



doctrina

Sobre el alcance de la responsabilidad civil de una compañía aérea por los daños corporales causados a los pasajeros de un vuelo nacional. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (sala 1ª) de 17 de mayo de 2019

Mariano Medina Crespo
Abogado.
Doctor en Derecho.

Sumario

- I.- Síntesis del supuesto de hecho (accidente aéreo en vuelo nacional; fallecimiento de varón joven que deja padres y hermana mayor conviviente; ejercicio de acción directa contra la aseguradora de la responsabilidad civil del transportista aéreo) y cuestiones abordadas por la sentencia casacional
- II.- El petitum cuantitativo de la demanda
- III.- La posición de la aseguradora demandada por el reconocimiento y la cuantificación de los perjuicios producidos
- IV.- La sentencia de primera instancia
- V.- Los recursos de apelación
- VI.- La sentencia apelatoria
- VII.- Los motivos de los recursos de casación de los demandantes y de la demandada
- VIII.- La desestimación del motivo de los demandantes atinente al régimen valorativo aplicable y al pretendido cúmulo indemnizatorio con responsabilidad objetiva y subjetiva
- IX.- Resolución de los motivos atinentes a la determinación de las bases jurídico-valorativas para la apreciación, medición y cuantificación de los perjuicios irrogados.
- X.- Sobre la diferenciación de las fundamentaciones rescindente y rescisoria
- XI.- Sobre la referencia ocasional al duelo patológico
- XII.- La desestimación del motivo de la aseguradora atinente a la interdicción convencional de las indemnizaciones punitivas
- XIII.- La desestimación del motivo atinente a la impertinencia material de los intereses moratorios especiales
- XIV.- Sobre el descuento de las cantidades consignadas por la aseguradora demandada

I.-SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO (ACCIDENTE AÉREO EN VUELO NACIONAL; FALLECIMIENTO DE VARÓN JOVEN QUE DEJA PADRES Y HERMANA MAYOR CONVIVIENTE; EJERCICIO DE ACCIÓN DIRECTA CONTRA LA ASEGURADORA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTISTA AÉREO) Y CUESTIONES ABORDADAS POR LA SENTENCIA CASACIONAL

El presente artículo constituye un comentario crítico de esta importante sentencia (Rafael Sarazá Jimena) que es de difícil lectura y, en parte, de difícil comprensión, aunque el examen de cada uno de los puntos de los que se ocupa (fundamentalmente, bien solucionados) exigiría una exposición de mayor envergadura.

La sentencia nace del accidente que en 20 de agosto de 2008 se produjo en el Aeropuerto de Barajas cuando, al despegar un avión comercial, cayó a la superficie y murieron la mayor parte de los pasajeros, habiendo quedado acreditada la negligencia de los pilotos.

El pleito se contrajo a la reclamación deducida por los padres de uno de los fallecidos, joven de 21 años, soltero, que vivía con ellos y con una hermana mayor de edad., ejercitándose exclusivamente la acción directa contra la aseguradora de la responsabilidad civil del transportista aéreo, por los perjuicios que el óbito causó a los demandantes.

La discusión en el recurso de casación giró en torno a los siguientes extremos: 1) definición del alcance cuantitativo de la responsabilidad civil de la compañía aérea cuando el accidente sufrido por los pasajeros es atribuido a sus empleados a título de culpa; 2) determinación de la valoración económica de los perjuicios irrogados a los demandantes, con discusión sobre la pertinencia de utilizar el Baremo de Tráfico (postura de la aseguradora) o su radical impertinencia (postura de los demandantes); 3) procedencia o improcedencia de la imposición a la aseguradora demandada de los intereses moratorios especiales (art. 20 LCS), teniendo en cuenta que el artículo 29 del Convenio de Montreal veta las indemnizaciones punitivas; y 4) en su caso, la justificación material de la imposición de esos intereses que, por su propia índole, corresponden a un fundamento culpabilístico.

II.-EL PETITUM CUANTITATIVO DE LA DEMANDA

En su demanda, los actores dedujeron una

reclamación de 250.000 derechos especiales de giro¹, en concepto de responsabilidad objetiva, de acuerdo con (sic) la cobertura aseguradora mínima que estableció el Reglamento Comunitario de 21 de abril de 2004; y reclamaron, además, bajo el concepto de responsabilidad subjetiva, la cantidad de 2.500.000 €, correspondiendo 1.000.000 a cada padre y 500.000 a la hermana, debiendo tenerse en cuenta que la póliza concertada con la aseguradora demandada contaba con un límite cuantitativo único combinado de 1.500.000.000 \$ por siniestro y aeronave, lo que suponía un límite de cobertura por pasajero de 8.720.000 \$ (al ser 172 los pasajeros del avión siniestrado). Como veremos, este elevadísimo límite funcionó en los demandantes, bajo la perspectiva española, como incentivo de esas peticiones supersónicas.

