

doctrina

Los gastos permanentes de sustitución de un ama de casa muy especial y sus perjuicios excepcionales

Un recorrido que culmina en una casación penal resolutoria de una doble cuestión valorativa de interés casacional a la que se proporciona una doble respuesta dotada de algunos relevantes peros



Mariano Medina Crespo

Abogado

Presidente de honor de la AEAERCS

*A José-Manuel Villar, que me la traspasó;
y ino te digo na'!*

*También, a Charo y a Pancho por la ayuda
del último minuto*

1.-Apostillas y comentario de la sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2022, núm. 126 (ponente, Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); y el enunciado de los “sobre” de su estudio:

a) sobre el resarcimiento de los gastos que una lesionada de edad avanzada tuvo que afrontar, durante el periodo de sus lesiones temporales, para suplir el cuidado personal continuo de su hija, aquejada de una gran discapacidad;

b) sobre el resarcimiento de esos mismos gastos, tras fijarse su alta médico-legal con secuelas de efecto impediante;

c) sobre el resarcimiento preterido de los perjuicios morales padecidos por la lesionada, como consecuencia de la definitiva frustración de no poder cuidar personalmente a su hija, pese a haberse reconocido en las dos instancias precedentes y haberlo consentido la aseguradora en la segunda y en la propia casación;

d) sobre por qué viene a cuento traer a colación en este caso el efecto resarcitorio ligado a la observancia de la carga de evitar

el perjuicio económico que causaba a la lesionada la frustración temporal, y luego definitiva, de la actividad de cuidado a la que se dedicaba *ad instar*, como una vocacional y meticulosa profesional especializada, antes de ser atropellada; y

e) sobre el milagrito invertido de unas lesiones de las que se predica la imposible existencia de un dictaminado periodo intermedio sin pérdida de calidad de vida, con lo que un prolongado perjuicio personal solo básico precede, de modo pintoresco y de un día para otro, a una permanente pérdida moderada.

2.- Las sentencias estudiadas de primeras y los datos que las completan

Para realizar el presente artículo, he considerado imprescindible, después de haber leído y analizado la sentencia casacional, acudir a la lectura y análisis de la recurrida, dictada por la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Navarra (Sección 1ª) en 3 de agosto de 2020 (María-Esther Erice Martínez), núm. 685, recaída en el rollo de apelación 188/2020, por la que se desestimó la apelación deducida por la aseguradora Línea Directa contra la sentencia del Juzgado de lo Penal (en adelante, JP) núm. 4 de Pamplona de 25 de octubre de 2019 (Emilio Labella Osés), recaída en procedimiento abreviado 175/2019; y por la que se acogió en parte la apelación deducida por adhesión por la lesionada (acusadora particular), con el resultado de añadirse una concreta

partida indemnizatoria que había rechazado la resolución de primer grado. Debe aclararse que el díscolo texto de la sentencia recurrida (por su desorden expositivo y mezcolanza de los argumentos de las partes con los de la sentencia inicial y los de la propia apelatoria) exige un esfuerzo de concentración y atención para obtener los datos útiles que habiliten captar algunos extremos del caso y el cabal sentido de su enjuiciamiento.

Ultimado este artículo/comentario para su publicación, echaba de menos no conocer la sentencia de primera instancia, para aquilatar algunos pormenores relevantes que la lectura de las tres sentencias analizadas (la apelatoria, la casacional rescindente y la casacional rescisoria) no me habían permitido calibrar con la deseable precisión. También pensaba que me hubiera sido de utilidad conocer los términos de los dos recursos de la aseguradora (el de apelación y el de casación), para solventar algunas dudas que no había conseguido salvar con seguridad; y, además, conocer los términos exactos del informe de sanidad del médico forense, para comprobar si la resultancia fáctica de la sentencia de primer grado lo recogía con exactitud o con alguna alteración. Ya se verá el porqué de este último deseo insatisfecho.

Pero, en el último instante, recuperé el texto que tenía elaborado porque la aseguradora condenada me proporcionó la sentencia de primer grado y los dos recursos interpuestos por ella, aunque no el informe del médico forense. Su lectura no me ha exigido modificar ningún extremo del texto confeccionado, aunque me ha permitido intercalar algunas observaciones complementarias de signo ratificador.

Debo, a su vez, dejar constancia de que se está ante un siniestro que, en la mayor parte del parte del país, no habría dado lugar a la tramitación de un procedimiento penal abreviado, sino al registro de unas diligencias que, *limine litis*, se habrían archivado en virtud de un auto (decreto virtual) de sobreseimiento libre por pre-decidirse que el hecho no era constitutivo de infracción penal alguna, sin que incluso se notificara a la víctima, pero sí al Ministerio Fiscal que lo consentiría. En este caso, se sustanció un procedimiento criminal que se resolvió en tres instancias: la primera, tras el juicio oral, en un JP; la segunda, mediante un doble recurso de apelación, en una AP; y la tercera, de carácter (muy) extraordinario, mediante un recurso de casación de interés casacional, en el Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (en adelante, TS).

También debo consignar, por mis muchos años de ejercicio profesional, que algunas de las sensibles apreciaciones probatorias efectuadas por el juzgador de la primera instancia, no desmentidas en la segunda, muy viables de suyo en un proceso criminal, difícilmente se habrían canalizado en un orden tan encorsetado, lento, caro, formal y quirografario como sigue siendo el de la jurisdicción civil, en la que los demandados tienen a gala evitar que los perjudicados demandantes sean oídos por el juez y en la que los parientes y conocidos de éstos son testigos virtualmente descalificados.

3.- Una señora atropellada que sufrió unas lesiones bastante graves

En la noche del 25 de abril de 2018, una señora de 76 años atravesaba con normalidad un paso cebra en momento en que llovía y fue atropellada por un coche cuyo conductor lo pilotaba con manifiesta desatención.

Como consecuencia de ello, la atropellada padeció unas lesiones bastante graves que exigieron 7 intervenciones quirúrgicas, recibiendo el alta médico-legal al cabo de 406 días, desglosados en cuatro sub-periodos consecutivos: un primero de 17 días, con una pérdida muy grave de su calidad de vida; otro de 161 días, con una pérdida grave; un tercero de 118 días, con una moderada; y un último de 120 días, con un perjuicio personal solo básico (es decir, sin pérdida alguna de calidad de vida o con una pérdida solo leve). Al cabo de este cuarto sub-periodo, quedó con secuelas que originaban una pérdida moderada. Parece que así lo dictaminó el médico forense y así lo reputó probado la AP de conformidad con el JP.

Las secuelas consistieron en un acuñaamiento-aplastamiento por la fractura del hueso axis (segunda vértebra cervical), determinante de una limitación de la movilidad; disyunción púlica y sacro-ilíaca por la fractura de la pelvis; limitación de la movilidad del hombro derecho; hombro derecho doloroso; acortamiento de extremidad inferior derecha por la fractura de la tibia; gonalgia derecha inespecífica; persistencia de material de osteosíntesis en cadera y tobillo derechos; y un perjuicio estético moderado.

4.- La singular repercusión de unas lesiones que impiden a la lesionada el cuidado de su muy discapacitada hija

Desde bastantes años atrás, la lesionada

se ocupaba del cuidado continuo de una hija afectada por una discapacidad del 95%, consistiendo aquél en asistirle para su movilidad, en ayudarla para su aseo y alimentación, en la atención requerida por tener acoplada una sonda urinaria, en activar el tratamiento de sus crisis epilépticas y en medicar sus continuas infecciones. Pero, por causa de sus lesiones y limitaciones derivadas, quedó impedida para asumir estos cometidos.

5.- El sensible fallo de la sentencia de primer grado y sus partidas resarcitorias

El JP condenó al conductor del vehículo, como autor de un delito de lesiones por imprudencia grave, imponiéndole la pena de multa de seis meses (con cuota diaria de 8 €) y la de privación del permiso de conducción por un año y un día, condenándolo civilmente a abonar a la lesionada 359.795'95 €, declarándose la responsabilidad subsidiaria de la propietaria del vehículo y la directa de Línea Directa, aseguradora de la responsabilidad civil ligada al uso.

Esa cantidad correspondía al siguiente desglose vertebado de cuantías y conceptos perjudiciales: a) 24.329'95 €, por los “días de baja”; b) 7.300, por el perjuicio personal causado por el sometimiento a siete intervenciones quirúrgicas; c) 78.777'03, por las secuelas; d) 36.000, por la permanente pérdida de calidad de vida en grado moderado²; e) 19.694'25, por “perjuicio excepcional”³; f) 9.139'60, por viajes de

familiares (hijos y hermano)⁴; g) 19.377'60, por gastos médicos y farmacéuticos; h) 60.883'84, por gastos de enfermeras y cuidadoras hasta la “estabilidad lesional”⁵; e i) 113.292'48, por el “daño emergente” consistente en afrontar, tras la “estabilidad lesional”, el costo de los servicios de enfermeras y cuidadoras⁶ (fto. noveno de la resolución). Se impusieron al condenado los intereses procesales; y a la aseguradora, los moratorios especiales del art. 20 de la LCS^{7/8/9}.

4 Para visitar a la lesionada y prestarle auxilio.

5 Aunque plasmado en el Baremo, debería prescindirse de este concepto para determinar la duración de las lesiones temporales, pues su verdadero *dies ad quem está constituido por aquél en que ha concluido el proceso curativo que es concepto que también recoge el texto legal (art. 134.1) y que es el único que tendría que recoger, para evitar las mixtificaciones y tergiversaciones a las que se presta de la estabilidad lesional, con un desajuste reductor que distorsiona la realidad de la duración real de la patología padecida. Volveré sobre ello.*

6 Reitero el contenido de la nota precedente.

7 Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, con sus ulteriores modificaciones

8 De modo marginal, procede incluir alguna referencia a la problemática y compleja cuestión de la actualización valorista del crédito resarcitorio reconocido en este caso a la lesionada. Si mis apresurados cálculos son correctos, llego a la conclusión de que, para las partidas rigurosamente baremadas (la a] y la b], con su repercusión en la e]), la SJP se atuvo a las cuantías vigentes en 2019 (año de la sentencia), en lugar de atenerse a las vigentes en 2018 (año del siniestro), con la actualización, en su caso, del IPC de 2018 para 2019 (1'6 %). Su resultado sería el mismo para la condena civil del inculcado, dado que la actualización de las cuantías legales no afectadas por la cláusula del “no obstante” (art. 49. 1 y 2) para 2019 se hizo coincidir con dicha tasa. Pero no sería el mismo para la aseguradora, dado que se le impusieron los intereses moratorios especiales con su devengo desde la fecha del siniestro, pero siempre que su tipo incorporara la tasa de inflación. La singularidad del caso radica en que, para ese año, la tasa del interés legal del dinero quedó fijada en un 3%, lo que significa que, contraída al precio de la indisposición del crédito, dicha tasa no incorporaba sub-cuota alguna de signo valorista, por lo que era inaplicable la regla de la incompatibilidad del art. 40.2 que no se menciona en la sentencia. Por otra parte, ésta no actualizó la cuantía de los gastos realizados en 2018 (parte de la partida g] y parte de la h]), según prevé el art. 40.3, aunque no podía hacerlo por falta de solicitud. Para no complicar la cosa, me abstengo de referirme a la falta de mención aplicativa del art. 40.4, respecto de las cantidades abonadas previamente.

9 Sobre esta materia, para profundizar en ella, remito a mis monografías *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona 2019, 856 pp., y *El nuevo Baremo de Tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*. Wolters Kluwer Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2017 (569 pp.). Segunda Parte, ap. 9 “La cuantificación del crédito resarcitorio conforme a las cuantías vigentes en la fecha del siniestro y su actualización valorista. Artículo 40. Momento de determinación de la cuantía de las partidas resarcitorias”, pp. 337-381, y ap. 14, “La actualización de las

1 Terminología propia del Baremo de 1995, pero de la que prescindí, con significación cualitativa, el aplicado de 2015. Bajo ese impropio, aunque preciso y, con frecuencia incomprendido, concepto, se incluyen los días de pérdida muy grave, grave y moderada de calidad de vida, así como los de perjuicio personal solo básico, a cuya absurda y pintoresca apreciación en el caso presto después particular atención.

2 Suma superior a los 31.000 que equivaldrían a la mitad de la suma prevista en la horquilla tabular.

3 La lectura de la sentencia casacional no permite conocer la consistencia de este concepto, obligando casi a adivinarla; y el conocimiento de su cuantía solo se obtiene cuando se llega al estricto fallo de la segunda sentencia casacional. Por su particular relevancia para el presente comentario, destaco que lo lamentable del texto de las sentencias consideradas es que dejan de destacar y no enfatizan dos ideas fundamentales; que se trataba de perjuicios excepcionales de índole personal y no patrimonial; y que, a la luz del Baremo, los perjuicios excepcionales de índole patrimonial no son resarcibles. Tales perjuicios consistían en el duelo que la lesionada padeció por la imposibilidad frustrante de cuidar de su hija, que era la actividad a la que, desde muchos años antes, se dedicaba de continuo.

