecuencia de la muerte algunas habrían sido gastadas para su supervivencia por parte de la víctima fallecida, sin conocerse exactamente qué cantidad, porque muchos de los gastos necesarios para aquélla, en particular los de vivienda, se generan igualmente en una cantidad sustancialmente igual con indiferencia de que sea una o dos las personas. No se puede, pues, establecer la mitad de los ingresos como la suma que correspondería a la persona fallecida ni se sabe qué porcentaje de gastos existía entre fallecido y viuda.

»Para rechazar este argumento también podríamos argüir que se ha considerado un incremento del 50% sobre la indemnización básica y se podría haber determinado una suma superior (hasta el 75%)

»Ahora bien, la razón fundamental para rechazar esa sugerente motivación de la aseguradora apelada es que cuando se determina el lucro cesante se está fijando la ganancia dejada de obtener, una ganancia que en estos casos es básicamente la bruta, esto es, qué rentas se dejan de percibir como consecuencia del óbito, porque si redujéramos los gastos a tales ganancias y sólo fijáramos las ganancias netas, tal vez podría ocurrir que no debiéramos establecer ninguna suma, lo que resulta absurdo (piénsese el caso en que la persona que obtenía los ingresos sustancialmente gastaba todo el dinero).

»En el caso de lesiones permanentes que resuelve el Tribunal Supremo, en modo alguno se plantea que se reduzca la suma concedida en función de los gastos que, sin duda, tendría la persona perjudicada por el siniestro, sino que se otorga una suma en base a los criterios señalados.

»En la época anterior a la del Baremo (previa a la Ley 30/1995), en la que era relativamente frecuente la fijación de indemnizaciones por lucro cesante en el caso de personas fallecidas (padres de familia, hijos que mantenían a sus padres, viudas que quedaban desamparadas, etc.), que tenía como fundamento los ingresos dejados de percibir, se establecía el lucro cesante sobre la base de los ingresos netos que la persona fallecida habría obtenido, sin tener en cuenta los gastos que ésta persona hubiera devengado, porque éstos sería imposible conocer.

»Por ello, no consideramos procedente la reducción de la suma postulada, máxime cuando hemos fijado en un 50% la cantidad resarcible.

»En tal sentido, debemos estimar este motivo del recurso y asimismo el recurso de apelación y se ha de revocar parcialmente la sentencia apelada».

7. Daños emergentes futuros: gastos sanitarios¹

• La STS de 22 de noviembre de 2010, RC n.º 400/2006, admite que el sistema de valoración permite la compensación proporcional de los gastos médicos futuros ocasionados por accidente de tráfico, los cuales, antes la reforma llevada a cabo en el año 2003, debían indemnizarse íntegramente:

«La sentencia recurrida descarta la posibilidad de indemnizar los gastos futuros por entender, que como venía siendo tradicional en la doctrina menor, que fuera de los supuestos de acreditación de culpa relevante del conductor, en relación a los conceptos incluidos en el apartado B) de la Tabla V del Anexo (afectada por la declaración de inconstitucionalidad) no cabe indemnizar la totalidad del daño acreditado. Esta concepción ha de entenderse superada a raíz de la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala en STS de 25 de marzo de 2010, RC n.º 1741/2004, seguida por la STS de 29 de marzo de 2010, RC n.º 40/2005, para la cual, aún cuando 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, sí puede 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, doctrina que parte de considerar que el Sistema legal de valoración del daño corporal está integrado por normas que deben interpretarse con arreglo a los princi-

¹ Para más información, artículo del mismo autor "Tratamiento jurisprudencial de gastos asistenciales futuros", publicado en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 40.



pios del ordenamiento, entre estos, el de la total indemnidad del perjuicio sufrido.

»En consecuencia, el criterio seguido por la Audiencia Provincial para rechazar la indemnización solicitada no se compadece con la doctrina expuesta.