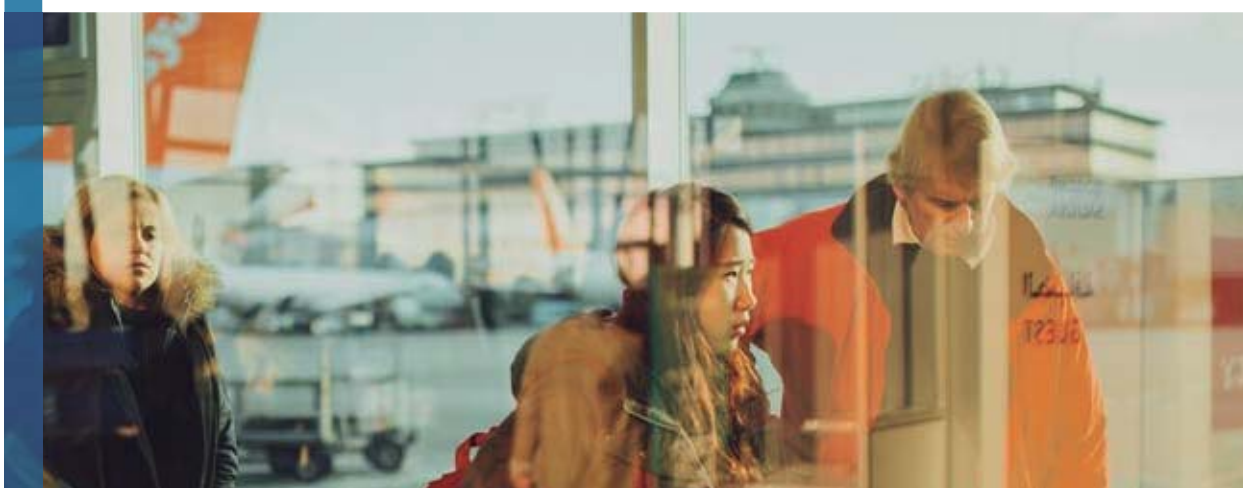
III.-LA POSICIÓN DE LA ASEGURADORA DEMANDADA POR EL RECONOCIMIENTO Y LA CUANTIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS PRODUCIDOS

La demandada sostuvo que la indemnización tenía que fijarse de acuerdo con las cuantías del Baremo de Tráfico vigentes en 2014, lo que implicaba actualizar las vigentes en la fecha del siniestro (2008) mediante el IPC de los años sucesivos hasta 2013, año en que la demanda se había presentado². Su concreta propuesta era que los padres del fallecido fueran indemnizados en la cuantía baremada, con un incremento del 20% por estarse ante un accidente aéreo y no del tránsito terrestre motorizado, propugnando la razonabilidad de tal incremento, por ser inferior al máximo del 30% (aseguradora dixit) que solo sobrepasa la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) en supuestos de daños corporales dolosos³. A su vez, dada la aplicación propuesta

¹ DEG: unidad de cuenta montada sobre varias monedas territoriales, siendo de equivalencia variable, aunque su importe es algo superior al de un euro.

² Véase que la aseguradora no consideró pertinente proponer que se aplicara la doctrina seudovalorista que impusieron las SSTs, Pleno de la Sala 1ª, de 17 de abril de 2007 (Encarnación Roca Trías).

³ Incremento éste que implica desconocer de suyo que el Baremo está puesto al servicio de proporcionar una reparación parcial, porque se establece solo en méritos al superior perjuicio moral que causa el daño doloso, marginando, por tanto, la previa infravaloración que el Baremo impone para los daños culposos y fortuitos. El planteamiento correcto al respecto habría de consistir en partir de la parcialidad resarcitoria que implica el Baremo, por lo que, al aplicarse a un accidente ajeno al tránsito motorizado, su revisión habría de traducirse en reconocer efectivamente cantidades superiores a las parciales que establece y también en reconocer la condición de perjudicada a la hermana del fallecido, pese a excluirla el



del Baremo, consideraba que no procedía fijar resarcimiento alguno para la hermana del fallecido, por ser mayor de edad y estar excluida del elenco de perjudicados nominados en el grupo IV de la tabla I.

IV.-LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona de 21 de febrero de 2015 (Miguel-Ángel Chamorro González) se atuvo al Baremo con un carácter orientativo, pero la cantidad prevista en él para los padres del fallecido, actualizada con el IPC al año 2014 (año anterior al de la sentencia), cifrada en 173.990,73 €⁴, se incrementó en un 50%, “en atención a las circunstancias que concurren en un accidente aéreo”⁵; y, a su vez, pese a estar excluida del Baremo, reconoció a la hermana mayor del fallecido 20.000 €⁶, “sin la aplicación del porcentaje de perjuicio económico [factor corrector], dada la mayoría

Baremo. Solo después, si el accidente aéreo hubiera sido doloso, habría de aplicarse el porcentaje de incremento al que se refería la aseguradora para computar la superior entidad del vilipendio, es decir, el mayor perjuicio moral que causa el daño corporal doloso respecto del culposo o fortuito.