6.- La acogida de los gastos de sustitución de los cuidados que, durante el curso de sus lesiones temporales, la lesionada dejó de prestar a su hija, así como de los imposibles de prestar después por la pérdida moderada

cuantías baremadas. Artículo 49. Actualizaciones”, pp. 545-551. También los cuatro artículos siguientes: “Dos sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007. Ropaje valorista para un nominalismo tenuemente matizado”, en AAVV, Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil). Volumen 1º (2005-2007), dirección Mariano Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2008 (607 pp.), pp. 435-477; “Resarcimiento valorista y resarcimiento moratorio: la necesidad de su articulación coordinada”, en AAVV, Sobre la Responsabilidad Civil y la Seguridad Vial. Ponencias VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Santander, noviembre 2008, coordinación Francisco-Javier López García de la Serrana y Samuel Pérez del Camino Merino, Sepín, Las Rozas de Madrid, 2018 (579 pp.), pp.443-474. “El nuevo Baremo de Tráfico. La actualización de las cuantías del sistema y la actualización valorista de los créditos resarcitorios reconocidos al aplicarlo. Comentario a los artículos 40 y 49 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, introducidos por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre”, Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, vol. 44, 2016, 52 pp.; y “Actualizaciones del Baremo de Tráfico en 2017. Valor disminuido, valor aumentado y dudoso valor conservado”, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, año 16, núm. 62, 2017, fascículo 2, pp.9-31.

de su calidad de vida; y el aprecio de unos perjuicios excepcionales

De las partidas señaladas, interesan aquí, particularmente, tres; a) la de 60.884'84 €, relativas al reembolso de los gastos del epígrafe (*in primo*), frente a la suma reclamada de 90.262 €, al excluirse el importe abonado a la empleada del hogar que trabajaba en la casa de la lesionada antes de originarse el accidente, así como el importe de los cuidados nocturnos prestados a la hija de la lesionada, ya que ésta acometía los diurnos, sin perjuicio de que se la avisara ante cualquier incidencia que surgiera a lo largo de la noche; b) la de 113.292'48 €, relativas a los gastos correlativos a afrontar tras la fijación del alta médico-legal de la lesionada, a razón de 4.720 € mensuales (56.640 anuales), durante dos años; y c) la de 19.694'25 para cubrir el perjuicio [moral] excepcional originado por la imposibilidad física de cuidar de su hija, como hacía antes de su atropello.

7.- Las partidas rechazadas por las obras realizadas en la vivienda de la lesionada durante su convalecencia y por una concreta obra a realizar después en el jardín



Se descartó una partida de 51.362 €, por las obras realizadas durante el curso de las lesiones temporales; y se desestimó otra de 4.232 €, por una obra a realizar en el jardín para eliminar su desnivel y facilitar su acceso a la lesionada, dadas sus limitaciones residuales.

8.- Los recursos de apelación deducidos contra la sentencia de primer grado

La aseguradora interpuso recurso de apelación contra la sentencia recaída, con articulación de cinco motivos; y, a su vez, la lesionada, como perjudicada acusadora, se adhirió activamente al anterior recurso¹⁰, con formulación de dos motivos.

9.- Los motivos de la apelación deducida por la aseguradora

El primero impugnaba parcialmente la cantidad reconocida para el reintegro de los gastos de sustitución de los cuidados dejados de prestar por la lesionada a su hija durante el periodo de las lesiones temporales. Partiendo de reconocer que el resarcimiento de estos gastos se apoyaba en la previsión específica del art. 142.2, *in fine*, de la LRC y SCVM (en adelante, la Ley), tildaba de excesiva y desproporcionada la cantidad reconocida, postulando en concreto, además, la supresión de la suma correspondiente a los 120 días en que, según se había declarado probado, la lesionada padeció un perjuicio personal solo básico¹¹, por lo que carecía de justificación su sustitución en los cuidados que durante ese periodo final de las lesiones temporales podía ella prestar a su discapacitada hija por no comportar pérdida alguna relevante de calidad de vida. Por ello proponía que esta partida se cifrara en 15.309 € y, subsidiariamente, que, de mantenerse el reintegro de los gastos habidos a lo largo de aquel sub-periodo, se cifrara en 21.840 € (fundamento segundo, párrafos primero a undécimo).

¹⁰ Denomino recurso de adhesión activa al que no es de simple apoyo del interpuesto antes por otra parte, formulándose motivaciones distintas e, incluso, contrarias a las aducidas por el recurrente. originario; recurso que siempre se ha dado en el ámbito de la jurisdicción civil, aunque ahora, pintorescamente, se le denomina impugnación; recurso que, durante muchos años no ha cabido en los recursos de apelación penal, ni en los juicios de faltas ni en los juicios penales seguidos por delito, aunque no hay unanimidad jurisprudencial en el caso de éstos; y que nunca ha cabido, ni sigue cabiendo, en el recurso de casación, ni civil ni penal.

¹¹ Realizo este subrayado para incitar a la reflexión de la propuesta formulada que tiene su origen en la anomalía pericial de la que me ocupo en el último apartado de este estudio.

El segundo censuraba parcialmente la suma reconocida para el reintegro de los gastos de sustitución de los cuidados que la lesionada no podía prestar a su hija tras haber obtenido su alta médico-legal. Se resaltaba que el abono anticipado de estos gastos futuros carece de específica previsión normativa, por lo que, de primeras, su resarcimiento quedaba impedido por el principio de la objetivación indemnizatoria que contempla el art. 33.5 de la Ley. Pero, a continuación, puntualizaba que tal resarcimiento era viable a través de la reparación del lucro cesante padecido por la lesionada que, dedicada a las tareas de su hogar familiar, quedaba afectada por una incapacidad permanente total; o por la vía del resarcimiento de los perjuicios excepcionales¹² que habilita el precepto mencionado, contraído a un importe que, como máximo, puede alcanzar, el 25 % del importe total de la indemnización básica generada por las secuelas y perjuicio estético, con lo que la indemnización debería cifrarse en este caso en 19.694 €, mientras que, en el primero, se cifraría en 15.246 €, dado que, teniendo la lesionada 78 años en la fecha de su alta médico-legal (con superación, por tanto, de la edad de jubilación), tiene que computarse como importe de los ingresos dejados de obtener el de 12.600 € anuales (resultantes de un salario mínimo profesional de 900 € al mes y dos pagas-extra más), con concreción en un 55% y con una duración de dos años, en aplicación de los artículos 131.1 a), 131.2 y 133.1 (fto. tercero, párrafos primero a quinto).

El tercero se oponía parcialmente a la cantidad reconocida por la pérdida permanente de la calidad de vida de la lesionada en grado

¹² Sobre el resarcimiento de los perjuicios excepcionales o atípicos (con la diferenciación de los intrínsecamente excepcionales y de los extrínsecamente excepcionales) en el Baremo de 1995, a la vista de su previsión (desmentida por la jurisdicción) en el inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema valorativo, remito a mi monografía *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, t. 3, vol.1, *Las reglas generales del sistema*, 1999 (464 pp.), ap. 12, "La regla séptima y la complejidad normativa de sus incisos", pp. 213-232; con su desarrollo, en *Daños Corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo. El rango relevante de las circunstancias excepcionales de índole dañosa. Perjuicios morales y lucro cesante*, Dykinson, Madrid, 2003 (288 pp.), pp. 41-44, 80-111 y 156-252. Sobre su resarcimiento en el Baremo de 2015, a la vista de su previsión en el art. 33.5, *in fine*, de la Ley, remito a mi monografía *El nuevo Baremo de Tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*. Wolters Kluwer Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2017 (569 pp.), Segunda Parte, ap. 2, "Los principios fundamentales. Artículo 33. Principios fundamentales del sistema de valoración", pp. 230-240.

moderado. Sosteniendo que las pruebas practicada (testifical, documental e informe de detective) acreditaban que la lesionada caminaba sin bastón con suficiente ligereza, subía escaleras sin dificultad superando los escalones sin apoyo y padecía solo alguna limitación del hombro derecho, por lo que la pérdida indicada no alcanzaba el grado señalado, proponiendo que, como mucho, la indemnización se cifrara en el 20% de la horquilla tabular, lo que se traduciría en 22.766 € (fto. cuarto, párrafo primero).

El cuarto pretendía que la suma reconocida por los viajes de los familiares de la lesionada (tres hijos y un hermano) desde la localidad de sus respectivos domicilios al de ella, ascendente a 12.187 €, se redujera a la de 7.179, por considerarla la suma verdadera y cumplidamente justificada, sin que ofrezca interés en este comentario insistir en él (fto. quinto, párrafo primero).

El quinto postulaba que se suprimiera la imposición de los intereses especiales del art. 20 de la LCS¹³, sin que competa a este comentario la reseña de su formulación (fto. sexto).

10.- La desestimación del anterior recurso

Los cinco motivos fueron desestimados, refiriéndome aquí solo a la consistencia del rehúse de los tres primeros.

La AP rechazó el primero argumentando que, ponderado el estado físico de la lesionada durante el periodo de su convalecencia, el estado físico de su hija, el nivel de los cuidados que aquélla prestaba a ésta antes del accidente y la imposibilidad de prestárselos durante todo el periodo señalado, el importe reconocido por los gastos afrontados de sustitución era por completo razonable y proporcionado, incluyéndose el de los habidos durante el último sub-periodo lesivo¹⁴ (fto. segundo, párrafos

13 Aunque ésta no es la sede en que desarrollar la idea, soy partidario de suprimir los intereses moratorios especiales con cargo al asegurador de la responsabilidad civil automovilística que quedaría sujeto al régimen ordinario de la mora mercantil; pero postulo la introducción, en su lugar, de la figura de los “daños punitivos” o “multas civiles”, mediante la técnica de añadir a la indemnización establecida un porcentaje que, para las indemnizaciones pequeñas, podría llegar al 500 % y, para las muy elevadas, del 100 %. Con ello se incentivaría a las aseguradora a abandonar la postura de liquidar los siniestro menos importantes con cantidades miserables y los siniestro más graves con valoraciones muy rasuradas

14 Pese a padecer, durante él, un perjuicio personal solo básico, según se considera probado, pese a ser radi-

duodécimo y decimotercero).

De esta forma, quedaban desmontadas las alegaciones fácticas esgrimidas por la aseguradora y, aunque la AP lo hizo de modo implícito, se abstuvo de desmontar con crudeza expresiva la estulticia de considerar que, durante los últimos 120 días del curso de las lesiones temporales, la lesionada había padecido un perjuicio personal solo básico, pues si, al día siguiente del alta médico-legal la lesionada estaba imposibilitada para prestar los cuidados requeridos por su hija, es de una evidencia cegadora que el día anterior también lo estaba, al igual que lo estaba durante los 119 días anteriores; es decir, que lo de los cuatro meses finales constituye, dicho con término coloquial y eufemismo suavizante, un puro y absurdo camelancio de pericia desacomodada a la realidad y al cabal sentido de las previsiones legales.

La AP hizo decaer el segundo, aduciendo que debía mantenerse la cantidad reconocida de 113.292'48 € que correspondía a un gasto mensual de 4.720'52 € a realizar a lo largo de dos años; y, con referencia al anclaje normativo de esta partida, negaba que el resarcimiento de este perjuicio económico que la recurrente denominaba daño emergente¹⁵ futuro constituyera el de un lucro cesante basado en los arts. 131.2 y 132.5 (incapacidad permanente total de la persona dedicada a las labores de su hogar familiar), afirmando, por el contrario, que encontraba su apoyo en el 142.2¹⁶, lo que implicaba trasponer a las lesiones permanentes un resarcimiento previsto para las temporales,

calmente imposible que tal fuera su alcance verdadero.

15 La SJP acogía este *nomen in su fto. segundo, párrafo cuarto, in fine.*

16 La SJP había reprochado al informe actuarial que había presentado la acusación particular de la lesionada, para el cálculo de los gastos de sustitución a afrontar desde la fijación del alta médico-legal de ella, que se había abstenido de invocar el apoyo de su resarcimiento (fto. octavo, párrafo cuarto), aunque señalaba que, el letrado de dicha parte, al emitir su informe tras la fijación de las conclusiones definitivas, lo había concretado en el art. 142.2, cuya invocación se acogió (fto. octavo, párrafo quinto); apoyo que, como recojo en el texto, vino a asumir la AP; criterio normativo que, según se verá, desautorizó el TS, para asumir una variante de las dos posibles propuestas que había formulada la asegurada, con desconsideración radial de la otra (la de la excepcionalidad perjudicial), al igual que había hecho la AP que, tras registrarla, se había abstenido de confutar. Como terminaré de razonar al final, la vía habilitadora del resarcimiento existía en verdad, pero no estaba constituida por ninguna de las manejadas, al tratarse de una partida de gastos con los que la lesionada eludía la falta de entrada del valor económico de las actividades de asistencia a las que ella ya no podía dedicarse.

pero habiendo de acudir a una duración de dos años, dada la edad de la lesionada en la fecha de su alta (78 años), por trasponer la previsión del art. 113, relativa al resarcimiento de los gastos médicos futuros (fto. tercero, párrafo sexto).

De esta forma, la glosolalia argumentativa se ponía al servicio de apuntar con cierto disimulo que el fundamento normativo del resarcimiento confirmado de esta partida lo hallaba en una aplicación analógica del artículo 142.2, con recurrencia a un criterio razonable para el cálculo predictivo de la duración del perjuicio¹⁷.

Véase que la otra vía apuntada para el resarcimiento de los perjuicios reclamados por la lesionada, la de su excepcionalidad, no fue considerada por la sentencia apelada; pero téngase en cuenta que ese cauce, apuntado como posible, era inviable porque el sistema legal valorativo no consiente el resarcimiento de perjuicios excepcionales de índole patrimonial, sino solo los de índole personal, siempre que no deriven de las lesiones temporales (arts. 33.5, 73 y 112).

El tercero declinó, porque, frente a las alegaciones fácticas de la recurrente, la AP estimó probado que las secuelas de la lesionada suponían de modo permanente una limitación de su aptitud para deambular, la imposibilidad de efectuar recorridos prolongados sin acompañamiento de apoyo y el déficit de sus movimientos, con incidencia negativa en su vida cotidiana, padeciendo una apreciable restricción de su autonomía personal y habiendo tenido que dejar de conducir su vehículo, por lo que, en definitiva, se mantuvo la cantidad de 36.000 € que, siendo algo superior a la mitad de la prevista en la horquilla tabular, se reputó proporcionada (fto. cuarto, párrafo segundo).

¹⁷ La SAP confirmó así el importe que había reconocido la SJP frente a la hiperbólica pretensión de la lesionada (470.524'30 €) y frente a la muy minimizada propuesta por la aseguradora (15.246 €; y, en su defecto, 19.694 €). La enorme elevación de la cantidad pretendida se debió al error en que incurrió el informe actuarial en que se basaba, consistente en atenderse a las expectativas de supervivencia de la hija de la lesionada, en lugar de atenderse al precálculo del tiempo en que la lesionada habría podido seguir prestando a su hija sus cuidados, si no hubiera sufrido el accidente de autos, teniendo en cuenta que en la fecha de su alta tenía 78 años, porque no se trataba de computar la duración de la discapacidad de la hija (cifrada en 23 años, sin tener en cuenta el delicadísimo estado de su salud, que implicaría, normalmente, su acortamiento)) sino la de la aptitud de su madre para cuidar de ella (cifrada en 2), según captó perfectamente la SJP (fto. octavo, párrafos duodécimo al decimocuarto).

