

doctrina

Acercas de las bases doctrinales del sistema legal valorativo (Ley 30/1995). Los efectos de su marginación

Mariano Medina Crespo
Abogado. Doctor en Derecho



1. Sobre la necesidad de comprender el sistema y superar sus defectos

Para manejar correctamente el sistema legal valorativo, hay que comprenderlo; y, para ello, es necesario desentrañar la estructura del daño corporal (atendiendo sus diversos componentes) y captar el cabal sentido de los conceptos utilizados en relación con él, diferenciándolos de forma



cumplida. A tal efecto, es preciso sortear la confusión terminológica que genera la recurrencia a conceptos polisémicos y, sobre todo, la falta de unas explicaciones ilustrativas que, en esta materia, resultan virtualmente del todo imprescindibles. Ello se debe a que se trata de una regulación legal adánica (según la feliz expresión de Juan Antonio Xiol Ríos), producida *ex novo*, sin una previa tradición cultural, sin un consenso previo sobre los conceptos manejados y sin un conocimiento ordenado sobre la significación y, por tanto, sobre el alcance de los perjuicios resarcibles. Hay, en particular, a una falta de reflexión sobre el funcionamiento de un principio institucional, el de vertebración, que impone la liquidación detallada (analítica, taxonómica, linneana) del daño corporal y de sus heterogéneas consecuencias perjudiciales.

En su mayor parte, los problemas que suscita la utilización del sistema derivan de no haberse efectuado esa previa reflexión, atinente a la consistencia del daño corporal y a la finalidad restauradora/compensadora/satisfactoria que persigue su valoración, sin haberse realizado (por abulia o por intereses espurios) un particular esfuerzo por su consecución. Dicho lisa y llanamente: los problemas derivan de no entenderlo; de no saber que hay que entenderlo; de no esforzarse por entenderlo; e, incluso, de no querer entenderlo, por despreciar la necesidad de hacerlo. Es fácil desconocer, por otra parte, algo tan elemental como que algunos conceptos y bastantes reglas del sistema proceden de las aportaciones de la doctrina europea del daño corporal, instrumentados con su propia terminología, sin adaptarla a las exigencias de nuestra lengua. Otros conceptos proceden del orden laboral, sin que sea fácil sustraerse a la dislocación de sus significantes marcados por la perjudicialidad de signo patrimonial. Ambas procedencias determinan que el intérprete no capte el cabal sentido de muchos conceptos ni, por tanto, el de las reglas de acogida; y de aquí derivan las frecuentes aplicaciones desviadas.

Sólo una nutritiva reflexión general habilita el adecuado funcionamiento de este instrumento normativo de valoración, descubriendo su bondad, limando o eliminando sus maldades de expresión, en la medida en que se capte (idea absolutamente fundamental) que está puesto, de verdad, al servicio de la reparación íntegra del daño corporal y de los perjuicios secuenciales.

2. Caracterización general del sistema

El sistema constituyó, al implantarse, una *regulación revolucionaria*; formalmente, por ser legal; materialmente, por atenerse al inusitado e imprescindible (en términos de razón) principio de la vertebración o del discrimen que marca las pautas para comprobar si una determinada indemnización es completa, sobrerrestauradora o infrarresarcitoria.

Fue, al tiempo, una *regulación conservadora* porque se atuvo a una tradición de primacía del daño personal que es, al tiempo, positiva y negativa; positiva, por lo que tiene de prioridad lógica y axiológica; y negativa, por lo que tiene de virtud excluyente y desprecio de su dimensión patrimonial. Y fue conservadora también por razón del tratamiento simplista –propio de nuestra judicialidad valorativa– con el que se canaliza el resarcimiento de las lesiones temporales (tabla V), siendo, sobre todo, muy simplista el Baremo económico de las lesiones permanentes (tabla III) en lo atinente a la configuración reducida de las columnas de edad y puntuación final, con las que se expresan, respectivamente, los parámetros de la duración presumida de la lesión permanente y el de su alcance (extensión e intensidad). Respetuosa con lo que encerraba de válido la doctrina judicial, se trataba de una regulación elaborada con base en sus escasas aportaciones, concretadas en la atribución de las titularidades para el resarcimiento de los perjuicios personales causados por la muerte; aportaciones que el sistema mejoró, aunque de forma bastante insuficiente al atenerse a una realidad familiar que

ya había empezado a sufrir una honda transformación y al no consignar, de modo explícito, el principio de la doble presunción.