⁴ De cuya cantidad correspondían 105.448,93 € a la indemnización básica tabular, y el resto a la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos previsto en la primera regla de la tabla II.

⁵ Declaración que de suyo es bastante abstracta y no coge el toro por los cuernos, al dejar de reflejar la constatación de la parcialidad resarcitoria que siempre (casi siempre proporciona el Baremo).

⁶ Esta cantidad corresponde a la establecida para cada hermano menor conviviente, de acuerdo con la previsión contenida en la última regla del grup IV de la tabla I, según la Resolución de publicación actualizadora de 5 de marzo de 2014, es decir, 19.172,64 €, aunque se redondea al alza, para fijarse el 20.000, sin efectuarse ya ningún añadido tabular ni extratabular.

de edad de la demandante” (sic), justificando el reconocimiento de su condición perjudicial por su convivencia con el fallecido, lo que supone hacer derivar de ésta el rango resarcible de su perjuicio, como condición necesaria. De ello se infiere (se supone) que, de no haberla habido, el juzgador habría negado esa condición perjudicial. Y se condenó, además, a la aseguradora al abono de los intereses moratorios especiales (art. 20 LCS), devengados desde la fecha del siniestro con la técnica del doble tramo y, por tanto, cifrándose con el tipo del 20% anual desde el 20 de agosto de 2010 (día en que comenzaba un tercer año de actuación morosa), pero proyectándolos solo sobre la indemnización reconocida a los padres del fallecido, excluyéndolos de la fijada para la hermana, respecto de la cual, sin ser necesario (aunque conveniente), se estableció que devengaba los intereses procesales desde la fecha de la sentencia. En lo que concierne a la actualización de la cuantía de la indemnización reconocida a los padres, llevada a 2014 -que suponía apartarse del criterio jurisprudencial impuesto para la (parcial) actualización de los créditos resarcitorios sujetos preceptivamente al Baremo de Tráfico-, sin llevarla a 2015, año de la sentencia⁷.

V.-LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Frente a la anterior sentencia, demandantes y demandada interpusieron recurso de apelación. Los demandantes, por no haberse reconocido la cantidad reclamada en concepto de responsabilidad objetiva, considerada por ellos como compatible e independiente de la

⁷ Quizá, porque el IPC de 2014 fue negativo (Ð1%), siendo tal la razón por la que la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones no dictó en 2015 la pertinente Resolución que habría supuesto plasmar un descenso del nominal de las indemnizaciones vigentes durante el año precedente.



reconocida por responsabilidad subjetiva, así como por la arbitrariedad de haber utilizado el Baremo de Tráfico como base jurídico-valorativa y haber partido de las cantidades previstas en él, sin que el fallo se acomodara a los fundamentos que habrían de sustentarlo. La demandada, por haberse reconocido la condición de perjudicada a la hermana del fallecido, pese a estar excluida del Baremo utilizado; por el injustificado e injustificable incremento de las cuantías baremadas; y por la impertinente imposición de los intereses especiales con que quedaba gravada la indemnización reconocida a los padres del interfecto.

VI.-LA SENTENCIA APELATORIA

La SAP de Barcelona (Sección 14ª) de 12 de julio de 2016 (Juan-Francisco Garnica Martín) desestimó el recurso de la aseguradora y acogió parcialmente el de los demandantes, pues, después de declarar que no cabe recibir

dos indemnizaciones para resarcir los mismos perjuicios -que es lo que efectivamente con toda claridad pretendían los demandantes- estableció que la indemnización total quedaba cifrada en 250.000 DEG, correspondiendo a cada padre 94.253 y a la hermana 47.125,05, con los intereses especiales (art. 20 LCS), a aplicar sobre las tres indemnizaciones⁸.

El sustento de la cuantía total señalada

⁸ Y ello, pese a que la parte actora había consentido que la suma reconocida a la hermana no devengara más intereses que los procesales; solución positiva que se adoptó sin rogación y sin expresar al respecto el más mínimo fundamento, en el entendido de que, siendo cierto que podría hallarse en la previsión normativa de que cabe que el juez los imponga de oficio, es claro que, al imponerlos, la aseguradora, que se había opuesto a los que se habían impuesto en favor de los padres, salió trasquilada, en virtud de la reforma peyorativa que tal decisión suponía. Lo curioso del caso es que la aseguradora se abstuvo, después, de impugnar en casación, de modo específico, este extremo de la condena, aunque, como se verá, pidió más que eso,

se halló en considerar que el límite mínimo de cobertura asegurativa preceptiva, impuesto por el Reglamento Comunitario de 21 de abril de 2004, constituía un buen parámetro de medición del alcance de los perjuicios padecidos por los padres y la hermana del fallecido, convirtiendo así un mínimo preceptivo de cobertura en un mínimo indemnizatorio, apuntándose, explícitamente, que sería mayor la indemnización si los perjudicados hubiera demostrado haber sufrido perjuicios de superior entidad a la reconocida en virtud de la previsión de tal Reglamento que se conceptúa explícitamente como un Baremo legal.