Los motivos cuarto y quinto fueron repelidos también, sin que ofrezca interés aquí referirme a ellos, como ha quedado indicado ya (fto. quinto, párrafo segundo, y fto. sexto, respectivamente).

11.- Los motivos de la apelación que dedujo la lesionada por adhesión activa

Mediante su adhesión activa al recurso de la aseguradora, la lesionada se convirtió en apelante; y la formalizó con la articulación de dos motivos.

El primero pedía que se le reconociera la cantidad reclamada de 51.362 € que el JP había desestimado y que correspondía al coste de la adaptación de su vivienda, que decía haber realizado en atención a las condiciones claudicantes que padeció a lo largo del amplio periodo lesivo temporal, fijando su apoyo normativo en el art. 142.

El segundo proponía que se le reconociera una partida que también se le había denegado y que correspondía a los gastos que, por importe de 4.232 €, tenía que afrontar para facilitar su acceso al jardín del inmueble de su vivienda, mediante una rampa de acceso con que salvar un desnivel de más de dos metros que se lo impedía, dada la limitación de su autonomía que afectaba a su movilidad, razonando que el fundamento normativo de su reconocimiento se encontraba en el art. 118.

12.- La estimación parcial del anterior recurso

La AP repudió el primer motivo, argumentando que las obras realizadas fueron de mantenimiento y mejora de su vivienda, sin que fueran razonablemente necesarias para atender su situación limitativa durante el transcurso de su proceso curativo¹⁸ (fto. séptimo, párrafos primero a tercero).

Pero acogió el segundo, al estimar

¹⁸ El importe de esta desechada partida, el trayecto de los viajes realizados por tres hijos y un hermano de la lesionada desde las localidades de sus respectivos domicilios (alguno de ellos situado en un país bastante lejano) para visitarla tras el grave accidente, el tipo de la vivienda de la lesionada con su amplio jardín dotado de un desnivel corregible, el servicio doméstico fijo con que la lesionada contaba antes del accidente y con el que siguió contando después, el importe de los gastos de su sustitución por enfermeras con sus turnos diurnos y la contratación de otras para la asistencia nocturna de su hija que ella asumía antes del accidente, acreditan que se estaba ante una familia particularmente pudiente.

acreditada la necesidad de tal obra, determinada por las limitaciones padecidas de modo permanente por la lesionada; y ello con base en las previsiones del precepto invocado¹⁹ (fto. séptimo, párrafos tercero a sexto).

13.- La confirmación de una partida, la de los perjuicios excepcionales, que la aseguradora no había impugnado

Dedicado el fundamento séptimo de la SAP al análisis de los dos motivos del recurso adhesivo de la lesionada, con rehúse de uno y acogida del otro, consta de un párrafo final (el séptimo) que resulta sorprendente y con el que alcanza su cumbre el galimatías expresivo de la sentencia apelatoria.

En él se dice que, “por último”, “se mantiene lo expuesto y acordado en el fundamento jurídico tercero de la resolución impugnada”, relativo a la concurrencia de un perjuicio excepcional, cuya indemnización recoge el art. 112; y se añade que se trata de un extremo que no ha sido objeto de expresa impugnación y que, “como fundamenta la sentencia apelada, concurre en esta causa y está justificado como consecuencia de la convivencia de la lesionada con su hija”, “quien sufre una gran incapacidad que supone un 95% de dependencia y se encontraba a su cuidado”, por lo que su pronunciamiento debe confirmarse²⁰.

19 En lo que refiere a los intereses procesales, que técnicamente solo afectaban a la condena civil del inculpa-do, la AP incumplió la previsión imperativa del art. 576 de la Ley procesal civil, al dejar de pronunciarse (y motivadamen-te) sobre el comienzo de su devengo respecto de la partida que añadió. Tenía que haber decidido si había de llevarse a la fecha de la sentencia de primer grado o a la de la del segundo. Ante esa omisión, la explícita confirmación de los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida llevaría a que el devengo se iniciara en la fecha de la sentencia *a qua*, pero la falta de una explícita decisión motivada debería llevar a una interpretación *pro reo*, determinante de que el devengo comenzara en la fecha de la sentencia apelatoria.

20 Tras la lectura de la sentencia de primer grado, compruebo que en el juicio la aseguradora se opuso al reconocimiento de esta partida por considerar inexistentes los perjuicios alegados, pero esta disconformidad no se mantuvo en el recurso de apelación, pues en éste, con ocasión de impugnar la cuantía reconocida por los gastos de sustitución de cuidados encausados en las lesiones permanentes de efecto impeditivo, adujo la incompatibilidad del reintegro de éstos con el resarcimiento de aquéllos, pero sin negar ya su existencia. Era, por tanto, cierta y precisa la estimación efectuada por la AP respecto a que la partida de los perjuicios excepcionales no había sido impugnada como tal. Por eso, como se verá después, de ser cierta la incompatibilidad, la solución a brindar no era de supresión, sino de resta, es decir de restar de la partida de mayor importe el de la otra.

A la vista de este párrafo, quedan varios extremos en el aire. Por lo pronto, no se comprende que se confirme un pronunciamiento que no ha sido objeto de impugnación. Puesto que se refiere al reconocimiento de un perjuicio excepcional, hay que entender que, de haberse impugnado, lo habría hecho la aseguradora y no la lesionada. Por eso no es ejemplo de buen orden que ese párrafo se incluya *in fine* en el fundamento dedicado a la resolución del recurso deducido por la perjudicada, pues, de tener algún sentido su más que dudosa inclusión, debería formar parte de la fundamentación dedicada a la solución del recurso de la aseguradora. Por otra parte, nada dice la sentencia apelatoria sobre la consistencia de ese resarcido perjuicio excepcional, del que ni siquiera registra si es de índole personal o patrimonial, aunque es razonable pensar que sería personal, dado que el resarcimiento de los perjuicios excepcionales de índole patrimonial está legalmente proscrito. Tampoco se consigna su cuantía²¹.

Comprobada la motivación del recurso de apelación de la aseguradora y conocida de antemano la sentencia casacional, es incontestable que los reconocidos eran unos perjuicios excepcionales de índole personal, cuya existencia y cuantía había consentido aquélla (cambiando el punto de vista esgrimido en el juicio en que se negaba su existencia o su rango resarcible), aunque sostenía que su reconocimiento era incompatible con el de los gastos de sustitución, cuya cuantía, que no su existencia, combatía, sin que la AP se pronunciara sobre este concreto extremo que quedó desatendido *per silentium*, incurriendo al respecto en una nítida incongruencia omisiva.

Pero, curiosamente, este párrafo, que no venía a cuento en sus propios términos, recobra su sentido a la vista de la sentencia casacional que motiva esta reseña-comentario y en la que las incógnitas apuntadas quedan despejadas.

Efectivamente. a la vista de la sentencia casacional se capta la existencia y la consistencia de esa partida que permanece incógnita para quien solo accede a la lectura de la sentencia apelatoria, al haberse abstenido ésta de reseñar el desglose de las partidas que, reconocidas por la SJP, dieron lugar a una suma indemnizatoria total de 359.795 €.

Tal partida correspondía al reconocimiento

21 Ya he señalado que el lector solo conoce su cuantía cuando llega al estricto fallo de la segunda sentencia -la rescisoria- del TS.

de la suma de 19.694 €, como resarcimiento de los perjuicios morales padecidos por la lesionada por la definitiva frustración de no poder cuidar personalmente de su hija; resarcimiento habilitado, según criterio de la SJP, ratificado por la SAP, por la clausula legal atinente a los perjuicios personales (morales) de carácter excepcional [y no extraordinario, como con una terminología no ajustada a la del sistema legal, asevera la sentencia apelatoria] que, no tipificados específicamente en ninguna regla del texto legal valorativo, habilita el art. 112, en consonancia con las previsiones remisivas del “no obstante” que contiene el art. 33.5, *in fine*, afectadas con una limitación cuantitativa contraída a un máximo del 25% de la indemnización básica establecida por las secuelas apreciadas²².

14.- La exclusiva cuestión a resolver en el recurso de casación

Frente a la SAP, la aseguradora interpuso recurso de casación de interés casacional que resolvió el Pleno de la Sala 2ª del TS. Sin explicitarse de modo preciso la consistencia de la motivación articulada en el recurso, el TS, antes de encararla, puntualiza que suscita la cuestión sobre la indemnización del perjuicio que padeció la lesionada por la imposibilidad de seguir atendiendo a su muy discapacitada hija, como consecuencia de sus lesiones²³ y secuelas, al sostener la recurrente que el resarcimiento de los gastos de sustitución a afrontar desde la obtención de su alta médico legal no está contemplado en el Baremo establecido, pues la reparación íntegra de los daños y perjuicios no puede realizarse de modo directo, sino solo a través de dicha regulación de acuerdo con lo estrictamente establecido en el art. 33.5 de la Ley, sin que sea aplicable el 142, que refiere en exclusiva a los gastos de sustitución generados por las lesiones temporales y cuya previsión no puede trasvasarse a los gastos generados por las secuelas, aunque, respecto de éstas, es aplicable el art. 112 que prevé el resarcimiento de los perjuicios excepcionales dejados de contemplar de modo individualizado en el resto de la regulación legal, a cuantificar en el importe correspondiente al [*rectius*, con el límite del] 25% de la indemnización básica originada por

las secuelas.

Tras las precisiones anteriores, el TS puntualiza que la existencia del perjuicio señalado no es debatible en un recurso de casación de interés casacional, ni se discute en el concretamente formulado; y que éste plantea si ese indiscutible e indiscutido perjuicio es resarcible de acuerdo con las previsiones [imperativas] de la Ley, estándose ante una cuestión que, ofreciendo interés casacional, es la única que debe examinarse en el recurso interpuesto.

El TS no concreta la razón por la que la cuestión acotada presenta interés casacional, pero, dado que, conforme al acuerdo no jurisdiccional de 9 de junio de 2016, la recurrente no alega que la solución adoptada por la sentencia recurrida se oponga a la estricta doctrina jurisprudencial, ni arguye que haya al respecto una jurisprudencia provincial contradictoria, se induce que tal razón estriba en que se está ante la aplicación de una regulación legal que [ni en la fecha del accidente de autos, 7 de abril de 2018; ni en la del enjuiciamiento de primer grado, 25 de octubre de 2019; ni en la del de segundo grado, 3 de agosto de 2020) contaba con una vigencia superior al quinquenio (con su inicio en 1 de enero de 2016), habiéndose de fundar el recurso, de modo necesario y exclusivo, en una infracción de ley sustantiva al amparo del art. 849, 1º, de la Ley de enjuiciamiento criminal, lo que supone la intangibilidad de los hechos declarados probados.

15.- Puntualización sobre el alcance de la impugnación de la aseguradora

Para servir a la precisión, puntualizo que, de la lectura de la sentencia recurrida y de la del primer fundamento de la casacional, se desprende que la cuestión que la recurrente sometió al debate casacional no era, como afirma el Pleno de la Sala, si el resarcimiento de los gastos de sustitución de la lesionada en el cuidado de su hija, a afrontar a partir de la fijación de su alta médico legal, está habilitado por la regulación legal (el Baremo), cosa no discutida por la recurrente²⁴, sino la determinación de la concreta norma legal que lo habilita, resultando de la escogida el alcance cuantitativo del resarcimiento con

22 Limitación que obedece a la exclusiva razón de minimizar su resarcimiento mediante la técnica restringente de acudir a la supuesta existencia de una proporción entre el valo del perjuicio fisiológico y el valor los perjuicios personales singulares enraizados en él.

23 Téngase en cuenta que no se ponía en tela de juicio el resarcimiento de los gastos de sustitución habidos durante el periodo impediendo de las lesiones temporales.

24 La aseguradora negó en el juicio la existencia de estos perjuicios, pero, reconocido su resarcimiento por la SJP, cambió su punto de vista en el recurso de apelación, aceptando la partida como tal, es decir, la existencia de ellos, pero poniendo en tela de juicio la cuantía resarcitoria establecida.

su infranqueable límite legal, de acuerdo con la previsión restringente del art. 33.5

La recurrente planteaba que no era aplicable el art. 142.2, referente en exclusiva, sin límite extrínseco alguno, a los gastos generados por las lesiones temporales, pero no por las secuelas, cuyo resarcimiento, a diferencia de lo que acontece con los perjuicios patrimoniales generados por aquéllas, siempre cuenta con límites extrínsecos; y que, en tal sentido, había que optar por su resarcimiento como lucro cesante padecido por una persona lesionada dedicada a las labores domésticas del hogar familiar (en cuyo caso, la partida resarcitoria indiscutida tendría que cifrarse, según la tabla 2.C.5, en 15.246 € y no en los 113.292'48 reconocidos); o como un perjuicio [patrimonial] excepcional del art.112 (en cuyo caso, fijando la cuantía de la partida aceptada en el 25% de la indemnización básica por secuelas, se tendría que concretar en 19.694 €).

Por tanto, la cuestión del apoyo normativo del resarcimiento impetrado por la lesionada escondía, a las claras, una discusión sobre la cuantía de una indemnización que cualitativamente se reconocía como pertinente, dependiendo su determinación de la concreta regla legal aplicable.

En el trance de escoger uno de los tres

fundamentos normativos del resarcimiento reconocido, la AP había optado por la aplicación del art. 142.2 (por integración analógica de los gastos de sustitución generados por las secuelas o por interpretación extensiva de su supuesto de hecho ampliado a las lesiones permanentes), con lo que la partida indemnizatoria carecía de límite cuantitativo extrínseco alguno, dando lugar por ello al reconocimiento de su elevada suma.