Fue una *regulación de contenido parcialmente novedoso*, porque implicaba la recepción de algunos logros culturales europeos, concretados en la racionalización médico-legal del daño corporal permanente (método científico de medición a través de la técnica porcentual, nunca utilizado en la jurisdicción española antes de 1991), pero incorporados sin expresar el sustrato de sus presupuestos culturales. De esta forma, quedaba entorpecida su cabal comprensión y, por tanto, la fidelidad de su funcionamiento.

Era por eso una *regulación plagada de elementos esotéricos*, fruto de las deficiencias e insuficiencias de su redacción (superables; sin que todavía se hayan superado); de sus falsas insinuaciones (desmontables; sin que todavía se hayan desmontado); de sus burdas ocultaciones (descubribles; sin que la mayor parte de los intérpretes las hayan descubierto); y de sus descarados disimulos (perfectamente detectables; sin que la mayor parte de los intérpretes los hayan detectado y, por tanto, desvelado).

Es, en definitiva, una regulación que ofrece los inconvenientes interpretativos que derivan de una genealogía parcialmente foránea y del ignorado desconocimiento que padecen los agentes que han de manejarla. El problema de la dimensión valorativa del Derecho Español de la Responsabilidad Civil es que ofrece la peculiaridad de adolecer de la ausencia de una (sólida) cultura antecedente (doctrinal, legal y jurisprudencial) sobre el daño, en general, y sobre el daño corporal, en particular; y cuenta, además, de forma sorprendente, con poca doctrina consiguiente. No hay sino que hacer un elenco de la bibliografía disponible al respecto, siendo muy escasas las monografías dedicadas al estudio de esta materia.

El sistema constituye una regulación legal que contó, comprensiblemente, con mediocres redactores (juristas dotados de escasa cultura valorativa, pero expertos, por su formación unilateral, en el arte habilidoso de saber guardar la ropa del resarcimiento proclamado) y que cuenta, además, en general, con pésimos intérpretes (marcados por idéntica escasez, pero privados de la habilidad de sacar y lustrar la prenda resarcitoria); regulación redactada, fundamentalmente, desde el sector asegurador (con intereses muy justificados, pero atravesados por una médula saducea) ante la indiferencia de los otros sectores afectados (en especial, de la abogacía y de la judicatura; pero también de las asociaciones de una pasiva sociedad civil; y, desde luego, de los políticos desasesorados y de los altos funcionarios); pero, sobre todo, de la academia que permaneció indiferente ante su anunciada implantación y que, cuando adoptó una postura diferente, fuera de la puramente complaciente (retribuida en algún caso), quedó ahogada en la radicalidad de una crítica destructiva que se abstuvo de proponer fórmulas sustitutivas de entereza ni cabales y viables interpretaciones de apertura.

El sistema constituye una regulación legal que externamente expresa su preocupación por la seguridad (porque el seguro la reclamaba, ciertamente con razón) más que por la justicia del resarcimiento, por el igualitarismo más que por la igualdad, por el control más que por la satisfacción; por el freno más que por la aceleración; por el afeitado más que por el filo restaurador. Pero la *voluntas legis* del resarcimiento pleno se ha de sobreponer por vía interpretativa a la *voluntas legislatoris* (aseguraticia) de un resarcimiento sectario e incluso, en ocasiones, mendaz. Pero hay que hacerlo sin la consideración legalista de la que hace gala la STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 1995 (Pte. Excmo. Sr. Xiol Ríos).

Las reglas del sistema normativo se han de interpretar de acuerdo, no con lo que se entienda



que es la (inexistente) voluntad del Legislador, sino con lo que se entienda objetivamente que es, con metáfora feraz, la voluntad de la Ley. Podrá captarse que el Legislador está preocupado, más por la seguridad que por la justicia del resarcimiento; pero, abstraído el texto legal de tal animus, la voluntad de la ley tiene, desde luego, que casar los dos valores, sin que proceda sacrificar uno por mor del otro. Se ha de obtener así la difícil pero necesaria consecución de la bilateralidad del beneficio que es forma de aludir a la inesquivable conmutatividad del resarcimiento. Sólo así puede definirse de forma equilibrada el cui prodest del sistema. De esta forma, tiene que afirmarse que esta regulación legal no está puesta, desde luego, al servicio de las aseguradoras de responsabilidad civil para blindar su patrimonio y limitar lo que tienen que abonar (*systema pro debitore*); y ello, pese a la apariencia de sus inmediatos significantes, por la necesidad de atender sus cabales significados (*sensum non verba considerare debemus*).