VII.-LOS MOTIVOS DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN DE LOS DEMANDANTES Y DE LA DEMANDADA

Frente a la sentencia apelatoria, demandantes y demandada interpusieron recurso de casación. Los primeros, insistiendo en que la utilización del Baremo de Tráfico, como base jurídico valorativa, para establecer las indemnizaciones, era arbitraria, habiendo dado lugar a fijar una indemnización muy baja, en lugar de acomodarse a la reclamada, para así conseguir la reparación íntegra (motivo 1º)⁹; y en que, además, a la indemnización reconocida por responsabilidad subjetiva tenía que añadirse la correspondiente a la objetiva, en un régimen resarcitorio perfectamente acumulativo (motivo 2º). A su vez, la aseguradora denunciaba que era contrario a Derecho fijar de modo mecánico la cuantía de la indemnización, haciéndola coincidir con el importe mínimo de cobertura asegurativa que

pues aspiraba a que se la liberara de cualesquiera intereses moratorios especiales; y lo más sorprendente es que el Tribunal Supremo interpretó que, añadida en la sentencia apelatoria los intereses especiales de la indemnización reconocida a la hermana del fallecido, pese a que su rechazo en primera instancia había sido consentido por la interesada, su reconocimiento ex officio supuso una estimación parcial de la apelación de los demandantes que, no obstante, vieron desestimados los motivos de su recurso, dando lugar tal interpretación a que, pese a dicha desestimación, quedaran liberados de la imposición de las costas de la apelación que les había endosado la Audiencia Provincial.

⁹ Véase desde ya que este motivo, tal como se enunciaba y se trataba de justificar, parecía enderezado a combatir en casación, no la sentencia apelatoria, que prescindió completamente del Baremo de Tráfico, sino la de primer grado, que es la que se atuvo a él como guía normativa, para ajustarse a la doctrina del desvío justificado que operaba como desvío necesario, pero sin insistir en su verdadero fundamento que radica en ser esencial a él la parcialidad resarcitoria, de tal manera que el apartarse del mismo no había de venir simplemente por la consideración de que, para un accidente aéreo, no es aplicable la regulación valorativa propia de la responsabilidad civil automovilística, sino por destacarse, previamente, como fundamento del apartamiento, que esta regulación responde al inequívoco propósito de impedir la reparación total.

impone el Reglamento Comunitario de 21 de abril de 2004, pues éste fija un mínimo de cobertura, pero no implica en absoluto la definición del valor de los perjuicios que en cada caso concreto se produzcan, denunciando que tomar dicha regulación, como base jurídico valorativa, para fijar las indemnizaciones, suponía desconocer la doctrina jurisprudencial que impone que el resarcimiento se ha de corresponder con los perjuicios efectivamente padecidos (motivos 1º y 2º); que, por su carácter punitivo, los intereses moratorios especiales no podían cargarse sobre a la demandada en el marco de un accidente aéreo sometido a la disciplina prohibitiva del Convenio de Montreal (motivo 3º); y que, en todo caso, la imposición de tales intereses estaba materialmente injustificada.

VIII.-LA DESESTIMACIÓN DEL MOTIVO DE LOS DEMANDANTES ATINENTE AL RÉGIMEN VALORATIVO APLICABLE Y AL PRETENDIDO CÚMULO INDEMNIZATORIO CON RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA

Examinado, en primer lugar, el segundo motivo del recurso de los demandantes, el Tribunal Supremo lo desestimó, pues puntualiza que el Reglamento Comunitario de 13 de mayo de 2002 extendió las disposiciones del Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999 (aplicable en España desde 28 de junio de 2004) al transporte aéreo de personas dentro del espacio de la Comunidad Europea, de modo que la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, con sus modificaciones, dejó de ser aplicable a la responsabilidad civil del transportista aéreo por daños corporales de los pasajeros, quedando circunscrita a la contraída con ocasión del transporte de mercancías en el ámbito nacional.

Asimismo, puntualiza que el Convenio de Montreal establece dos tramos de responsabilidad civil por daños personales a los pasajeros, uno bajo un régimen atributivo cuasiobjetivo (responsabilidad objetiva atenuada por la exoneración del transportista en el caso de que el accidente se haya debido a la conducta de la víctima) hasta el límite cuantitativo por pasajero de 100.000 DEG; y, el otro, bajo un régimen atributivo de subjetividad objetivada (atribución a título de culpa, pero con la presunción iuris tantum de la negligencia del transportista o de sus dependientes), sin limitación cuantitativa, pero sin que regule, en absoluto, la determinación y valoración de los perjuicios resarcibles.