A su vez, de las dos posibilidades normativas planteadas por la recurrente, había que desechar de modo tajante la de la inserción de los perjuicios a cuantificar a través de la clausula legal de la excepcionalidad, dado que el Baremo proscribía siempre el resarcimiento de cualquier perjuicio patrimonial de índole excepcional; y ello a reserva de que el TS declare otra cosa corrigiendo los eventuales renglones torcidos de la Ley. En todo caso, ni la sentencia apelatoria, primero, ni la casacional, después, adujeron esta razón de su exclusión, ni ninguna otra.

Quedaba, pues, la tesis del manejo aplicativo de la regulación atinente al resarcimiento del lucro cesante causado por las secuelas a una lesionada dedicada a las labores de su hogar familiar, cuyo principal cometido (o único cometido especialmente relevante) era el cuidado de su discapacitada hija, en cuyo caso la partida resarcitoria tendría que fijarse, según



la recurrente, en la cuantía antes registrada.

El TS tendría que decidir al respecto, con la posible invención (encuentro) de un fundamento normativo distinto de los tres apuntados, sobre la base de que sería extravagante y *contra ius* una declaración de irresarcibilidad (para el concreto caso debatido) de los gastos de sustitución que la aseguradora recurrente había reconocido como resarcibles, en su dimensión cualitativa o existencial, que no en la cuantitativa, dada la índole civil de un enjuiciamiento casacional que no permite plantear y resolver cuestiones nuevas, ni desconocer lo que el reclamado ha reconocido o consentido.

16. Las consideraciones del TS sobre el marco normativo del debate a resolver con el Baremo resarcitorio de 2015

Tras reproducir el texto del art. 1.4 de la Ley y, parcialmente, los incisos inicial y final del 33.5 (significación excluyente y restringente de la objetivación resarcitoria y clausula del “no obstante”, atinente a la reparación de los perjuicios excepcionales), el TS resalta que ese mismo precepto establece, como principio rector²⁵ del sistema valorativo, la integridad reparadora y la vertebración perjudicial,

²⁵ Adviértase la utilización de un singular comprensivo de la reparación íntegra y de la reparación vertebrada.

afirmando que su previsión coincide con la del Código penal (art. 109 y siguientes) y explicita que de tales textos derivan tres concretas afirmaciones: 1ª: que los daños y perjuicios causados deben indemnizarse en su integridad; 2ª: que las indemnizaciones se han de establecer de acuerdo con las reglas del sistema legal; y 3ª: que la interpretación de los preceptos del sistema debe efectuarse de modo que se consiga la satisfacción de los expresados principios²⁶ (fto. segundo, párrafos primero, segundo y tercero).

Se verá después que la segunda afirmación consecencial de ese marco normativo se ratifica con la de que no puede prescindirse de los preceptos del sistema legal valorativo “sobre la base de las normas que establecen los principios de reparación íntegra del daño” (fto. tercero, párrafo segundo)²⁷.

Así las cosas, la verdadera problemática se contrae a comprobar si estas afirmaciones se casan y no se repelen: y el efecto de tal verificación es que la segunda, completada con el añadido de la imposición prohibitiva de la otra, engulle y anula las otras dos, con lo que éstas quedan reducidas a un bonito, pero inútil,

²⁶ Adviértase la utilización del plural diferenciador de la reparación íntegra y de la reparación vertebrada.

²⁷ Adviértase que ahora se habla de “los” principios de la reparación íntegra.



SUPREMO

ornato retórico puesto al servicio de disimular lo que es indisimulable, salvo para los juristas obsecuentes y para los defensores de los propósitos lucrativos del sector asegurador.

17.- Comentario a la definición casacional del marco normativo

La expresión literal del principio de la integridad reparadora y de la vertebración perjudicial como un único principio fundamental corresponde a un inequívoco defecto de redacción, pero este nimio *lapsus* puede aprovecharse para poner de manifiesto la interrelación imprescindible de los dos principios porque la reparación completa no puede conseguirse ni demostrarse sin ajustarse previamente a la vertebración perjudicial y este principio queda mutilado de su cabal sentido instrumental si no se pone al servicio de la plenitud reparadora, sirviendo además para verificar si una concreta indemnización la consigue y, sobre todo, para verificar por qué y en qué medida no la consigue, así como para juzgar si el sistema legal valorativo, lejos de propiciarla, la impide, que es lo que acontece, ciertamente, de modo que, aunque proclama como fundamental el principio de la reparación completa, en realidad se ajusta, esencial e imperativamente, a uno de reparación parcial²⁸.

Por otra parte, la consonancia que se predica de los proclamados principios fundamentales de la valoración del daño corporal, con sus diversas y heterogéneas consecuencias perjudiciales, y de su plasmación en la regulación penal de la responsabilidad civil *ex delicto* corresponde en realidad a una

jurisprudencia de buenas intenciones, porque los preceptos de que consta dicha regulación no consagran de modo explícito el principio de la integridad reparadora, aunque la jurisprudencia siempre ha afirmado que se ajustan a él; pero, a su vez, esos preceptos no incorporan ni por asomo una mínima referencia a la vertebración perjudicial y a su importantísima significación.

18.- El hecho que origina la necesidad de resarcir los gastos de sustitución

El TS se hace eco del hecho probado (indiscutible en un recurso de casación de interés casacional, que no consiente impugnar la sentencia recurrida por error de hecho), de que, antes del accidente, “la lesionada prestaba de forma completa²⁹ las atenciones y cuidados que precisaba su hija discapacitada” (fundamento segundo, párrafo quinto, inciso primero) y que, durante el periodo de estabilización de las lesiones³⁰, se han efectuado los gastos correspondientes a la contratación de enfermeras y cuidadoras para atender a la hija discapacitada, por los que la sentencia recurrida ha reconocido a la lesionada una indemnización cifrada en 60.884'84 € y que la parte recurrente no discute³¹ (fto. segundo, párrafo quinto, inciso segundo)

También se hace eco del hecho probado (indiscutible, insisto, en un recurso de casación de interés casacional), de que “la lesionada no puede, tras las secuelas³², seguir prestando la atención que requiere su hija, por lo que será necesario prolongar la asistencia de profesionales, en una extensión que se ha fijado en dos años³³ que tampoco se discute³⁴” (fto.

28 Sobre los dos principios fundamentales de la valoración del daño y sus heterogéneas consecuencias perjudiciales (perjuicios), remito a mi estudio “Los principios institucionales de la valoración del daño y su discutido acogimiento en el sistema de la Ley 30/1995”, en AAVV, *Manual de Valoración del Daño Corporal. Guía de aplicación del sistema de baremación para accidentes de circulación, dirección Francisco-Javier López García de la Serrana, prólogo Juan-Antonio Xiol Ríos, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2013 (634 pp.), cap. 3, pp. 92-252. Sobre el art. 33 de la LRC y SCVM, remito a mi monografía El nuevo Baremo de Tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, de 22 de septiembre).cit., Segunda Parte, ap. 2 “Los principios fundamentales. Artículo 33. Principios fundamentales del sistema de valoración”, pp. 187-274. Sobre la esencial parcialidad resarcitoria del actual Baremo, remito a mi estudio “Parcialidad versus Integridad reparatoria. Reafirmación de una derrota en el Baremo de 2015. Técnicas manejadas para imponer sus maleficios”, en AAVV, *Homenaje a José María Castán Vázquez. “Liber Amicorum”, coordinación Leonardo-Bernardino Pérez Gallardo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (1981 pp.), pp. 689-747.**

29 Con lo que se apunta que se estaba ante una dedicación exclusiva.

30 *Rectius: durante el periodo transcurrido desde la fecha del accidente hasta la obtención del alta médico-legal.*

31 Ni podría discutir.

32 Es decir, una vez dada de alta médico-legal con secuelas de efecto impeditivo o incapacitante, con una pérdida moderada de calidad de vida.

33 Obviamente, no es que la hija requiriera dos años más de asistencia personal, en virtud del carácter permanente de su estado, sino que, dado que la lesionada tenía 78 años en la fecha en que fue dada de alta, la AP calculó que, de no haber sufrido el accidente, sus cuidados solo se habrían prolongado, normalmente, durante dos años más, a contar desde el cumplimiento de aquella edad.

34 Ni podría discutirse en el ámbito de un recurso de casación de interés casacional, dado que se habría discutido *contra legem*, por tratarse de una cuestión apreciativa de puro hecho que pertenece privativamente a la instancia ordinaria.

segundo, párrafo quinto, inciso tercero)

19.- El fundamento normativo de la solución casacional brindada al resarcimiento de los gastos de sustitución originados por la incapacidad permanente de la lesionada

Sentado lo anterior, el TS concreta que la cuestión debatida en el recurso “es si esos gastos, cuya necesidad es clara³⁵, como lo es su relación causal con las secuelas padecidas³⁶, son indemnizables³⁷ (fto. segundo, párrafo sexto, inciso primero) y, “en caso positivo, con arreglo a qué normas” (inciso segundo).

Con referencia a tal cuestión, la Sala señala que “resultaría poco coherente³⁸ entender que, si resulta indemnizable un perjuicio derivado de lesiones temporales consistente en los gastos necesarios para que queden atendidas las personas especialmente vulnerables de las que el lesionado³⁹ se ocupaba (art. 142.2, *in fine*), no lo sea el perjuicio derivado de esa misma situación cuando aquéllas lesiones se han concretado ya en secuelas [de efecto incapacitante], una vez finalizado el proceso curativo⁴⁰ (fundamento segundo, párrafo cuarto, inciso primero); y, en refuerzo de lo antedicho, invoca la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (fto. segundo, párrafo cuarto, inciso segundo)⁴¹,

35 Indiscutible e indiscutida en el recurso.

36 Indiscutible e indiscutida en el recurso.

37 Pese a lo que asevera el TS, no era esa la cuestión sometida al debate casacional, puesto que la aseguradora recurrente había partido y partía de que procedía reconocer una indemnización por la señalada partida perjudicial, aunque discutía su apoyo normativo, del que dependía su determinación cuantitativa.

38 Manifiesto eufemismo; no es que sería incoherente que no se resarcieran los gastos de sustitución a los que se refiere, sino que sería simplemente absurdo, vergonzante y absolutamente injusto; y *ad absurdum non tenetur*.

39 *Lapsus calami: la lesionada.*

40 Expresión completamente correcta, porque el periodo de las lesiones temporales culmina cuando se pone término al proceso curativo y no cuando se entiende, con arbitrariedad manifiesta, que tiene lugar cuando se considera que se han estabilizado las lesiones. El reconocimiento legal del rango resarcitorio de las secuelas temporales así lo acredita, según he razonado y demostrado en mi monografía *El lucro cesante causado por las lesiones temporales. Doctrina y Jurisprudencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 2 tomos (1818 pp.), t. 1, ap. 22 (“Las secuelas temporales: su rol en la determinación de la duración del periodo lesivo y en la conceptualización del alta médico-legal que desmiente el hito conformado por la estabilización lesional”), pp. 631-710; y ap. 23 (“El tratamiento resarcitorio de las secuelas temporales en la jurisdicción”), pp.711-907.*

41 Invocación con la que se refuerza la necesidad de

Se insinúa así, sin decirlo, pero viniendo a decirlo, que la utilización del mecanismo integrador de la analogía está proscrita por el sistema legal, a la luz del imperio excluyente del art. 33.5, inciso primero, que, con su fórmula enfática de expresión pleonástica, define la concreta consistencia del impropriadamente denominado “principio de la objetivación” que mata de suyo la virtualidad del proclamado principio fundamental de la reparación plenaria.

Aunque la Sala se expresa con fórmula verbal condicional (“resultaría”) y no en presente existencial (resulta), acudiendo, además, al eufemismo suavizante (“poco coherente”), en lugar de explicitar lo que se piensa que es (incoherente), viene a asumir que la recurrencia a la analogía queda legalmente en entredicho, salvo en el caso de que algún precepto concreto la prevea de modo específico, como sucede, *verbi gratia*, con el art. 97.5, relativo a la medición del alcance del menoscabo fisiológico de las secuelas innominadas⁴².

Pero la inicial mención de la incoherencia que supone la previsión del resarcimiento de los gastos de sustitución originados por las lesiones temporales y la previsión ausente del de los generados por las secuelas incapacitantes solo tiene sentido porque se quiera protestar la interdicción del mecanismo analógico, cuya utilización aparece reclamada, no por una identidad de razón (*rationis identitate*), sino con más razón, por una razón de identidad (*identitatis ratione*). Es así porque, en principio, la prohibición de la analogía constituye un atentado al principio constitucional de la igualdad (art. 14 de la Constitución) que constituye su fundamento judicial y determina la necesidad de utilizarla cuando resulta procedente, operando como un mecanismo imperativo y no facultativo.

Aceptada de modo implícito esa (injustificada) prohibición legal, el quehacer enjuiciante del TS se centra en la búsqueda de algún precepto, dentro del sistema legal, que sirva de soporte para reconocer el resarcimiento de los gastos de sustitución originados por las lesiones permanentes de signo impediende;

los cuidados continuos que la lesionada prestaba a su discapacitada hija y, por tanto, la consiguiente necesidad de resarcir los gastos de su sustitución.

42 El sistema de 1995 carecía de esta concreta previsión, ni siquiera después de la reforma de 2003, pero también carecía de una regla general prohibitiva de la analogía. El de 2015 contiene tal regla general y por ello introduce la concreta regla de su procedencia imperativa en el específico supuesto señalado.

y ello pese a que su procedencia había sido reconocida y consentida por la aseguradora recurrente que solo aspiraba a que, negada la vía de apoyo normativo a la que había acudido la sentencia recurrida⁴³, se acudiera a otra distinta con el solo y legítimo propósito de obtener la disminución del resarcimiento confirmado por ella⁴⁴.