Se trata, de una disciplina que se atiende, para bien, a la prioridad lógica y axiológica del perjuicio personal. Pero se ajusta en demasía a la tradición de potenciarlo excluyentemente (además de limitarlo, más que delimitarlo) y de preterir, por tanto, de forma aparente, el resarcimiento del perjuicio patrimonial del lucro cesante, así como de muchos perjuicios emergentes de igual índole. No obstante, el dato normativo de que el lucro cesante no haya sido objeto de una regulación acomodada a sus naturales exigencias (pese a poderse hacer perfectamente) no debiera interpretarse en el sentido de que, confiscado, queda sin resarcir del todo; conclusión ésta que es a la que, lamentablemente, ha llegado el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en la ya mencionada sentencia de 25 de marzo de 2010¹.

Pero, para conseguir el cabal funcionamiento del sistema, hay que hacer algunas referencias precisas sobre la teoría general del daño corporal, inserta, a su vez, en una teoría general del daño.

3. El concepto de daño y su doble clasificación fundamental como soporte de una teoría general sobre el daño corporal

3.1. El concepto de daño

Según *Las Partidas*, daño es *destruimiento o detrimento que padece un ome en se mesmo o en sus cosas por culpa de otro*. El acierto de la definición se encuentra en la referencia a la dualidad perjudicial básica, pues hay los bienes materiales y hay los bienes personales, dando lugar su menoscabo/destrucción al daño material y al daño personal. Su desacierto se encuentra en identificarlo con el daño causado por otro (alteridad) al que se imputa, además, bajo la pauta del monismo atributivo de la culpa; porque el autodaño es daño; y también lo es el que un sujeto causa a otro, aunque no le sea imputable; y lo es igualmente el que es fruto de la pura fatalidad. Por eso, si se suprime la expresión final (concepto jurídico afectado por el monismo atributivo de la culpa), se está ante una muy precisa definición naturalística del daño. Porque daño es ciertamente el resarcible, pero también lo es el irresarcible; y es que el daño constituye una realidad natural, proteica, aunque, desde la perspectiva de la responsabilidad civil, hay daños relevantes y daños carentes de relevancia.

3.2. Las clases básicas de daño

En atención a la índole de los bienes afectados, se distingue el *daño personal* y el *daño material*. El primero afecta al patrimonio material, pe-

¹ Para un análisis detallado de esta sentencia, me remito al artículo que le he dedicado: *Cien apostillas a la sentencia plenaria de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010. El esperado descubrimiento de una norma permanente marginada y un paso abierto, con gran estrechez, para la reparación del lucro cesante por venir*, Cuaderno Jurídico Tráfico, Circulación y Seguridad Vial, de Sepín, núms. 30/31/32, 2010.

cuniaro o estrictamente patrimonial (*damnum in bona exteriora*); y el segundo afecta al patrimonio personal. El primero afecta la esfera del ser de la persona; el segundo, a la esfera de sus pertenencias. Según ha resaltado la doctrina especializada, los daños y perjuicios personales se conjugan con el verbo "ser", mientras que los daños y perjuicios materiales se conjugan con el verbo "tener". Dentro del daño personal, hay que distinguir el *daño corporal* y el *daño estrictamente personal*; el primero afecta al patrimonio biológico, fisiológico, corporal, orgánico, anatómico, somático o psicofísico (*damnum in bona corporis; damnum ex corpore datum*); y el segundo, al patrimonio moral, espiritual o estrictamente personal (*damnum in bona interiora; damnum dignitatis*). Se insertan en ese segundo concepto los daños que afectan a los bienes extracorpóreos de la personalidad: identidad (*damnum nominis*), libertad (*damnum libertatis*), honor (*damnum honoris*), intimidad (*damnum verecundiæ*), propia imagen (*damnum imaginis*), creatividad (*damnum creativitatis*) y equilibrio personal (*damnum serenitatis/affirmationis*); elenco que, según demuestra la experiencia histórica, no puede darse por cerrado.