»Además, sin necesidad de acudir a la doctrina sobre el lucro, existen razones que también apoyan la estimación de la pretensión de resarcimiento de los gastos reclamados, al margen del momento en que el perjudicado deba satisfacerlos, y por tanto, aun cuando se trate de gastos que hayan de abonarse después de alcanzarse la sanidad, una vez que no se ha puesto en duda lo esencial: su nexo causal con el siniestro.

»Así, resulta determinante a la hora de estimar este motivo que según el criterio o regla sexta del apartado Primero del Anexo, en redacción vigente a fecha en que sucedieron los hechos (la fecha del siniestro determina el régimen legal aplicable), los gastos

de asistencia médica y hospitalaria se han de satisfacer en todo caso, además, esto es, con independencia, de la indemnización que con arreglo a las tablas proceda conceder por el resto de conceptos indemnizatorios (muerte, lesiones permanentes, determinantes o no de invalidez e incapacidades temporales, regla 5ª del mismo apartado Primero), siendo también relevante que la regla 7ª señale que la indemnización de los daños psicofísicos ha de entenderse “en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud”. Por su parte, los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil consideran daño patrimonial resarcible toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso y, al referirse a la indemnización del dicho daño corporal, establecen (artículo 10:202) que dicho daño patrimonial incluye “la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica”.



»Este marco normativo ampara la posibilidad de indemnizar como perjuicio patrimonial los gastos sanitarios que traigan causa del accidente, entendidos en sentido amplio, ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación, etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos, dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de salud que conlleva el menoscabo psicofísico sufrido».

- Esta doctrina se ratifica por la STS de 8 de junio de 2011, RC n.º 1067/2007.

8. Posibles supuestos de enriquecimiento injusto

8.1 La analogía *in malam partem*

- La SAP Girona, Penal, de 15 de mayo de 2006, Sección 3ª, declara que en el caso enjuiciado, y por lo que al hijo de la fallecida se refiere, la sola existencia del vínculo materno-filial determi-

na, en principio, su condición de beneficiario de la indemnización por la muerte de su madre, sin que la presunción legal de sufrir un perjuicio por tal fallecimiento quede desvirtuada por el hecho de que en los últimos tiempos la relación con su madre fuera escasa y no se hubiera ocupado de ella, pues las vicisitudes por las que hubiera podido pasar la relación en los últimos años carece de eficacia para anular el bagaje sentimental y afectivo propio entre un progenitor y su hijo.

- La SAP de A Coruña, Penal, Sección 2ª, n.º 51/2006, de 26 de mayo, rollo de apelación 58/2005, declara que la LRCSCVM establece unas personas que, de forma ordinaria, se consideran perjudicadas, pero esta consideración es únicamente una presunción *iuris tantum*, que correspondería destruir, en principio, a la parte que lo pretende. En el caso examinado admite que puede inferirse que el padre biológico no merecería la indemnización que le ha sido reconocida, por no haberse preocupado lo suficiente de su hija fallecida, pero mantiene la indemnización por no haber sido la cuestión objeto de controversia en la apelación.

8.2 El fallecimiento prematuro del perjudicado

- La STS de 10 de diciembre de 2009, RC n.º 1090/2005 sienta la doctrina de que las indemnizaciones por secuelas, factor de corrección por perjuicios económicos y por daños morales complementarios deben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado. Este mismo principio se aplica a los actores de corrección por incapacidad permanente y daños morales a familiares. Respecto de estos últimos, sin embargo, el juez, en el momento de su fijación, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración. Las indemnizaciones por necesidad de ayuda de otra persona, por perjuicios morales a familiares, y por adecuación de la casa y vehículo no pueden dar lugar a enriquecimiento injusto por el fallecimiento prematuro del perjudicado, salvo si se prueba en el momento de su fijación que dicho fallecimiento determinó su carencia absoluta de objeto:

«A) Se plantea la cuestión de si el fallecimiento posterioridad al accidente de la víctima que ha sufrido daños personales debe determinar la disminución de la indemnización devengada en el mismo proceso en que se fija.