Sentado lo anterior, la Sala puntualiza que, mostrando su conformidad inicial con lo sostenido por la aseguradora recurrente y su disconformidad con lo sostenido por la sentencia recurrida, la indemnización por los gastos de sustitución originados por el efecto incapacitante de las secuelas, “no puede apoyarse en el art. 142.2, que se refiere a los daños o perjuicios temporales, es decir, los producidos hasta el final del proceso curativo⁴⁵, cuando las lesiones, en su caso, se convierten en secuelas” (fto. tercero, párrafo primero). Con ello, el TS desautoriza el apoyo normativo al que, en rigor, había acudido la sentencia recurrida y con ello la innominada utilización analógica del indicado precepto. De este modo, pierde sentido efectivo la correctísima afirmación sobre la incoherencia señalada, sin que el TS explique con virtud persuasiva la razón por la que es inaplicable el art. 142, ni explique tampoco qué habría de hacer la jurisdicción si no halla una concreta norma que habilite el resarcimiento de que se trata y no postula la posible aplicación directa del principio que dice toral de la integridad reparadora.

43 Por su sometimiento efectivo al principio de la reparación total.

44 Por su sometimiento efectivo al principio de la reparación fraccional.

45 Reafirmación acertada de que el período de las lesiones temporales termina cuando culmina el proceso curativo que es previsión que contiene el art.134.1 y que tiene que sobreponerse al artificioso y fantasmal concepto de la estabilización lesional que, como una morcilla mixtificadora, incluye también dicho precepto. Sobre el uso legal y práctico del concepto de la estabilización lesional para fijar, de modo artificioso, atrabiliario y distorsionador, el *dies ad quem de las lesiones temporales rematadas, o no, con la persistencia de secuelas, remito a mi monografía El lucro cesante causado por las lesiones temporales. Doctrina y Jurisprudencia, cit., t. 1, ap. 21 (“La duración de las lesiones temporales y su dies ad quem: el desajuste que produce el manejo de las diversas altas [la sanitaria, la médico-legal por curación, la médico-legal por estabilización, la de la rehabilitación y la laboral], así como la necesaria recomposición de una que sirva a la institución de la responsabilidad civil por daños corporales”], pp. 609-630; y ap. 22 (“Las secuelas temporales: su rol en la determinación de la duración del periodo lesivo y en la conceptualización del alta médico-legal que desmiente el hito conformado por la estabilización lesional”)), pp. 631-710.*

Seguidamente, la Sala en Pleno advierte, a su vez, que no puede prescindirse de los preceptos del sistema legal valorativo que está montado “sobre la base de las normas que establecen los principios de reparación íntegra del daño” (fto. tercero, párrafo segundo)⁴⁶, afirmando que “las normas aplicables” “contienen previsiones que tienden a indemnizar todos los perjuicios causados, de conformidad con los principios antes mencionados”⁴⁷ (fto tercero, párrafo cuarto).

Abordada a continuación la búsqueda del precepto que proporcione soporte normativo a la partida resarcitoria debatida, el TS se refiere a una de las dos vías sugeridas por la aseguradora⁴⁸, contraída a relacionar la reparación de los gastos de sustitución con la reparación del lucro cesante causado por las lesiones permanentes de signo incapacitante, ligando esa frustración patrimonial a la sufrida por quien se dedicaba a las labores de su hogar familiar, según previenen los arts. 127.1 y 131 (fto. tercero, párrafo cuarto, inciso primero); posibilidad de encaje normativo que el TS desvía al lucro cesante originado por la frustración de la actividad profesional de la víctima, según previene el art. 129, para los casos de incapacidad total o parcial⁴⁹ (fto. cuarto,

46 Frase que, en rigor, debería haberse colocado en la parte correspondiente a la definición del marco normativo y que ponen de manifiesto el “prestigio” (de *præstigiæ, engaños, engañifas*) de algunas frases literarias del texto legal que, expresadas ad pompam et ostentationem, no sirven para ocultar que el sistema legal valorativo está puesto esencialmente al servicio de la parcialidad resarcitoria. Falso simulacro de la realidad del *dura lex sed lex, solo negado por los interesados en él y por los operadores jurídicos obsesivos*.

47 Esta afirmación tendría que demostrarse y no solo predicarse. Un análisis en profundidad y sin obsecuencias del Baremo sirve para acreditar que solo algunas de sus normas están enderezadas a la efectiva consecución de la reparación completa (en concreto, la reparación de los perjuicios patrimoniales causados por las lesiones temporales); que la inmensa mayoría de ellas está puesta al servicio incontestable de una reparación parcial; y que son bastantes las normas que, redactadas de acuerdo con la técnica de las concesiones restringentes, están puestas al servicio de impedir el resarcimiento de perjuicios relevantes.

48 Así lo registra la Sala en el fundamento tercero, párrafo cuarto, inciso segundo.

49 La aseguradora recurrente se había referido a la posible consideración de la incapacidad de la lesionada como ama de casa en los grados de absoluta o total, sin apuntar la posibilidad de acogerse a la parcial y ello debido, más que probablemente, a que el sistema valorativo viene a negar, a través de su silencio, el resarcimiento de la incapacidad permanente parcial del ama de casa, negación que constituye una de las múltiples manifestaciones sectarias del sentido fraccional del resarcimiento que el Baremo proporciona. En cambio, el TS, al referirse aditivamente a la

inciso segundo). Al referirse el TS a estos dos cauces normativos de apoyo, el sugerido como posible por la aseguradora y el que él pone sobre el tapete del debate, no efectúa la más mínima referencia a la razón por la que deja de ponderar la otra vía apuntada por la recurrente, es decir, la de la excepcionalidad perjudicial de los gastos reclamados por la lesionada, cuya inequívoca razón legal de exclusión radica en que el sistema valorativo impide de forma drástica (disimulada a través de la técnica de la falta de inclusión) el resarcimiento de cualquier perjuicio excepcional de índole patrimonial, admitiendo solo, con su límite cuantitativo, el de los de índole personal, siempre que no se encausen en una lesiones temporales; y, en el concreto caso debatido, se estaba ante unas rastras perjudiciales de signo patrimonial y no personal.

Planteada esa dualidad de posibilidades de encaje normativo, la Sala rechaza la primera porque “la dedicación de la lesionada a la atención a su hija discapacitada no puede englobarse dentro de las tareas del hogar, teniendo en cuenta que el grado de discapacidad de la hija a la que venía atendiendo asciende al 95%, lo que requiere una atención y dedicación especial, intensa y constante, no exenta de una cierta especialidad técnica, bien diferenciada de lo que generalmente puede entenderse como tareas del hogar” (fto. tercero, párrafo quinto)⁵⁰.

Uno de los datos relevantes que la lectura de la sentencia de primer grado proporciona es que sus consideraciones permiten captar que, respecto del sentido calificador y alcance de los cuidados que la lesionada prestaba a su hija antes de sufrir el accidente, fue la que inspiró al TS para adoptar el tránsito de la “domesticidad” a la “profesionalidad”.

Efectivamente, la sentencia originaria (sin rectificación en este punto por la que le siguió)

posibilidad de acudir a la regulación del resarcimiento del lucro cesante padecido por quien sufre de modo permanente una pérdida de los ingresos correspondientes al ejercicio de la actividad profesional del lesionado, alude a la incapacidad total y a la parcial, sin mencionar la absoluta; y estas menciones constituyen un inadvertido anticipo de que ya se tiene decidido acudir al supuesto de la incapacidad permanente parcial.

50 Exclusión que, en principio, resulta llamativa porque las actividades abolidas (el cuidado y las atenciones que requiera cualquier familiar conviviente que se encuentre enfermo) se insertan dentro de las labores del hogar familiar. Prueba de ello es el incremento que prevé el art. 131.1 b), relativo a la especial atención prestada al familiar con discapacidad, como había resaltado la aseguradora en su recurso de apelación (SAP, fto. tercero, párrafo cuarto).

declaró probado que, antes de sufrir el accidente y desde hacía bastantes años, la lesionada se ocupaba personalmente y a diario de todos los cuidados que la hija requería, abordándolos con tal continuidad, con tanto mimo, esmero y delicadeza y con tal profesionalidad que su hija nunca llegó a sufrir la más mínima escara, pese a que cualquier persona afectada por una grave parálisis está abocada a sufrir escaras como consecuencia de su inmovilidad. La extensión e intensidad de sus cuidados eran de tal calibre y eficacia que, frente a los intentos desvirtuadores de la aseguradora, se dio por inequívocamente acreditada la necesidad de que, ante la imposibilidad física de la lesionada de seguir brindándolos, la sustituyeron tres cuidadoras profesionales en turnos diurnos y cobertura de los fines de semana, lo que arguye la idea de la profesionalidad y entrega que ella desplegaba en el cuidado de su hija (fto. cuarto, párrafos octavo y noveno; y fto. séptimo, párrafos segundo a quinto)

Pues bien, el consetario de aquella negativa por parte del TS no fue negar el padecimiento de lucro cesante alguno, sino reafirmarlo y potenciarlo, pues, a continuación, asevera que “la dedicación [de la lesionada] debe ser valorada a estos efectos [es decir, a los efectos de fijar la correspondiente indemnización por la imposibilidad de acometerla] como su trabajo habitual” que “desempeñaba de forma cuasi profesional” (fto. tercero, párrafo sexto).

De acuerdo con ello, la Sala concluye que la cuestión estriba en la determinación de los ingresos dejados de percibir⁵¹, como presupuesto para calcular la indemnización procedente; y, para conseguirla, parte de un dato que en un recurso de casación de interés casacional no puede ponerse en tela de juicio, consistente en que el importe de la sustitución de los trabajos que prestaba la lesionada, asumidos por terceros contratados ante la imposibilidad de ella, asciende a 4.720'52 € mensuales, por lo que esta cantidad era la computable como ingresos dejados de obtener (fto. tercero, párrafos séptimo, octavo y noveno).

Cifrado ese nivel de ingresos dejados de obtener, la Sala invoca y aplica el art. 129 c), de acuerdo con el cual, en caso de incapacidad permanente parcial, se considera que el importe del perjuicio padecido equivale al de dos anualidades de sus ingresos, con lo que la

51 En lugar de referirse a los ingresos dejados de obtener, debería hablarse como fórmula más precisa del valor económico de las prestaciones devenidas imposibles.

indemnización procedente coincide con la que estableció la sentencia de primera instancia y que la de apelación confirmó (fto. tercero, párrafos décimo y undécimo); solución que cuenta con el apoyo normativo que proporciona el precepto señalado y no el art. 142.2, que refiere a las lesiones temporales, sin que, por tanto, halle tampoco su fundamento en la aplicación directa del principio de la reparación completa⁵² (fto. tercero, párrafo duodécimo). Por ello debe concluirse que el motivo se desestima en virtud de la doctrina del fallo justificado o del efecto útil.

20.-El comentario que reclama la anterior solución

El TS asume el resarcimiento de los gastos de sustitución de las labores de cuidado que la lesionada desempeñaba antes de padecer el accidente de autos, constitutivas de la actividad cuasi profesional o para-profesional a la que se dedicaba y de la que se hubiera seguido ocupando si no lo hubiera padecido, haciéndolo con referencia al lucro frustrado por una situación de incapacidad permanente.

Con ello, la Sala rechaza la sugerencia efectuada por la aseguradora que ligaba los gastos de sustitución con el lucro cesante padecido por una persona que, por sus lesiones permanentes, quedara en una situación de incapacidad definitiva para el desempeño de las labores de su hogar a las que se dedicaba.

En su lugar, con una lógica estructural parecida a la de la solución desechada, la Sala liga los gastos de sustitución con la cesación del lucro que origina la actividad productiva profesional que queda impedida de modo permanente, pero, en lugar de apreciar que esa incapacidad alcanza el grado de total, opta por calificarla de parcial, absteniéndose de proporcionar la más mínima explicación y justificación de este grado degradado.

La cuestión es que no cabía justificar esa degradación, porque es notorio que, dados los hechos declarados probados, se estaba ante una incapacidad total y no parcial, con independencia de que las actividades abolidas

por las secuelas padecidas por la lesionada se califiquen como domésticas o como asimilables a unas profesionales por activarse de modo cuasi-profesional. No hay más que considerar las limitaciones que afectaban a la lesionada y la índole de las actividades impedidas por sus secuelas y calibrar las secuelas que en el orden laboral son determinantes de una incapacidad permanente parcial para llegar a la incontestable conclusión de que la padecida por la lesionada era total.

Si se indaga la posible razón de esa calificación inmotivada, se alcanza la sospecha de que, aunque corresponda a una movilización obsecuente del subconsciente, se adjudica a los perjuicios de lucro cesante de la lesionada una duración de dos años y que el razonable cálculo de ese periodo es el que conduce a la incapacidad permanente y no al revés. No es que la incapacidad se califique de parcial y que esta parcialidad suponga la existencia de unos perjuicios a los que se adjudica, por una presunción *iuris et de iure*, un valor equivalente al de dos anualidades de sus ingresos, sino que se parte de adjudicar a la incapacidad padecida una duración de dos años (dado el afán de encontrar una norma innecesaria en que apoyarlos) y éstos conducen a la incapacidad permanente parcial, aunque la padecida ciertamente fuera total. Se acude a la incapacidad permanente parcial porque servía para encajar en ellas unos perjuicios económicos que se había decidido suponer (con sentido común, dada la edad de la lesionada) que habrían de tener una duración de dos años a contar desde la fecha en que se produjo el alta médico-legal de la lesionada.

Pero la pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿cómo se habría resuelto este mismo caso si, en lugar de tener la lesionada 78 años cuando obtuvo el alta médico-legal, hubiera tenido 56?; ¿se habría acudido a la incapacidad parcial permanente parcial, para adjudicar por los perjuicios económicos cuestionados la misma cuantía indemnizatoria que la reconocida? Los dos años de nuestro caso se entienden y se comparten por la edad de la lesionada, pero serían inaceptables si tuviera una edad bastante inferior, La clave radica en que se confunde la duración del perjuicio considerado con el valor económico que se le tiene que asignar.

Y, si se hubiera acudido a la incapacidad total, que era la verdaderamente padecida, el TS no habría estado en condiciones para fijar con facilidad la indemnización pertinente, dado que no debería aplicar sin más la tabla procedente

⁵² Pero no se dice si, de no haberse hallado ese fundamento normativo, cabe esa aplicación directa que había quedado insinuada inicialmente; y es que, si se reconoce valor normativo al principio institucional de la reparación completa, tiene que postularse esa aplicación directa, con operatividad subsidiaria en su caso; y no solo adjudicar al principio una tenue función tendencial.