El concepto cabal del *daño primario o emergente* (el daño material emergente, el daño corporal emergente y el daño personal emergente) se inserta en la primera clasificación. A su vez, es adecuado utilizar el concepto estricto de *perjuicios* para hacer referencia a los *daños secundarios, secuenciales o consecuenciales*, insertos en la segunda clasificación. Construida esta segunda clasificación con la misma *ratio dividendi*, hay los *perjuicios materiales* y hay los *perjuicios personales* (morales), con la dualidad de su posible origen (perjuicios materiales derivados del daño material; perjuicios personales derivados del daño material; perjuicios personales derivados del daño personal; y perjuicios materiales derivados del daño personal). Dentro de unos y otros, se diferencian las *consecuencias perjudiciales necesarias* (perjuicios

materiales derivados del daño material y perjuicios personales derivados del daño personal) y las *contingentes* (perjuicios personales derivados del daño material y perjuicios materiales derivados del daño personal).

3.3. El daño corporal

El daño corporal es un daño personal –daño en el cuerpo de la persona–, pero no todo daño personal es un daño corporal, pues hay el daño a la persona y, como una especie del mismo, hay el daño en (el cuerpo de) la persona. Daño personal extracorpóreo es el que afecta a los bienes morales o espirituales de la personalidad (identidad, libertad, serenidad, honor, intimidad, propia imagen, creatividad), bienes que se identifican con los atributos del ser de la persona. Por eso es inexacta (verdadera sinécdoque) la propia denominación del sistema legal valorativo que se refiere a los daños personales para comprender en exclusiva los corporales, sin abarcar, por tanto, los que afectan a la esfera espiritual, extracorporeal, de la persona.

Debe resaltarse, por otra parte, el dato de la intangibilidad de un daño tan tangible como es el daño corporal; por eso es un daño personal o imaterial, pese a la materialidad del cuerpo; y por eso la doctrina francesa dice que el daño corporal es un daño material, porque afecta a la materia en que consiste el cuerpo de la persona. Pero la doctrina española huye de esta calificación que generaría una confusión añadida a la que de suyo se padece ya.

3.4. La tutela civil del daño corporal

De acuerdo con la doble clasificación efectuada, el estudio del daño corporal, para valorarlo en sede de responsabilidad civil, exige referirse, en primer lugar, al daño corporal en sí (al daño corporal emergente) y, después, a sus heterogéneas consecuencias perjudiciales, personales (morales)

y patrimoniales (perjuicios causados por el daño corporal emergente).

Así las cosas, la responsabilidad civil por daños corporales es la expresión de la tutela civil que el ordenamiento proporciona a la vida y a la integridad psicofísica de la persona. Por eso, diga lo que diga el Tribunal Constitucional desde su saber virginal, es innegable la relevancia constitucional de la materia, pues se trata de la protección civil que tiene que brindarse frente a los atentados consumados que afectan a esos dos bienes tan fundamentales. En este sentido, la sentencia del Tribunal Italiano de Casación de 11 de abril de 1997 declaró que era preciso superar la versión civil de los criterios resarcitorios del daño corporal, para reconocerse la relevancia constitucional de una tutela que exige su cabal ajuste, primero, al principio solidario de la igualdad en el tratamiento indemnizatorio y, después, al principio de la personalización del daño corporal, en su expresión dinámica y existencial. Otra cosa es el innegable ámbito de disponibilidad que la Constitución adjudica al Legislador ordinario para que regule tal tutela, pero siempre sin menoscabar los valores que la misma consagra.

4. La sinonimia de los conceptos ligados al daño corporal

Con vistas al correcto manejo del sistema legal, es imprescindible realizar una clarificación relativa al uso de una serie variada de conceptos ligados al daño corporal. Partiendo de una persona que goce de plenitud de salud, es decir, que goce de una completa integridad psicofísica, decimos que cuenta con una plena capacidad o una plena validez. Pero esa integridad psicofísica, capacidad o validez puede resultar negativamente afectada mediante el daño corporal, consistente en la muerte o en la lesión. Cuando el daño corporal no es el radical en que consiste la muerte, estamos ante la lesión o daño corporal parcial que puede ser sólo temporal o convertirse en permanente.



El estudio de la estructura del daño corporal parcial exige atender, en primer lugar, a su nivel estático, que corresponde a lo que es el daño corporal emergente, y, en segundo lugar, a su nivel dinámico, que refiere a la repercusión negativa (abolitiva, limitativa o entorpecedora) que ese daño corporal tenga sobre las actividades de la persona.