Por otra parte, advierte que la cobertura asegurativa mínima por pasajero que, por

importe de 250.000 DEG, establece el Reglamento Comunitario de 21 de abril de 2004 (elevado importe previsto, según se expresa de modo explícito, para garantizar que los pasajeros lesionados o los causahabientes de los fallecidos reciban el resarcimiento íntegro de sus perjuicios), no significa que esta cantidad sea la que haya de reconocerse como indemnización por cada pasajero damnificado, sino que constituye la mínima que tiene que amparar el asegurador de la responsabilidad civil del transportista por daños corporales al pasajero.

Por tanto, no cabe sostener que dicho Reglamento contenga el más mínimo criterio sobre la determinación de los perjuicios resarcibles y su cuantificación, siendo, por tanto, improcedente pretender que se establezca como indemnización el importe del límite máximo de la responsabilidad objetiva y que, con independencia de ésta, se establezca, a su vez, la indemnización que corresponda por los perjuicios causados bajo el régimen de la responsabilidad por culpa objetivada.

De todo ello se desprende que la confusión reclamatoria de los demandantes estaba precedida de otra confusión, consistente en creer que el mínimo de la cobertura asegurática preceptiva (250.000 DEG) corresponde a la totalidad del límite cuantitativo de la extensión de la responsabilidad civil objetiva que establece el Convenio de Montreal (100.000 DEG); y queda claro que una cosa es el régimen atributivo de la responsabilidad del transportista aéreo por los daños corporales causados a los pasajeros (contenido en el Convenio y aplicable en el caso por extenderlo a él el Reglamento Comunitario de 13 de mayo de 2002) y otra, bien distinta, el régimen valorativo cuantificador que se encuentra en las disposiciones del Derecho Nacional.

IX.-RESOLUCIÓN DE LOS MOTIVOS ATINENTES A LA DETERMINACIÓN DE LAS BASES JURÍDICO-VALORATIVAS PARA LA APRECIACIÓN, MEDICIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS IRROGADOS.

Tras ello, el Tribunal Supremo aborda conjuntamente el motivo primero del recurso de los demandantes y los dos primeros motivos del recurso de la aseguradora demandada, que, en lo que concierne al motivo de los demandantes, suponía la aceptación de la corrección (razonabilidad) de la base jurídico-valorativa manejada por la sentencia de instancia, porque había tomado en consideración como tal la

cantidad establecida para el aseguramiento preceptivo mínimo; y, en lo que concierne a los motivos de la aseguradora, por disentirse de que la garantía asegurática establecida como mínima se hubiera computado como parámetro para medir la valoración de los perjuicios padecidos por los demandantes, sin ponderar la individualización de su consistencia y de su efectivo alcance. Acogidos los motivos articulados por la aseguradora, en cuanto que la cobertura mínima prevista en el Reglamento Comunitario de 2004 no comporta norma alguna reguladora del importe de la indemnización pertinente, lo que conllevaba la anulación de la sentencia recurrida y la supresión de la cantidad indemnizatoria reconocida en ella, el Tribunal Supremo desestima el motivo de los demandantes.

Sentado ello, el Tribunal Supremo adopta la postura propia de Tribunal sentenciador (recobro de la instancia) y efectúa unas declaraciones que, en rigor, ya corresponden a su papel como Tribunal que resuelve el recurso de apelación que había resuelto la sentencia anulada, haciéndose eco de que los demandantes habían puesto en tela de juicio que la sentencia de primer grado hubiera tomado como base jurídico-valorativa el Baremo de Tráfico, del que había prescindido de forma absoluta la sentencia a qua, pasando así, sin solución de continuidad, del razonamiento rescindente, que llevaba a la anulación de la sentencia recurrida, al razonamiento rescisorio, traducido en confirmar los principales indemnizatorios fijados por la sentencia de primer grado; y por ello, ateniéndose a la doctrina de que, aunque no es preceptivo el Baremo mencionado fuera del tránsito vial terrestre, cabe utilizarlo con un carácter orientativo, pero sin perjuicio de atenderse a los factores que, derivados en este caso de estarse ante un accidente aéreo, determinen una revisión de sus criterios cualitativos y cuantitativos, traduciendo ello en aceptar que el juzgador de la primera instancia estimara procedente atenderse a las cantidades baremadas para los padres del fallecido, pero con un incremento del 50%, para, a su vez, atendida la dimensión cualitativa, estimar que, aunque la hermana del fallecido se halle excluida del Baremo por ser mayor de edad (lo que supone negar el resarcimiento de sus perjuicios dentro del marco normativo del mismo), el dato de su convivencia constituía un exponente demostrativo del rango resarcible de su padecimiento, procediendo por ello a excluir la exclusión del Baremo, aunque se atuvo orientativamente (en una especie de integración analógica) a las cantidades previstas en él, para fijar entonces como indemnización la suma de 20.000 €, lo que implicaba homologar



la base jurídico-valorativa a la que se atuvo la sentencia de primera instancia, cuyas cuantías confirma el Tribunal Supremo, destacando que la propia aseguradora demandada aceptaba que los resultados cuantitativos de la aplicación del Baremo para los padres del fallecido se incrementarían en un 20%.