(la 2.C.5), pues tendría que abrirse la ventana correspondiente a la obiedad de que la incapacidad para el desempeño las labores de cuidado filial que desempeñaba no daría lugar al devengo de la pensión social crípticamente computada en la confección actuarial de dicha tabla, por lo que tendría que efectuarse una revisión de ella, sobre la base de suprimir el descuento social desmentido por la ausencia de tal pensión, evitándose de modo indefectible la fijación de la irrisoria suma tabulada.

Ante ello, la solución pasaría por prescindir por completo de la tabla, renunciando a la imposible apertura de la ventana rectificadora y acudiendo directamente a la regulación articulada; y así fijaría el importe anual de los cuidados a prestar a la lesionada para, a continuación convertirlo en una renta vitalicia que, seguidamente, habría de capitalizar aplicando la correspondiente regla de conversión (la tabla TT1) en atención a los 78 años con que la lesionada contaba en la fecha del alta médico-legal; y con este follón se alcanzaría una cantidad menos aquilatada y más injusta que la que, en el caso, se acordó de modo elemental y persuasivo; y ello, pese a haber prescindido de corregir la horrenda disciplina tabular que descuenta el importe bruto y no el neto de la presumida pensión social⁵³.

En todo caso, la cuestión debatida cobra un sesgo sorprendente si se tiene en cuenta que no podía reconocerse a la lesionada el resarcimiento de un lucro cesante que, en definitiva, dejó de padecer, porque su surgimiento lo impidió la contratación onerosa de las enfermeras a las que acudió para suplir los cuidados que ella desempeñaba y que no pudo proporcionar desde que padeció el accidente de autos. De esta forma, no sufrió lucro cesante alguno y no lo sufrió porque los cuidados sustitutorios de esas enfermeras lo evitaron, pero a costa de afrontar el costo que suponía la contratación de esas enfermeras; y este costo, como medida razonable y necesaria para evitar el lucro cesante que estaba llamado a padecerse, tenía que ser objeto del correspondiente resarcimiento. Sobre ello, vuelvo después en otro apartado.

21.- La solución casacional brindada a los perjuicios morales sufridos por la lesionada ante el imposible cuidado de su discapacitada

⁵³ Por eso postulo, ante sus efectos vitandos, que *delendæ sunt tabulæ; o, al menos, encarada su confección con más seriedad y sin partidismo asegurador, que enmendandæ/corrigendæ sunt tabulæ.*



hija

Después de desestimarse el primer motivo del recurso (o la primera parte de su único motivo, pues parece que tal fue la estructura impugnatoria de la motivación casacional de la aseguradora recurrente), el TS aborda el segundo (o la segunda parte del único)⁵⁴; y, a tal efecto, señala que “resta examinar si esta indemnización [la establecida y confirmada] es compatible con la acordada por perjuicio extraordinario⁵⁵ con arreglo al art. 112, pues la recurrente entiende que la posible indemnización por lucro cesante excluye aquella otra (fundamento cuarto, párrafo primero).

Tras expresar el planteamiento de la cuestión, la Sala afirma que, para solucionar una cuestión así, no puede brindarse una respuesta general, sino que hay que atender al concreto perjuicio que se indemniza (fundamento cuarto, párrafo segundo)

Efectivamente, el TS señala que la sentencia de primer grado, confirmada en este punto por la de apelación, apreció que las secuelas causaron a la lesionada un perjuicio excepcional⁵⁶ gravísimo⁵⁷, al no poder cuidar a su hija como lo venía haciendo antes del accidente (fundamento cuarto, párrafo tercero).

54 La lectura del escrito de formalización del recurso de casación, que no se caracterizaba por una suprema claridad expositiva y argumentativa, sirve para comprobar que se articulaba con un solo motivo que denunciaba la infracción del art. 33.5, con mención de otros preceptos, consistente, al igual que se había hecho en el recurso de apelación, en discutir el apoyo normativo de la partida correspondiente al resarcimiento de los gastos de sustitución a afrontar tras el alta médico-legal de la lesionada, al considerar que era improcedente el utilizado por la sentencia de primer grado y aceptado por la sentencia de segunda instancia, proponiendo se sustituyera por cualquiera de los dos fundamentos que, alternativamente, postulaba, con lo que la estimación del motivo se traduciría en una drástica reducción del importe de la indemnización reconocida que, como tal no se impugnaba; y, a su vez, dentro del mismo motivo, pese a constituir un infracción distinta de la anterior, se señalaba que la partida de los perjuicios excepcionales, también confirmada por la sentencia recurrida, era incompatible con la otra, sin que se pusiera en tela de juicios la existencia de los perjuicios reconocidos, ni tampoco el soporte normativo de su reconocimiento.

55 Defectuosa calificación tomada de la sentencia recurrida, según he resaltado al ocuparme de ella. El primer nivel de la individualización perjudicial corresponde a los perjuicios básicos, generales u ordinarios; el segundo, a los particulares, especiales o extraordinarios; y el tercero, a los excepcionales atípicos o singulares.

56 Se acude ahora a la calificación correcta.

57 Calificar de gravísimo el perjuicio excepcional aducido constituye una manifiesta hipérbole.

Pero la Sala advierte que “no resulta de la sentencia que, estabilizadas⁵⁸ las lesiones, las secuelas impidan a la lesionada permanecer cerca de su hija⁵⁹, aunque los cuidados necesarios se los presten otras personas”, por lo que, si el perjuicio excepcional se identifica exclusivamente con la imposibilidad de la prestación de tales cuidados, la indemnización por este concepto, calculada de forma objetiva por un porcentaje sobre la indemnización [básica] por secuelas, ha de considerarse incompatible con la acordada sobre los datos concretos disponibles, con la finalidad de que le sean prestados por terceros”, dando ello lugar a la estimación del motivo en este punto concreto (fundamento cuarto, párrafos cuarto y quinto).

En virtud de las dos decisiones recogidas en la primera sentencia (la rescindente), la segunda (la rescisoria) confirma la indemnización por los gastos de sustitución de la lesionada en los cuidados a prestar a su hija y suprime, por su incompatibilidad con la anterior, la establecida en concepto de perjuicio excepcional, ascendente a 19.694'25 €⁶⁰

22.- Comentario sobre una solución que es expresiva de un fallido fallo, por la improcedencia de su improcedencia; ni las merinas son churras ni las churras son merinas

Diversos extremos suscitan un comentario crítico sobre la solución adoptada. Siendo cierto y exacto lo que afirmó la AP, la segunda cuestión solucionada por el TS ofrece cierta peculiaridad, porque dice que la lesionada reclamó una indemnización por unos perjuicios excepcionales ligados causalmente a las secuelas padecidas, siendo reconocido por el

58 Después de haber acudido anteriormente, por dos veces, al concepto legal correcto del final del proceso curativo, el TS maneja ahora al endiablado, moldeable y manipulable concepto legal de la estabilización lesional.

59 Mejor que decir que no consta que la lesionada esté impedida para estar cerca de su hija, tendría que haberse dicho que consta perfectamente acreditado que la lesionada puede permanecer cerca de ella. Lo único que sucede es que los perjuicios morales reclamados y por los que se reconoció en la primera instancia la correspondiente indemnización, confirmada por la sentencia apelatoria, no consistían en que sus secuelas le impidieran estar cerca de su hija, sino en que el efecto impeditivo de ellas le privaba de la satisfacción moral que le producía, como madre, cuidarla personalmente.

60 Cantidad de la que el lector no toma conocimiento después de leer la sentencia de segunda instancia y la primera sentencia casacional, tomándolo solo al leer el fallo de la segunda sentencia casacional; cantidad que, como es natural, había establecido la sentencia de primer grado, a la que, en el último instante he tenido acceso.

JP el resarcimiento pretendido mediante una respuesta que la AP consideró acertada, por lo que la confirmó, después de señalar, según he resaltado ya, que no había sido objeto de la apelación deducida por la aseguradora⁶¹.

Siendo cierta esa falta de impugnación, es asaz extraño que la AP confirmara un pronunciamiento indemnizatorio que no había formado parte del debate apelatorio; y es notorio que la aseguradora no podía impugnar aquel pronunciamiento en el recurso de casación interpuesto después; y, si lo hubiera impugnado en él, habría suscitado una cuestión nueva, al no haber sido suscitada en la segunda instancia, por lo que el TS no podría conocer de ella, por haberse incurrido en una causa de inadmisión que, de no haberse apreciado en su momento, se convertiría en una causa de desestimación en el trámite decisorio del recurso.

También es extraño que, habiendo dicho lo que dijo la AP en la sentencia apelatoria, el TS no se haga eco de esa declaración para desautorizarla si no se ajustaba a la realidad, siendo inconcebible que, en el caso de ajustarse a ella (y tal ajuste era completamente cierto), el TS la obvie, entrando a conocer de una motivación impugnatoria de la que no podía conocer.

Pero, prescindiendo de esta perspectiva procesal de la que, en todo caso, tenía que haberse ocupado de modo explícito el TS, si la aseguradora hubiera planteado esta cuestión en el recurso de apelación y hubiera reproducido su impugnación en el de casación, hay que concluir que la infracción legal denunciada no tendría que haberse acogido, sino desestimado.

Para resolver la cuestión que, según se dice, la aseguradora había suscitado en casación y ver si el resarcimiento de los perjuicios excepcionales aducidos por la lesionada es compatible o no con el resarcimiento del (supuesto) lucro cesante originado por sus secuelas incapacitantes, hay que atender a la índole de aquellos perjuicios, según asevera el propio TS, al resaltar que no puede proporcionar al respecto una respuesta general (fto. cuarto, párrafo segundo).

Pero, al referirse a la consistencia de

aquellos perjuicios reconocidos como excepcionales por las dos sentencias previas, el TS afirma que no consta que, culminado el proceso curativo, la lesionada hubiera dejado de poder permanecer cerca de su hija, aunque le fuera físicamente imposible prestar los cuidados que le proporcionaba antes de sufrir el accidente, con lo que parece que la consistencia de esos perjuicios radica en el padecimiento que supondría que la lesionada no pudiera estar al lado de su hija. Mas el TS reseña también que la consistencia alegada de esos perjuicios excepcionales no radicaba en aquella absurda imposibilidad inexistente, sino en la de prestar, personalmente, a su hija los cuidados y atenciones que habían venido constituyendo su anterior ocupación como madre. Y es que no es lo mismo lo uno que lo otro.

Así las cosas, el TS concluye que, “si el perjuicio excepcional se identifica exclusivamente con la imposible prestación de tales cuidados”, “la indemnización por este concepto” “ha de considerarse incompatible con la acordada” como lucro cesante derivado de esa frustración.

Pero en este caso no se resarce lucro cesante alguno porque su frustración se evita al suplirlo la intervención de las enfermeras y cuidadoras contratada, ni tampoco existe la incompatibilidad apreciada. Por ello disiento de aquella decisión porque, marginando las exigencias de la vertebración perjudicial que, previamente, la Sala había identificado con uno de los dos principios fundamentales de la valoración de los daños corporales y de sus diversas consecuencias perjudiciales, obvia la diversa índole o naturaleza de los perjuicios considerados, pues, de un lado, están los perjuicios patrimoniales que se han traducido en la confirmación de la indemnización de la que anteriormente se ha ocupado la sentencia casacional; y, de otro, los perjuicios personales o morales excepcionales que en las instancia dieron lugar a un resarcimiento distinto del anterior.

Unos y otros perjuicios dimanar de la misma imposibilidad servicial, porque se trata de los continuos cuidados que constituían la dedicación de la madre para su discapacitada hija, pero con dos vertientes distintas que no pueden confundirse porque unos son patrimoniales y los otros personales o morales; y la imposibilidad jurídica de su mezcolanza acredita su perfecta compatibilidad resarcitoria. Y es que no es de recibo confundir el origen de un perjuicio con su consistencia.

⁶¹ Pero, como se verá a continuación, la verdadera e inexpresada razón de fondo para confirmar la solución adoptada por la sentencia de primer grado estribaba en captar con acierto, pero de modo intuitivo, que había que negar la incompatibilidad que postulaba la aseguradora.



Otra cosa es que pudiera negarse la excepcionalidad y la relevancia de esos perjuicios morales, por entenderse que quedaban resarcidos a través de los perjuicios particulares resarcidos por la pérdida moderada de la calidad de vida. Pero esta posibilidad no se la plantea el TS y, por otra parte, no puede marginarse que, al estarse en el ámbito de un recurso penal de casación de interés casacional, ni el recurrente puede suscitar una cuestión de carácter fáctico, ni el TS resolverla; y la existencia de esos perjuicios morales, que no eran ordinarios ni extraordinarios o particulares, sino excepcionales (por atípicos), había sido reconocida de modo intangible por la sentencia recurrida, tratándose de unos perjuicios morales de signo subjetivo (sufrimiento, duelo, desconsuelo, tristeza y desazón) que no son de actividad, que es lo propio de los consistentes en una pérdida de calidad de vida; perjuicios que, en un caso tan particular como el enjuiciado existen razonablemente, por lo que es por completo razonable que el JP, primero, y la AP, después, apreciaran su existencia.

Efectivamente, la aseguradora no impugnó en apelación la partida de estos perjuicios excepcionales, sino que, con ocasión de discutir la cuantía de la del reembolso de los gastos de sustitución provocada por el efecto impeditivo de las secuelas de la lesionada, deslizó la idea de la incompatibilidad de uno y otro resarcimiento; y tal idea volvió a verterla en la motivación del recurso de casación con la que denunciaba la indebida aplicación analógica del art. 142.2, *in fine*, al tiempo que postulaba una de las alternativas normativas que ya antes había propuesto.