Para hacerse referencia al daño corporal en su nivel estático, se habla de que se tiene una salud quebrantada, un detrimento o menoscabo de salud, una deficiencia, una lesión, un daño biológico, fisiológico, psicofísico, somático, funcional, orgánico o anatómico, queriéndose decir lo mismo cuando se dice que esa persona sufre una incapacidad (genérica, funcional o fisiológica) o invalidez (genérica, funcional o fisiológica). Pero hay que tener mucho cuidado con el uso de estos dos últimos conceptos.

La deficiencia o lesión puede ser temporal (baja) o permanente (secuela) y puede producir o no un déficit de actividad, es decir, una incapacidad de actividad o discapacidad. Cuando se hace referencia a los impedimentos de actividad se está ante el daño corporal en su nivel dinámico, estándose así ante un segundo concepto de incapacidad que es sinónimo de *handicap*, discapacidad, o invalidez estricta; y esta discapacidad puede ser personal o laboral.

La discapacidad personal refiere a que quedan abolidas, limitadas o entorpecidas las actividades personales del lesionado, dando lugar a la producción de unos perjuicios morales o personales, por razón de ese impedimento, limitación o entorpecimiento de actividades que pueden ser las esenciales de la vida, las afectivas y familiares, las sociales y deportivas y las lúdicas, hedónicas o de disfrute o placer. A su vez, cuando el impedimento (*lato sensu*, comprensivo de las tres expresiones indicadas) de actividad por razón de la discapacidad tiene un rango laboral o productivo, se genera





también, normalmente, un perjuicio personal que es el perjuicio de actividad al que acaba de aludirse y que es distinto del económico que puede originarse por el lucro cesante, por la pérdida de capacidad de ganancia o por el aumento de las necesidades económicas.

5. El concepto polisémico de daño moral y la determinación de sus diversos sentidos

Para solventar los problemas que surgen de la polivalencia del daño moral como concepto perjudicial, interesa diferenciar sus diversos sentidos. Se superan así múltiples equívocos que lastran el sentido de su consistencia perjudicial y, por tanto, resarcitoria.

Cuando el daño moral se identifica con el daño al patrimonio espiritual de la persona (daño estrictamente personal o daño personal extracorpóreo), se está ante el *concepto restringido*. Cuando el concepto se amplía e incluye también el perjuicio moral derivado de un daño corporal, se está ante el *concepto estricto*. Cuando el concepto manejado es comprensivo del daño corporal, del daño estrictamente personal y de los perjuicios personales derivados de uno y otro, se está ante el *concepto amplio*. Cuando se identifica con el daño no patrimonial, incluyendo los tres componentes anteriores y, además, los perjuicios morales derivados de un daño material, se está ante el *concepto superlativo*.

La utilización del concepto en su más amplio sentido, que comprende todo perjuicio personal, incluyendo el que deriva de un daño material, supone manejar un concepto estrictamente positivo. Se evita así la utilización de un concepto negativo como es el de daño extrapatrimonial (no patrimonial o no material) que deja de definir lo que es, pues se refiere sólo a lo que no es, aunque vale, porque decir lo que no es conduce necesariamente a que sea lo que es, si bien lo deja en la penumbra.

6. El reconocimiento jurisprudencial del resarcimiento del daño moral

Hay que empezar por referirse a la progresividad consecutiva del reconocimiento del rango resarcitorio del daño personal, produciéndose la superación de la concepción romana y romanista, contraída a afirmar la exclusiva resarcibilidad de los perjuicios económicos causados por el daño corporal.

Ya antes de la famosa STS de 6 de diciembre de 1912 (Pte. Excmo. Sr. Bermejo Ceballos-Escalera), se reconocía el resarcimiento del daño moral. Todos los autores y la propia jurisprudencia aseveran que esta sentencia reconoció por vez primera la resarcibilidad del daño moral; pero es incierto, en su incondicionada expresión.

La STS de 19 de octubre de 1909 reconoció una indemnización al padre de un niño que resultó muerto al ser corneado por un toro extraviado, habiéndose aplicado el art. 1905 del Código civil; y hay sentencias anteriores. Prueba de ello es que la sentencia de 6 de diciembre de 1892, al plantearse la cuestión de la resarcibilidad del daño moral causado por una ofensa al honor, se preguntaba que por qué no había de indemnizarse cuando, en supuestos de muerte, se resarcía la vida yugulada; referencia con la que se expresaba la duda de un ponente propicio a resarcir un daño al que, sin razón convincente, se negaba todavía la debida relevancia. A su vez, la STS de 14 de diciembre de 1894 convalidó que la viuda e hija menor del fallecido fueran resarcidas por la pérdida de afección y la falta de ingresos monetarios, quedando clara la diferenciación (sólo conceptual en tal momento) del doble componente de los perjuicios resarcidos.