Todo ello supone que el Tribunal Supremo homologa la doctrina del desvío justificado¹⁰, consistente en aceptar el Baremo como orientativo, pero en versión flexible, traducida en la pertinencia de apartarse de él respecto de los conceptos y cuantías que se consideren

¹⁰ Sobre los criterios o doctrinas que se han manejado en relación con la utilización del Baremo de Tráfico para reconocer y valorar daños corporales ajenos al tránsito motorizado, remito a los trabajos que he elaborado al efecto, primero, con referencia al Baremo de 1995 y, finalmente, respecto del Baremo de 2015: "Reflexiones críticas sobre la aplicación del Baremo fuera del tránsito motorizado", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro* (Inese), t./año 48 [49], 2012, fascículos 4/5, pp. 7-29/6-32; "Aplicación del Baremo valorativo fuera del tránsito motorizado", *Revista idem*, 2014, t./año 50 [51], fascículos 10/11, pp. 6-29/6-27; "El maleficio de mentar [la bicha]. Indemnización para un alférez que quedó más que tetrapléjico por un disparo imprudente de pistola (STS, Sala 5ª, de 16 de mayo de 2012)", *Revista idem*, 2015, t./año 51 [52], fascículo 1, pp. 6-29; "El manejo del nuevo Baremo de Tráfico fuera de su específico ámbito: la necesaria desvinculación de sus límites cualitativos y cuantitativos", en AAVV, *Manual para la aplicación del sistema de valoración de daños de la Ley 35/2015*, dirección Francisco-Javier López García de

convenientemente en aras a la consecución de la reparación completa, dando ello lugar a dos desvíos que se explicitan y a otro que no se explicita pero que se practica, consistente el primero en la fijación de la indemnización para los progenitores del fallecido con un importante incremento extratabular; consistente el segundo en reconocer la condición perjudicial a la hermana del fallecido, pese a estar excluida del Baremo; y consistente el tercero en realizar una actualización valorista de las indemnizaciones reconocidas, apartándose así de la doctrina sentada por las SSTs (Sala 1ª) de 17 de julio de 2007 (Encarnación Roca Trías), con la que quedó marcado el funcionamiento del Baremo, en un sentido puramente nominalista para el caso de fallecimiento. La asunción de la doctrina del desvío justificado implica desautorizar el criterio de que, no siendo vinculante el Baremo de Tráfico fuera de su ámbito específico, el juez puede, de modo facultativo, acudir a él o no, pero que, de acudir a él, tiene que manejarlo in toto (doctrina de la autovinculación completa), sin efectuar selecciones que supongan excluir

la Serrana, Sepín, *Las Rozas de Madrid*, 2015, cap. 14, pp. 319-371; y "Conservación y progreso en el nuevo Baremo de Tráfico: gozos y sombras por lo que resarce y deja de resarcir", en AAVV, *Daño, Responsabilidad y Seguros*, dirección Mariano-José Herrador Guardia, Lefebvre/El Derecho, Madrid, pp. 401-492 (en concreto, sobre el manejo del Baremo de 1995, ap. 4, pp. 429-437; sobre el Baremo de 2015, aps. 8/9, pp. 467-480; también conclusiones VI-XX).

conceptos incluidos (así lo hace en el caso el juzgador, al no aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos a la hermana del fallecido, aunque sin proporcionar al respecto una explicación cumplida¹¹; y también, al aplicar el criterio valorista¹²) o incluir conceptos excluidos (reconocimiento del rango resarcible de los perjuicios personales padecidos por la hermana del fallecido, por ser conviviente y pese a ser mayor de edad).

Abundando en el rechazo de los argumentos de los demandantes, el Tribunal Supremo se hace eco de que éstos consistían en sostener que, dado el importe de la responsabilidad civil amparada por la aseguradora demandada por cada pasajero (8.720.000 \$ y dado el alcance ilimitado de la responsabilidad civil del transportista aéreo por los daños causados a los pasajeros en el tramo correspondiente a la culpa atributiva, probada o no desmentida (Convención de Montreal), de tales datos se desprendía la notoria insuficiencia de la indemnización reconocida por la Audiencia Provincial (250.000 DEG), teniendo en cuenta que se estaba ante unos perjuicios irreparables (los causados por la muerte de hijo y hermano). Llevado por mi parte a román paladino, lo que decían los demandantes es que sus perjuicios eran irreparables (lo que evidentemente es cierto), entendiéndolo por ello que la indemnización no podía consistir en cifrarla ni en poca ni en mucha cantidad, sino en una que fuera mucho más que muchísima (2.500.000 € + 250.000 DEG). El

¹¹ No parece que los demandantes formularan reclamación estricta por perjuicios de índole patrimonial, cosa que, una vez que se decide prescindir del Baremo, supone que no puede reconocerse resarcimiento alguno por perjuicios patrimoniales dejados de alegar y, desde luego, no demostrados, con lo que, si se consideraba que no procedía aplicar el factor para incrementar la indemnización básica reconocida a la hermana del fallecido, no se justificaba adecuadamente la aplicación del factor a sus padres. Da la sensación de que se decide prescindir del factor en el caso de la hermana, como si se hubiera pensado que ya estaba bastante bien servida con la indemnización extratabular que se le reconocía, consistente en la cantidad prevista como básica en el Baremo para una hermana menor de edad conviviente.