Planteada así la cosa a juzgar, la apreciación de la incompatibilidad tendría que haberse traducido, no en la supresión de la partida resarcitoria de los perjuicios excepcionales, sino en restar su importe de la suma reconocida o de la que, revisándola, se reconociera por el capítulo perjudicial de los gastos de sustitución. La gracia de esta resta es que la aseguradora pretendía que la partida de los gastos sustitutorios futuros, fijada confirmatoriamente en la instancia en 113.292'48 €, se redujera a 15.309 (o, en su defecto, a 21.309), con lo que la operación impuesta por la incompatibilidad tendría que consistir en restar del importe consentido de los perjuicios excepcionales, ascendente a 19.594'25 €, el importe reducido de los gastos de sustitución, mientras que, al quedar confirmado en casación el importe de éstos, se tendría que haber restado de éste el de los perjuicios excepcionales, sin efectuarse,

desde luego, ninguna supresión entitativa.

En lugar de ello, el TS, después de insinuar la impertinencia del resarcimiento de los perjuicios excepcionales reconocidos, pero sin afirmarla, por no deber ni poder hacerlo, dado que su reconocimiento no había sido impugnado como tal, asumió el sugerido criterio de la incompatibilidad; y, en lugar de practicar el descuento señalado, decidió suprimir tal partida, pese a que, consentida por la aseguradora recurrente (de conformidad con un consentimiento que ya había quedado plasmado en la formulación del recurso de apelación), no podía hacerlo.

Se trataba de una partida que no gustaba a la Sala, por lo que, pensando y actuando como juzgador de una nueva instancia ordinaria, era proclive a una supresión que no podía efectuar por tratarse de una cuestión de hecho que, como tal, era intangible (*noli se tangere*), por haberse consentido entitativamente y, en último y primer caso, por corresponder a unos perjuicios cuya realidad fáctica había sido apreciada en las instancias ordinarias precedentes; y, para eliminarla, activó el óbice de la incompatibilidad sin razonarla en un intento de persuasión, sin demostrarla en un intento que hubiera sido imposible porque la decretada incompatibilidad afectaba a perjuicios heterogéneos, por ser de índole diversa, al ser, unos, patrimoniales y, los otros, personales, aunque originados por la misma imposibilidad de agencia.

23.- Consideración de los gastos de sustitución como medida elusiva del lucro cesante de una lesionada dedicada a una singular y muy trascendente labor doméstica

La regla de la incompatibilidad que contempla el inciso segundo del art. 143.1 de la Ley se inserta en el efecto positivo ligado a la observancia de la carga de evitar o mitigar el lucro cesante que padece el lesionado temporal dedicado en exclusiva a las tareas de su hogar familiar. Regulado, efectivamente, de muy mala manera, el resarcimiento de la frustración del lucro de la actividad doméstica (contraído al valor económico de su falta de realización), el indicado inciso dispone que ese resarcimiento es incompatible con el de los gastos de sustitución de aquellas tareas⁶².

⁶² Sobre la figura del sedicentemente denominado deber de mitigar, remito al estudio incluido en mi monografía *El lucro cesante causado por las lesiones temporales. Doctrina y Jurisprudencia, cit., t. 2, ap. 53, pp. 1489-1634.*

Aunque la regulación legal no lo dice de modo explícito, esa incompatibilidad tiene sentido porque viene a reconocerse el derecho del perjudicado a obtener el reintegro de tales desembolsos, en cuyo caso queda impedido el resarcimiento previsto en el inciso primero del precepto porque el afrontamiento de aquéllos impide el que estaba llamado a ser el perjuicio patrimonial de la falta de entrada del valor de la actividad económica frustrada.

Pues bien, la habilitación de tal derecho corresponde al efecto positivo asociado a la observancia de la carga de evitar el lucro cesante que la persona temporalmente impedida por su lesión temporal padecería en el caso de no acudir a los gastos de su sustitución como medida razonable que adopta en su propio interés. La bondad de esta medida y la pertinencia del derecho a su reintegro radica en que no está en absoluto afectada por las limitaciones extrínsecas⁶³ que, para el resarcimiento del lucro cesante, establece de modo vergonzante el art. 143.4.

Por tanto, es clave captar que la razón de la incompatibilidad del resarcimiento de los gastos de sustitución con el resarcimiento del lucro cesante que padece la persona que, como consecuencia del efecto incapacitante de sus lesiones temporales, queda impedida para desenvolver su dedicación a las tareas domésticas, radica en que esta imposibilidad total (pérdida de la dedicación) o parcial (disminución de ella) es suplida por su sustitución, total o parcial, en tales tareas, con los consiguientes gastos que han de resarcirse.

Los gastos de sustitución constituyen, pues, el coste de las medidas adoptadas para evitar o mitigar la falta de entrada (pérdida) patrimonial del valor económico real de las tareas a las que se dedicaba de continuo la persona lesionada⁶⁴, evitándose o atenuándose el que con propiedad se denomina doctrinal y legalmente lucro cesante del ama de casa, con la peculiaridad de que, midiéndose con dificultad ese valor económico, es normal considerar que se estime fundamentalmente coincidente con el de su sustitución, aunque el resarcimiento de aquél se cuantifique legalmente con una suma

⁶³ Expresión del sólito uso de la técnica de las concesiones legales restringentes.

⁶⁴ Valor económico de la falta de entrada patrimonial que es el valor que habría que afrontar si los servicios requeridos por la hija discapacitada de la lesionada los desempeñara onerosamente un tercero al que se contratara al efecto.

manifiestamente inferior.

Estas consideraciones explican que haya dejado de establecerse de modo explícito una regla habilitante del resarcimiento de esos gastos de sustitución, aunque su existencia implícita se desprende precisamente de la regla de la incompatibilidad, en enlace imprescindible con la regla implícita que, ligada a la previsión general de la carga de mitigar los perjuicios derivados del daño corporal padecido, contempla con notoria imperfección el art. 1.2, párrafo tercero, que regula el efecto contra-resarcitorio de su inobservancia y que, por una exigencia intrínseca, se completa de modo necesario con el efecto resarcitorio de su observancia.

El resarcimiento del coste de las medidas razonables adoptadas para evitar los perjuicios evitables, para mitigar los mitigables o para eludir la eludible agravación de los padecidos impide, naturalmente, el resarcimiento de los perjuicios evitados, de los mitigados y de los dejados de agravar. Tal es la razón, lo reitero, de la regla de la incompatibilidad a la que me he referido.

Los gastos de sustitución de la lesionada del caso de autos cumplen, exactamente, la misma función que la que cumple el abono del precio del alquiler de un vehículo por el propietario del que sufre desperfectos en un accidente y tiene que permanecer paralizado durante el tiempo en que queda en un taller para su reparación; la misma función que la que cumple la contratación de un conductor sustituto por orarte del taxista autónomo que sufre lesiones impeditiva como consecuencia de un accidente; y la misma función que cumple la razonable decisión de un camionero transportista autónomo que, ante el fallecimiento de su esposa en un accidente, tiene que contratar los servicios de una persona que, durante sus viajes, asuma los cometidos domésticos de los que se ocupaba la fallecida para el cuidado de sus hijos menores⁶⁵.

65 Un caso más que similar al apuntado en el texto fue resuelto en primera instancia por la SJP de Segovia núm. 1 bis de 4 de abril de 2011 (Nuria Lóriga Dacal), recaída en el juicio oral 557/2010, confirmada por la SAP de Segovia (Sección 1ª) de 12 de noviembre de 2012 (Andrés Palomo del Arco; magistrado hoy de la Sala 2ª del TS y, por, tanto firmante de la sentencia plenaria objeto del presente análisis crítico), resolutoria de recurso de apelación 70/2012. Una joven inmigrante búlgara de 25 años, casada con un ciudadano, madre de dos hijos (uno de 7 años y el otro de 7 meses), dedicada en exclusiva a las labores de su hogar familiar, falleció como consecuencia de ser atropellada en la acera de una calle por un turismo pilotado por un conductor que, al dormirse, perdió su control. Su marido, conductor-

Pero es notorio (o debe captarse como notorio) que, siendo incompatible el resarcimiento de los gastos de sustitución con el resarcimiento de los perjuicios sustituidos, porque éstos han quedado eliminados o compensados mediante el resarcimiento de aquéllos, la regla de la incompatibilidad

repartidor de una empresa de pan y bollería que llevaba por las localidades de la provincia de Segovia con horario fijo de mañana y tarde, reclamó en el juicio, en su nombre y en el de sus hijos, las cantidades previstas en el Baremo vigente en 2009, año del siniestro, después de que la aseguradora del inculpado hubiera consignado el importe de las indemnizaciones básicas debidas a él y a sus dos hijos, pero sin haber incluido cantidad alguna por el factor de corrección por perjuicios económicos que eran pertinentes por tener la fallecida edad laboral y sin haber consignado el importe de los gastos de repatriación del cadáver con los de entierro y sepelio; y reclamó, además, 165.520 € calculados en un dictamen actuarial para cubrir el coste de los servicios domésticos precisos para la llevanza de su casa y cuidado de sus hijos hasta que el más pequeño cumpliera los 14 años, pues entonces el otro contaría ya con 21 años. El reclamante se apoyaba en la regla del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del Baremo, enunciadora del principio de la total indemnidad como finalidad asegurada por su regulación, con inclusión de la reparación de los perjuicios excepcionales, con invocación de la doctrina sentada por la STS (Pleno de la Sala 1ª) de 25 de marzo de 2010 (Juan-Antonio Xiol Ríos) y el criterio de expansión analógico de la anterior doctrina por la SAP de Álava (Sección 2ª, Penal) de 12 de abril de 2011 (Jaime Tapia Carreño). Esta pretensión fue desestimada mediante unos argumentos fácticos de pesadilla, cuya crítica ocuparía una extensión incompatible con el presente comentario, después de haberse aseverado que el caso resuelto por aquella sentencia civil plenaria (referente a una gran invalidez) "no guarda relación alguna" con el que se enjuiciaba (fallecimiento), incluyendo las siguientes perlas: "no se pueden valorar a las personas según lo que produzcan"; "no se puede pensar en una persona en cifras, en lo que esa persona ha dejado de producir o hacer porque todas las personas producen"; "no consta si los menores perciben (...) subsidio por orfandad"; respecto de los menores, no constan "sus actuales horarios escolares"; no consta "el horario laboral de su progenitor (...) en (...) 2009", pero no "en la actualidad"; "no consta (...) con quien convivían los menores antes de ocurrir el fallecimiento de su madre"; "no entendiende esta juzgadora si [con 14 años, los menores] (...) están capacitados para realizar tareas {domésticas} (...) peligrosas (...) [es decir, si] son autosuficientes". Apelada la sentencia, la AP la confirmó porque la regla del último factor corrector de la tabla II solo permite reducciones y no aumentos, sin que la doctrina plenaria civil sea expandible por analogía al estarse ante un supuesto de fallecimiento y no de secuelas permanentes [como si el fallecimiento no fuera permanente], con lo que la que denominé, en su día, "la regla del guion" se interpretó como regla de prohibición que no consienta, pese a la identidad de razón, la proyección analógica de la correlativa regla de la tabla IV, que cuenta para los aumentos con un relleno carente de guion; y, en el orden fáctico, porque el importe reconocido por el factor de corrección por perjuicios económicos [19.220'10 €] "pondera un perjuicio superior al reclamado" [165.520 €], por lo que no se aprecia "un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante [sic] reclamado". Lo curioso y algo reconfortante es que la AP no impuso al apelante las costas del recurso porque "la solución legal (...) no es plenamente satisfactoria".

tiene que afectar en exclusiva a los perjuicios evitados, sin poder expandirse a perjuicios de una índole diversa que la sustitución no elimina.

Se trata de una consecuencia natural del respeto debido al principio fundamental de la vertebración perjudicial que el Baremo proclama y procura de verdad (a diferencia de lo que acontece con la reparación plenaria). Esto significa que, a los efectos que interesan aquí, los gastos de sustitución que eviten la generación de un efectivo lucro cesante⁶⁶ no pueden impedir el resarcimiento de cualesquiera perjuicios personales o morales originados por la situación lesiva de la persona lesionada, porque la reparación de éstos no se solapa con la de esos gastos que sortean la frustración de una ganancia patrimonial perfectamente identificada y diferenciada de esos otros perjuicios.

La proyección de estas ideas sobre las cuestiones resueltas por la sentencia casacional clarifica el cabal sentido de la correcta desestimación que contiene y el sinsentido técnico de la incorrecta estimación que igualmente acoge.

En cuanto a la desestimación y el apoyo normativo de la solución reconfirmada, es pertinente ligar los gastos de sustitución con el cese del lucro que originaba de suyo el efecto incapacitante de las secuelas padecidas por la lesionada, Pero es incorrecto sostener que el reintegro reparador de esos gastos de sustitución tiene lugar a través del resarcimiento de ese lucro cesante; y es así porque no cabe la reparación de un lucro que deja de cesar, es decir, que se ha evitado, pues deja de producirse gracias a la intervención asistencial de las cuidadoras que lo suplen a cambio de unas retribuciones que constituyen los gastos de sustitución como coste de las medidas adoptadas para evitar la efectividad del cese de un lucro inicial cuya frustración termina por quedar disuelta.

En este sentido, no es baladí la invocación casacional del principio de la reparación íntegra porque la doctrina del sedicentemente denominado deber de evitar o mitigar los perjuicios derivados del daño causado por el responsable (en nuestro caso, perjuicios económicos derivados de un daño corporal

⁶⁶ Porque el valor económico de las enfermedades y cuidadoras supe el valor económico de los cuidados imposibilitados a la lesionada.

permanente) constituye una manifestación de dicho principio, consistente en que la observancia de la carga que pesa sobre el perjudicado genera, de un lado, el efecto negativo de impedir el resarcimiento de unos perjuicios impedidos que, lógicamente, dejan de existir o, mejor dicho, que ni siquiera surgen; y, de otro, el efecto positivo de tenerse que resarcir el coste de las medidas adoptadas para impedir el surgimiento de esos perjuicios, consistentes, en este concreto caso, en el importe de los desembolsos de la sustitución personal realizada.

De aquí surge con naturalidad elemental la regla de la incompatibilidad del recobro de esos gastos con cargo al responsable del daño con el resarcimiento del lucro cesante relacionado con ellos; regla con la que se expresa que no cabe el resarcimiento de un lucro frustrado que, llamado inicialmente a producirse, se ha evitado gracias a la sustitución de la imposibilitada actividad productiva de la persona lesionada.