Cuando se dice, según es sólitamente, que la sentencia de 1912 fue la primera que en España reconoció el resarcimiento del daño moral, se afirma sólo

que fue la primera que lo reconoció en su sentido restringido, por un atentado al patrimonio espiritual de la persona (daño al honor en aquel caso), porque el daño moral en que consiste el daño corporal ya se resarcía con anterioridad. La falacia doctrinal se pone de manifiesto cuando, después de invocarla como primera resolución consagrada del resarcimiento del daño moral, se traen a colación sentencias que resarcieron el daño moral causado por la muerte, como si su reconocimiento fuera novedoso y sólo se hubiera producido en virtud de la apertura realizada por la sentencia doceañista señalada.

7. La objetividad o subjetividad del daño moral

Frente a la tesis del carácter subjetivo del daño moral, debe afirmarse su primordial carácter objetivo. La concepción subjetiva o patética del daño moral se liga al sufrimiento y a la esfera de los sentimientos. En cambio, la concepción objetiva capta, en cambio, que el daño moral, en sentido estricto, es el resultado necesario que causa el atentado a cualquiera de los bienes de la personalidad, en su doble esfera corporal y espiritual, afectando a cualesquiera de los atributos que integran la dignidad de la persona.

El daño moral es un *damnum in re ipsa*; y por eso no tiene demostrarse cumplidamente su existencia. Ya lo sostuvo así la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912. El daño moral consiste en la alteración objetiva de las condiciones personalísimas de la existencia. Esto no significa que el único daño moral existente y ponderable sea el objetivo. Lo que sucede es que el daño moral objetivo desencadena normalmente una serie variada de perjuicios de índole personal, que se insertan en la esfera estricta de los sentimientos y que se identifican con el sufrimiento (*damnum doloris*); perjuicio este último que, pese a la necesidad de su individualización, el sistema valorativo inserta, con su fórmula silente, en las indemnizaciones

básicas, lo que supone dejar de computarlo casi siempre.

Quien, al sufrir un accidente, queda en situación de coma vigil irreversible, y no fallece, sufre el daño moral que corresponde a un quebranto prácticamente absoluto de la integridad psicofísico; y por eso, aunque no sienta ni padezca, debe ser resarcido por los daños morales infligidos.

8. La dialéctica valorativa del daño personal

Los daños y perjuicios personales, incluidos los corporales, no pueden de suyo valorarse porque afectan a bienes que están fuera del mercado, es decir, que son *extra commercium*. Mientras los daños y perjuicios materiales se insertan en el reino de la *utilitas aestimabile*, los personales se insertan en el reino de la *utilitas inæstimabile*. Pese a ello, la *vera rei aestimatio* comprende tanto unos como otros, porque, como decía Hugo Grocio, *pecunia communis est rerum utilium mensura*. De esta forma, queda afirmado que los daños y perjuicios personales están afectados por la dialéctica de la imposibilidad de valorarlos y la necesidad de hacerlo. El problema radica en cómo realizar esa imposible y necesaria valoración, casando la imposibilidad con la necesidad. Tal dialéctica se ha resuelto tradicionalmente mediante el monismo de la equidad, atribuyendo al juez facultades libérrimas para fijar la valoración en virtud de su propio y exclusivo arbitrio personal.

Pero el mantenimiento ultracentenario de la técnica de la judicialidad valorativa ha dado lugar a hipostasiarla y a afirmarla con rango ontológico y deontológico, diciéndose que es de esencia que sea el juez el que valore el daño, no siendo necesario ni conveniente que se le proporcionen pautas normativas. De ahí la frase jurisprudencial de que, frente a los baremos, el *iudex* debe desdeñar la solución normativa (STS, Sala 1ª, de 26 de marzo de 1997, Pte. Excmo. Sr. Albácar López).



Frente a ello, debe afirmarse que el progreso está en esas pautas normativas que se tienen que imponer al juez, siempre que se atengan a la teoría normativa del doble tripode de las circunstancias de índole nociva.