»a) Las indemnizaciones por daños fisiológicos en sentido estricto, y aquellas que,

aun cubriendo perjuicios de carácter patrimonial, se calculan en la LRCSCVM en función de la importancia de aquéllos (indemnizaciones por secuelas, factor de corrección por perjuicios económicos y por daños morales complementarios) deben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado, si se trata de incapacidad permanente, desde el momento en que se consolidan mediante su determinación a través del alta médica. El fallecimiento prematuro del perjudicado no permite su modificación por el órgano jurisdiccional ni legitimaría una acción de enriquecimiento injusto en el caso de haber sido ya percibidas.

»La razón de ser de esta afirmación radica en que el enriquecimiento injusto exige que no exista una regla que justifique el desplazamiento patrimonial producido. En este caso, la regla de Derecho que justifica el desplazamiento patrimonial de la indemnización en su totalidad radica en que la determinación de los daños por estos conceptos se hace en la LRCSCVM sobre un sistema de presunciones establecido en función de unos parámetros temporales y personales considerados en abstracto, los cuales, salvo circunstancias excepcionales, no pueden ser alterados por circunstancias no previstas sin desvirtuar la técnica de presunciones a que se atiene en estos conceptos el sistema de valoración.

»b) Respecto de las indemnizaciones concedidas por daños no patrimoniales fijados mediante una horquilla establecida en relación con circunstancias concretas (factor de corrección por incapacidad permanente, daños morales a familiares) rige el mismo principio como regla general, pues la indemnización se fija por el legislador mediante criterios abstractos, vinculados en principio a las circunstancias de la víctima subsistentes en el momento del siniestro. Sin embargo, el juez, llamado en estos casos por la ley determinar la cuantía de la indemnización dentro de la horquilla legal atendiendo a la concurrencia de circunstancias determinadas, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración, pues los acontecimientos posteriores al accidente pueden influir, por su propia naturaleza, en las circunstancias a las que la LRCSCVM vincula la valoración por parte del órgano jurisdiccional (actividades habituales de la vícti-

ma, necesidad de ayuda de otra persona, alteración de la convivencia por cuidados continuados).

»c) Este mismo principio según el cual el juez, en el momento de fijación de la indemnización, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración debe entenderse aplicable en el caso de indemnizaciones concebidas por la ley como finalistas (en caso de gran invalidez, necesidad de ayuda de otra persona, perjuicios morales a familiares, adecuación de la casa y vehículo). El fallecimiento prematuro del perjudicado no es suficiente para excluir la indemnización en el momento de su fijación por el hecho de no haberse podido disponer de ella con la finalidad prevista, salvo que se pruebe que dicho fallecimiento determinó su carencia absoluta de objeto. En efecto, el carácter finalista de las indemnizaciones no impone, según la LRCSCVM, limitaciones sobre su empleo en beneficio del perjudicado ni permite control alguno sobre su destino, y, en términos generales, la falta de empleo de una indemnización por daños en la reparación de éstos no altera su fundamento causal como instrumento de compensación de los daños padecidos y, en consecuencia, no puede dar lugar por sí misma a enriquecimiento injusto si no se prevé expresamente en la ley o concurren circunstancias excepcionales.

»d) La acción por enriquecimiento injusto basada en el principio *condictio causa data causa non secuta* [reclamación por causa dada, pero no continuada], dada su naturaleza, sólo puede darse en supuestos excepcionales, y ese mismo requisito resulta la doctrina de la *perpetuatio iurisdictionis* [perpetuación de la jurisdicción], que sólo permite tener en cuenta hechos posteriores a la demanda en casos excepcionales o expresamente previstos por el legislador. Ésta es la interpretación que debe aplicarse a la cláusula contenida en el Anexo, primero, 9, LRCSCVM, en el cual se prevé la modificación de la indemnización por causa sobrevenidas, pero se exige que éstas sean “sustanciales”, es decir, que sean suficientemente importantes para afectar a la esencia de la indemnización, privándola de todo posible sentido de reparación o compensación del daño padecido, o consistan en la “aparición de daños sobrevenidos”».