A su vez, el resarcimiento consistente en la recuperación del importe de los desembolsos de la sustitución es perfectamente compatible con el resarcimiento de cualesquiera otros perjuicios distintos del lucro cesante suplido, por evitado, aunque, naturalmente, compartan el mismo origen.

Por eso, afirmada en la instancia inferior la existencia y relevancia de unos perjuicios morales excepcionales (en cuanto no contemplados en la regulación del resarcimiento tipificado de los perjuicios básicos y particulares) originados a la lesionada por la frustración como madre de no poder cuidar, personalmente y de modo continuo⁶⁷, de su discapacitada hija, como venía haciendo antes de sufrir su accidente, el resarcimiento de esta frustración personal⁶⁸, intangiblemente reconocida por probada por la AP, era inequívocamente compatible con el resarcimiento de los perjuicios económicos

⁶⁷ Porque la dedicación a los cuidados extensos e intensos a la hija por parte de su casi anciana madre se había convertido en el principal cometido de ella, en la básica razón de su supervivencia.

⁶⁸ Al duelo precedente de sufrir la muy grave discapacidad de su hija se añadió, como consecuencia de las graves lesiones que se le causaron en el accidente, el duelo de no poder socorrerla personalmente, hasta el punto de que, de los datos recogidos en la sentencia apelatoria, se induce que la lesionada había convertido los cuidados en su gran dedicación como madre y fundamental razón de su propia vida. Se está ante un perjuicio personal excepcional (atípico) completamente normal; y tal es lo que fácticamente apreció y tuvo por probado con enorme claridad el juzgador originario y que confirmó la AP.

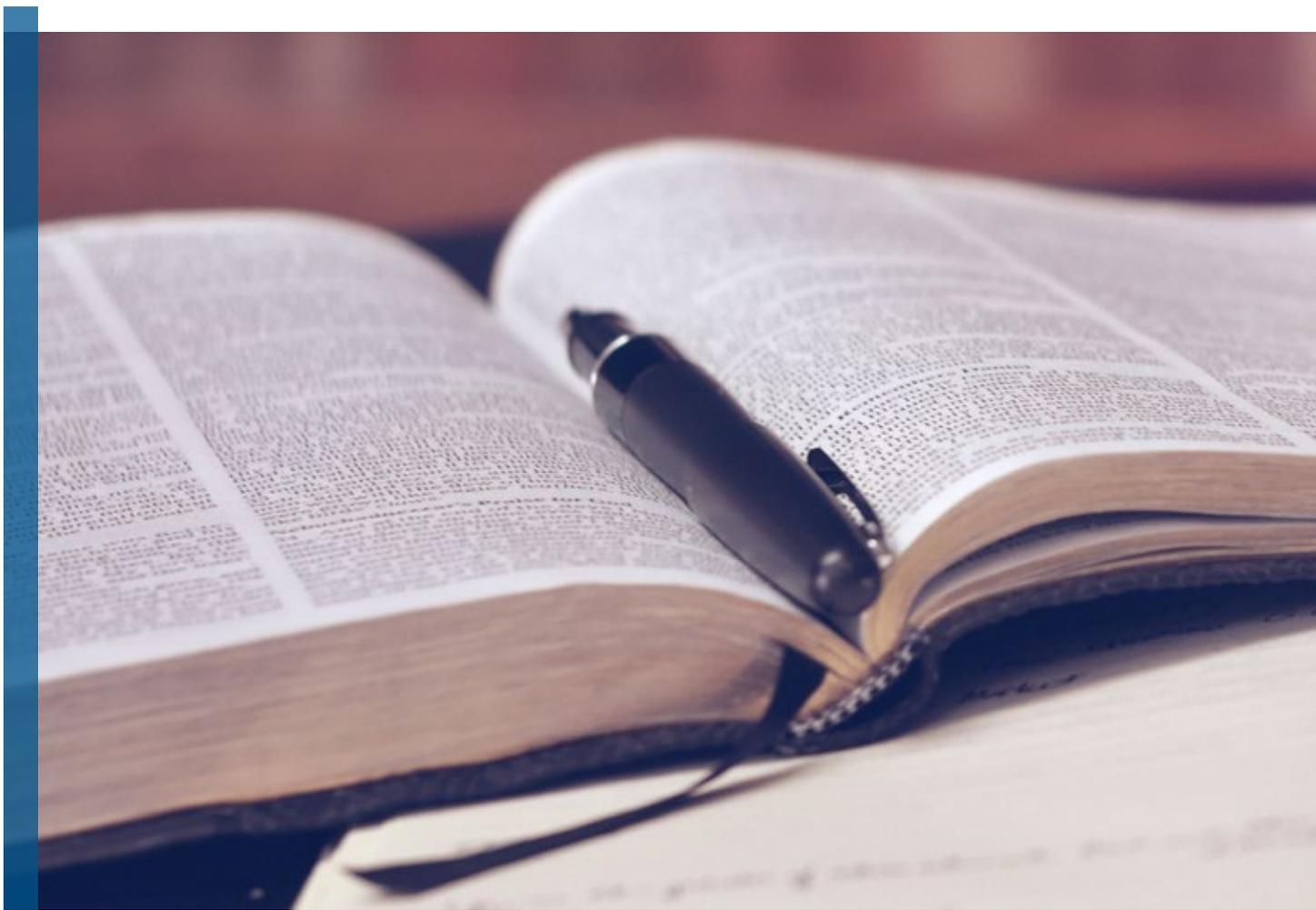
generados con ocasión de la imposibilidad física de su dedicación; y es así porque esa falta de aptitud no constituye en sí un concepto perjudicial resarcible, dado que, conforme a las ineludibles exigencias del principio de vertebración, son los negativos efectos generados los que constituyen los diferenciados conceptos perjudiciales resarcibles, con asignación a cada uno de la cantidad reparadora que les corresponda; y, en nuestro caso, unos son los perjuicios patrimoniales ligados a la evitación del lucro cesante de la lesionada, y otros, completamente distintos, los perjuicios morales que, como excepcionales, y, a su vez, diferenciados de otros tipificados de la misma índole, apreció la AP, con el reconocimiento fáctico de su existencia y de una relevancia resarcitoria que ni negaba la aseguradora recurrente, ni negó, ni razonablemente podía negar, el TS que, a pesar de ello, no consiguió evitar la mezcla de las churras con las merinas, pese a su nítida diferenciación, dando lugar su captación desvertebrada a la desviación estrábica de apreciar un solapamiento o duplicación resarcitoria inexistente.

Por ello constituye un error identificar los gastos de sustitución con el lucro cesante de la lesionada, porque no se resarce un lucro que se frustra, pues deja de padecerse al resultar impedido por unas medidas de evitación – la contratación de enfermeras y cuidadoras sustitutas-, cuyo coste debe ser objeto indefectible de resarcimiento.

24.- El pimpampum de los apoyos normativos de la cobertura resarcitoria de los gastos de sustitución de los cuidados a prestar tras el alta médico-legal de la lesionada

A lo largo del texto que antecede, se han registrado seis apoyos normativos distintos para que el resarcimiento de los susodichos gastos de sustitución quedara dotado de justificación dentro del sistema legal valorativo.

El primero fue el de la aplicación analógica del art. 142.2, *in fine*; apoyo al que acudió la SJP y que la SAP refrendó, pero que el TS desautorizó muy a su pesar, con acatamiento del principio de la impuesta legalidad valorativa.



El siguiente asociaba los indicados gastos al lucro cesante de una persona que, dedicada a las labores de su hogar familiar, queda afectada por una incapacidad permanente total; apoyo sugerido por la aseguradora condenada como responsable civil directa, pero que el TS también desautorizó, por negar que los cuidados prestados antes del accidente por la lesionada a su hija fueran insertables en las labores domésticas de una ama de casa.

El tercero asociaba los indicados gastos al lucro cesante de una persona que, dedicada al continuo cuidado de su hija con un sentido cuasi-profesional asimilable a uno profesional, queda afectada por una incapacidad permanente que, siendo total, se reputa parcial; apoyo al que acudió el TS en virtud del *iura novit curia*.

Otro consistió en la aplicación directa del principio fundamental de la integridad reparadora, sin la intervención medial de precepto concreto alguno; apoyo que se planteó el TS, pero que desechó, al creer encontrarlo en la previsión normativa del resarcimiento del

lucro cesante padecido como consecuencia de sufrirse una incapacidad permanente con el grado de parcial, quedando, en cierto modo, en el aire el reconocimiento, o no, de la *vis* normativa directa de esa previsión principal, para el caso de no hallar el precepto regulador que creyó encontrar

El quinto reputaba tales gastos como constitutivos de un perjuicio excepcional resarcible en virtud de la clausula del “no obstante” del art. 33.5, *in fine*, con su remisión al art. 112; apoyo normativo que la aseguradora proponía con carácter subsidiario porque se traduciría en una indemnización menos minimizada que la otra alternativa, dado que el inequívoco propósito de su impugnación en apelación, primero, y en casación, después, era obtener la máxima posible reducción de la cantidad que se había reconocido a la lesionada; apoyo que no tomó en consideración la AP, primero, ni tampoco el TS, después, con lo que quedó sin desvelar que se estaba ante una propuesta técnicamente absurda porque el sistema legal valorativo proscribía de



modo cierto (aunque carente de justificación, en términos de justicia conmutativa) el resarcimiento de cualquier perjuicio excepcional de índole patrimonial.

Y el sexto, que es el que suscribo como correcto, consiste en que el resarcimiento de los gastos de sustitución corresponde al del coste de las medidas adoptadas para la evitación del lucro cesante que, inicialmente padecería cualquier persona de actividad productiva, si ésta le queda definitivamente vedada al sufrir una incapacidad permanente de alcance absoluto, totas o parcial., teniendo en cuenta que la figura del sedicentemente denominado deber de mitigar o evitar los perjuicios derivados del daño corporal injustamente padecido pertenece a la dimensión atributiva del Derecho de la Responsabilidad Civil y no a su dimensión valorativa, por lo que su regulación no se ubica⁶⁹ ni debe ubicarse en el Baremo.

25.- Una coda que no debe soslayarse: el milagrito invertido que origina el invento de un periodo intermedio, durante el cual la lesionada no sufre la pérdida de calidad de vida que venía padeciendo, pero que, de inmediato, vuelve después a padecer, sin que el estado de su cuerpo haya cambiado de un día para otro

Tras el accidente y al cabo de 296 días de sufrir una pérdida decreciente de calidad de vida (muy grave⁷⁰, grave y moderada), la lesionada la recuperó durante 120 (o fue solo leve la que sufrió); pero, al ser dada de alta médico-legal el último de ellos con el reconocimiento de una diversidad de secuelas incapacitantes, pasó a padecer de nuevo, ahora modo permanente, una pérdida moderada. Durante el último día de sus lesiones temporales, la lesionada no padecía pérdida alguna de su calidad de vida o la padecía de modo leve, pero, al día siguiente, como por ensalmo, su falta de pérdida o su pérdida leve se alzó al grado de moderada y permanente. Vivir para ver. Estamos ante la sinrazón de

69 Por eso la Ley la ha incluido, aunque con lamentables defectos, en el art. 1.2, párrafo tercero.

70 Según recoge la sentencia de primer grado, la lesionada estuvo encamada menos de un mes, periodo tras el que siguió otro, de duración no determinada, durante el que estuvo recluida en silla de ruedas (fto. quinto, párrafos décimo y decimosexto). Por ello no me parece de recibo que los días de pérdida muy grave de calidad de vida fueran solo 17, según la pericia, al parecer, del médico forense, teniendo en cuenta, además, la pérdida total de autonomía que tuvo de suponerle a la el sometimiento a siete intervenciones quirúrgicas, marginándose que los días de pérdida total de autonomía pueden ser (y es sólito que lo sean) discontinuos.

ciertos protagonistas de la medicina pericial valorativa que, ante la patología accidental de la salud, quizá por *nec-legentia* de la *lex data*, establecen, de modo lamentable y sólito, conclusiones ajenas a la realidad dictaminada, afirmadas *contra legem*, *contra systema*, *contra ius* y *contra rationis vim*.

Lo cierto es que, en este caso, el perjuicio personal o moral padecido por la lesionada durante aquellos 120 días fue resarcido con su *minus-pretium*, sin resarcirse la pérdida moderada de calidad de vida que pericialmente se le negaba, pero que padecía de modo indefectible⁷¹. Empero, obtuvo el resarcimiento de los perjuicios económicos causados por la abolida actividad de cuidado a la que se dedicaba de continuo, contraídos a los gastos de su sustitución; y ello durante todo el periodo de sus lesiones temporales, incluidos aquellos muchos días finales, conviviendo así la realidad de una pérdida de calidad de vida más que leve con el absurdo pericial de su inexistencia que es incompatible con la imposibilidad de dedicarse a su actividad de cuidado personal de su discapacitada hija, sin que ni el JP ni la AP pararan mientes explicitadas en esa pintoresca contradicción que no ennoblece la calidad de la pericia realizada.

La lesionada quedó privada del resarcimiento que le correspondía por su pérdida de calidad de vida durante aquellos cuatro meses que precedieron a su alta médico-legal, aunque la injusta estulticia de tal privación no le privó del resarcimiento de los gastos de sustitución realizados a lo largo de ese cuatrimestre final. La pérdida moderada de su calidad de vida durante ese lapso era de una evidencia tan cegadora que ni el JP, primero, ni la AP, después, fueron capaces de ver, de desvelar y protestar esa flagrante contradicción, siendo su evidencia -videncia- de tal calibre que no cayeron en la ocurrencia -propuesta, por cierto, por la aseguradora responsable civil- de negar el reintegro de los gastos de sustitución habidos durante aquel pintoresco sub-periodo inventado por una lamentable y vitanda intervención pericial.

71 Por centrarse, posiblemente, en la importancia cuantitativa de otras partidas, la acusación particular de la lesionada consintió que los días peritados como de perjuicio personal solo básico fueran resarcidos como tales, pese a la inequívoca imposibilidad de que lo fueran.