En virtud de ella, hay que deslindar de forma drástica la perjudicialidad personal y la perjudicial patrimonial, y, dentro de cada una de estas dos manifestaciones fundamentales de la nocividad, deben distinguirse, en primer lugar, los perjuicios generales, comunes u ordinarios; en segundo lugar, los perjuicios particulares, especiales o extraordinarios; y, en tercer lugar, los perjuicios singulares o excepcionales. La incontrovertible necesidad de que estos últimos sean atendidos denota, a su vez, la necesidad del reconocimiento de las amplias facultades apreciativas que, en cualquier caso, no pueden amputarse a la jurisdicción.

9. La perjudicialidad patrimonial y la técnica de su valoración

Los daños y perjuicios materiales son perfectamente valorables, porque afectan a bienes o intereses situados en el mercado de bienes y servicios; tienen por ello un valor objetivo que establecen las reglas del mercado. Suele decirse así que, dado que el mercado proporciona tal valor, la cuestión valorativa se caracteriza por su simplicidad, por su sencillez, por su facilidad. Ello es cierto, en términos generales, respecto de los daños y perjuicios emergentes, es decir, en relación con los menoscabos que implican un empobrecimiento o salida patrimonial, un egreso. Pero no lo es respecto de aquellos perjuicios materiales que implican una falta de enriquecimiento, una falta de ingreso (falta de entrada patrimonial), sobre todo cuando se trata de un lucro cesante sujeto a padecerse en el futuro. En este caso, la certeza del daño no es absoluta, sino relativa, pues está basada en la probabilidad, en el curso ordinario o regular de las cosas (*id quod plerumque accidit*); y, aunque se afirma con

certeza jurídica la existencia del daño (cuestión del *an*), la incertidumbre se proyecta sobre su concreto alcance (cuestión del *quantum*).

El problema radica en que la incertidumbre sobre el *quantum* opera como si fuera una incertidumbre sobre el *an*, negándose así su certeza y negándose por ello su resarcimiento. En la práctica, es más que frecuente que la pretensión del resarcimiento del lucro cesante se capte como el deseo infundado de obtener un lucro incesante. La preterición del resarcimiento del lucro cesante causado por el daño corporal está tan arraigada en nuestra cultura valorativa que sólo una expresa intervención legislativa de signo positivo que introduzca reglas presuntivas de valoración haría cambiar las tornas y abrir la vía de la congrua compensación.

Lo cierto es que, frente a lo que suele decirse, la verdadera dificultad estriba, no en la valoración de la perjudicialidad personal, sino en la valoración del lucro cesante causado por el daño corporal, hasta el punto que su resarcimiento constituye la gran asignatura pendiente del Derecho español de la responsabilidad civil; y téngase en cuenta que se trata de una asignatura troncal.

10. Un país que es diferente, a la luz de la interpretación ordinaria del sistema

Vista la tónica general del funcionamiento efectivo del sistema legal a lo largo ya de más de quince años, hay que hacer las siguientes afirmaciones:

España es un país en el que puede obtenerse indemnización por causa de muerte, sin sufrirse perjuicio personal alguno; y ello es así por una interpretación defectuosa de la regulación tabular, en la medida en que se desconozca el principio presuntivo en su versión positiva (se presume que sufre un perjuicio resarcible quien figura en el elenco tabular como perjudicado), con la perfecta posibilidad de

su enervación². Correlativamente, es un país en el que puede sufrirse un perjuicio personal relevante por causa de muerte y, no obstante, no obtenerse indemnización alguna; y ello es también así por una interpretación defectuosa de la regulación tabular, en la medida en que se desconozca el principio presuntivo en su versión negativa (se presume que no sufre perjuicio alguno, o que sufre un perjuicio carente de relevancia resarcible, quien no figura como concreto perjudicado en el elenco tabular), con la perfecta posibilidad de su enervación.

España es un país en el que el lucro cesante padecido por el cónyuge legalmente separado o por el ex-cónyuge de la víctima se valora en un importe que como máximo equivale a la mitad del valor atribuido al perjuicio personal del cónyuge viudo; y tal valor disminuye si se concurre precisamente con el cónyuge viudo; y ello es así por una interpretación literal acrítica de la regulación tabular, en la medida en que no se acuda, correctivamente, a un criterio apagógico de exclusión, impuesto por el postulado racional de la vertebración como instrumento puesto al servicio de la reparación completa, es decir, sin exceso ni defecto.