¹² Con todo, da la sensación de que no gustó al Tribunal Supremo la decisión relativa a la actualización valorista de las cantidades reconocidas, según se desprende de las veces que alude a ella en diversos pasajes de la sentencia, destacando siempre que tal cuestión no fue objeto de debate en el recurso de apelación ni tampoco en el de casación; cosa lógica desde el momento en que la propia demandada la aceptaba sin reticencia alguna. Parece que el Tribunal Supremo se quedó con las ganas de aplicar su doctrina neonominalista (en su caso, semivalorista), generada con ocasión de la aplicación del Baremo. Sobre esta materia, remito a mi monografía Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil, Bosch, Barcelona, 2010, 856 pp.

Tribunal Supremo rebatió esta pretensión con finura literaria y sin causticidad, declarando que los datos invocados por los demandantes no tienen por qué incidir en la cuantificación de la indemnización de los perjuicios derivados de los daños corporales causados en un accidente aéreo, sin que deban tomarse como referencia las indemnizaciones que se establezcan en otros países (según invocaban los demandantes, apuntando su superioridad¹³), sino las indemnizaciones que los Tribunales españoles reconocen al efecto.

X.-SOBRE LA DIFERENCIACIÓN DE LAS FUNDAMENTACIONES RESCINDENTE Y RESCISORIA

Por otra parte, ya he resaltado que, con ocasión de la fundamentación dedicada al examen de los tres motivos señalados, no parece que el Tribunal Supremo diferencie su papel sucesivo de Tribunal de Casación y Tribunal sentenciador (pese a que solo la ratio decidendi del pronunciamiento rescindente¹⁴ sirve para conformar doctrina jurisprudencial, con exclusión de la correspondiente al pronunciamiento rescisorio¹⁵); y así, aunque homologa las cantidades establecidas por la sentencia de primer grado, lo que corresponde a su papel como Tribunal sentenciador, se permite afirmar que en el recurso de casación no procede valorar la corrección de la cuantía concreta fijada en la instancia (con referencia en este caso a la primera instancia, al haberse anulado la sentencia dictada en la segunda), más allá de la corrección

¹³ Pero sin hacer referencia a que en la mayor parte de los países el importe indemnizatorio que se hubiera reconocido en este caso hubiera sido muy inferior al establecido. Téngase en cuenta que la reclamación deducida por los demandantes se reducía al resarcimiento por sus perjuicios personales, sin aducir perjuicios patrimoniales que solo fueron reconocidos a los padres del fallecido por mor de la aplicación mecánica del factor de corrección por perjuicios económicos que constituía la primera regla de la tabla II del Baremo utilizado como referencia inicial. En ningún país de Europa se habría establecido a los padres del fallecido una cantidad parecida a la que se les reconoció en nuestro país, con la excepción de Italia.

¹⁴ La fundamentación y pronunciamiento rescindentes corresponden a los fundamentos (antes considerandos) y pronunciamiento de la que constituía antes la primera sentencia casacional, bajo el régimen procesal anterior y que era la que, por su reiteración, conformaba la (estricta) doctrina jurisprudencial.

¹⁵ El pronunciamiento rescisorio corresponde, en caso de haberse casado la sentencia recurrida, al pronunciamiento de la segunda sentencia casacional, según el anterior régimen procesal, siendo la resolución que dicta el Tribunal Supremo, tras recuperar la instancia, como Tribunal sentenciador, es decir, en este caso, como Tribunal de Apelación.



de las bases establecida; frase que es propia de su actuación como Tribunal de Casación y no de su actuación como Tribunal sentenciador.

XI.-SOBRE LA REFERENCIA OCASIONAL AL DUELO PATOLÓGICO

De todas formas, para justificar la indemnización sobretabular y extratabular que homologa, el Tribunal Supremo se hace eco de que los accidentes aéreos son propicios a provocar un duelo patológico por el fallecimiento de un ser querido. Pero debe puntualizarse que este duelo no es una manifestación singular de tales accidentes porque la experiencia demuestra que se desencadena con frecuencia ante la desaparición del ser querido, en cualquier caso, dando lugar a que haya sido objeto de específica consideración en el Baremo de 2015, pero no para resarcirlo como daño psíquico reflejo, que es lo que es, sino, precisamente, para prohibir su