España es un país en el que los lesionados se restablecen de un día para otro (el país de los milagros), produciéndose de pronto el tránsito de un día completamente impeditivo a un día de completa curación; y ello es así por la forma simplificada del tratamiento tabular del resarcimiento de la lesión temporal, al no acudir a la fórmula medidora del porcentaje.

España es un país en el que los perjuicios personales ligados a una discapacidad personal quedan sin resarcir, salvo que haya un impedimento laboral oficialmente reconocido; y ello es así por una interpretación manifiestamente defectuosa de la regulación tabular, al desconocerse la consistencia

perjudicial y resarcitoria del factor de corrección de la incapacidad permanente.

España es un país en el que hasta 2003 no se resarcía en general la repercusión estética de las paraplejias y de las amputaciones de miembros; y ello era así porque la notable ausencia de cultura valorativa impedía la cabal comprensión de la regulación tabular atinente del resarcimiento de las lesiones permanentes. Por la misma razón la cojera funcionaba como si la imagen de la persona quedara sin alterar.

España es un país en el que hasta el año 2003 quien sufría la limitación de una extremidad superior percibía por ella mayor indemnización si además quedaba feo (con cicatrices), al aplicarse acriticamente en su expresión literal la denominada regla de la suma aritmética de los puntos funcionales y de los puntos estéticos; y la limitación física valía menos si faltaba la fealdad.

España es un país en el que los ciudadanos parecen gozar de un lucro incesante porque no se les reconoce (casi) nunca lucro cesante alguno; y ello es así pese a la proclama judicial de su resarcimiento. Lo cierto es que no se valora el lucro cesante causado por la muerte o la lesión permanente impeditiva; y, en su caso, se valora simplemente sin tenerlo en cuenta. A la luz del sistema legal, tal como ha sido entendido por la jurisprudencia de forma omnipotente, se está ante una regulación sometida a un principio de reparación sectoria o parcial, pese a la explícita previsión que contiene la norma del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero de dicha regulación, con la expresión de que su finalidad es asegurar la total indemnidad; expresión que enlaza con la descripción que del principio de reparación íntegra contiene el art. 1.2 de la Ley reguladora de la responsabilidad civil automovilística, al aunar el contenido del art.

² Tal sucede, por ejemplo, cuando se reconoce indemnización al cónyuge viudo y cuando mediaba una consolidada desunión de hecho.



1106 C.c. con la extensión del resarcimiento que el art. 1107 adjudica al deudor contractual de mala fe, con la inclusión añadida del resarcimiento del daño moral. Sometimiento a un principio de reparación sectoria o parcial que ha enfatizado precisamente la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 25 de marzo de 2010.

España es un país en el que puede obtenerse una indemnización abstracta por unos perjuicios económicos inexistentes; y ello es así, salvo que el correspondiente factor de corrección se interprete como restaurador de un perjuicio patrimonial básico calculado mediante una fórmula semiabstracta que cuenta con un fundamento que puede reputarse razonable.

España es un país en el que, después de más de veinte años de haberse consolidado tardíamente la doctrina valorista, se ha planteado su supuesta impertinencia, recuperándose así la doctrina nominal, pese a pertenecer a la prehistoria del Derecho de la responsabilidad civil; y ello es así porque ni la doctrina ni la jurisprudencia han reali-

zado una reflexión cabal sobre el fundamento del valorismo en el ámbito de los ilícitos dañosos extracontractuales, vinculándolo a la tradicional falta de predeterminación del valor de los daños corporales. Por eso la doctrina valorista se ha proyectado tradicionalmente sobre la perjudicialidad personal y no sobre la patrimonial, como si el daño material emergente y los restantes perjuicios patrimoniales, se sustrajeran a ella. Lamentablemente, las sentencias del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, después de proclamar el mantenimiento de la doctrina valorista, adoptan una solución que es virtualmente nominal, pese a que las razones aducidas al respecto tendrían que haber conducido al mantenimiento de la doctrina protestada. Pero no corresponde aquí acometer un estudio particularizado de estas dos resoluciones³.

Soluciones todas las indicadas que nacen, en definitiva, de la falta de comprensión de un sistema legal cuajado de múltiples defectos de expresión que se ponen al servicio del cumplimiento de unos propósitos inconfesados, pero manifiestos, de signo expoliatorio.



³ Para un estudio de esta cuestión, me remito a mi monografía *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2010.