resarcimiento, al dedicarle el art. 36.3 de la LRC y SCVM que, afirmado de modo explícito como un precepto excepcional que, por tanto, impide la interpretación extensiva de su supuesto de hecho y su aplicación analógica a otro distinto, bajo la concreción del abono temporalmente limitado de los gastos de la asistencia psíquica y psicológica a que da lugar, se pone al servicio (trampantojo vergonzante) de impedir que se resarza cualquier otro perjuicio (con exclusión así del resarcimiento del perjuicio personal básico que cause dicho daño corporal, del perjuicio personal particular por pérdida de calidad de vida; de los perjuicios económicos por gastos extrasanitarios; y de los perjuicios que se sufran por lucro cesante); una razón de más para postular el desvío necesario respecto del Baremo, cuando se esté fuera del tránsito motorizado, tras haberse tomado inicialmente como guía normativa por razón de su insigne estructura vertebrada; y de aquí deriva que los perjuicios

personales y patrimoniales causados por el duelo patológico tengan que ser resarcidos de modo vertebado, con independencia del resarcimiento de los perjuicios personales y patrimoniales causados en sí por la muerte del ser querido, sin que aquéllos hayan de quedar embebidos por éstos, como apunta el Tribunal Supremo al justificar la solución resarcitoria bendecida.

XII.-LA DESESTIMACIÓN DEL MOTIVO DE LA ASEGURADORA ATINENTE A LA INTERDICCIÓN CONVENCIONAL DE LAS INDEMNIZACIONES PUNITIVAS

A continuación, el Tribunal Supremo desestima el tercer motivo del recurso de la aseguradora que denunciaba que no se le podían imponer intereses moratorios especiales por tratarse de unos intereses punitivos que están vedados por el art. 29 del Convenio de Montreal, el cual optó por el régimen de indemnizaciones resarcitorias propias de los sistemas continentales de Derecho civil, prescindiendo de las indemnizaciones punitivas, propio de los ordenamientos del Common Law. El Tribunal Supremo señala que la interdicción de las punitivas no excluye la posibilidad de imponer recargos en el caso de demora en el pago de la indemnización; argumento que, en sí, no es de recibo porque, siendo indiscutible el carácter (parcialmente) punitivo de los intereses especiales impuestos al asegurador (por ser ultrarresarcitorios), su imposición estaría reñida con la prohibición de las indemnizaciones punitivas, por mucho que el importe de tales intereses diste mucho de acercarse a las cantidades, con su particular utilización, suelen establecerse en dicho concepto. Pero la razón convincente de la desestimación del motivo radica en que la referida interdicción afecta a la responsabilidad civil del transportista, es decir, que el transportista no puede ser gravado con indemnizaciones punitivas, siendo exclusión que no impide que tal tipo de medida pueda establecerse frente al asegurador moroso de la responsabilidad civil del transportista, que es lo que acontece en este caso, lo que implica que el art. 20 LCS no entra en colisión con la prohibición del Derecho Convencional aplicable, porque se trata de una sanción civil represiva que afecta, exclusivamente, al asegurador.

XIII.-LA DESESTIMACIÓN DEL MOTIVO ATINENTE A LA IMPERTINENCIA MATERIAL DE LOS INTERESES MORATORIOS ESPECIALES

Finalmente, se desestima el cuarto motivo articulado por la aseguradora demandada, atinente a la impertinencia material de la imposición de los intereses moratorios especiales, motivo que, naturalmente, se articulaba con un carácter subsidiario respecto del anterior, para el caso de que el mismo fuera desestimado, siendo, a su vez, desestimado por no haber razones justificativas de los impagos en que incurrió la aseguradora, aunque llama la atención que ésta no extendiera su impugnación a la impertinencia de que los intereses se proyectaran sobre la indemnización reconocida a la hermana del fallecido, por haber sido impuestos de oficio en la segunda instancia, en perjuicio de quien había recurrido la sentencia postulando la supresión de los que se habían impuesto sobre la indemnización reconocida a los padres del fallecido, habiéndose cargado pese a que, excluidos de modo explícito por la sentencia de primera instancia, su rechazo había sido consentido por los demandantes.

XIV.-SOBRE EL DESCUENTO DE LAS CANTIDADES CONSIGNADAS POR LA ASEGURADORA DEMANDADA

Concluido el estudio de la sentencia casacional, dejo en el alero las consideraciones que habrían de efectuarse respecto al descuento previsto de las cantidades abonadas y consignadas por la aseguradora antes de promoverse el proceso y después de que éste fuera resuelto por la sentencia de primera instancia, captándose el nominalismo con que quedó articulado en ella y en la sentencia apelatoria; y teniendo en cuenta que da la sensación de que la consignación de las cantidades reconocidas en la primera instancia se efectuó como requisito de admisión del recurso de apelación interpuesto, pero sin ponerse a disposición de los demandantes (según se desprende de que precisamente el recurso de apelación de la aseguradora trataba de conseguir una sensible disminución de las indemnizaciones establecidas), lo que tendría que haber supuesto, si fuera así, la negación de que tal consignación estuviera dotada de eficacia liberatoria del devengo de los intereses moratorios decretados.