

LA VALORACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE

Maita Naveira

I. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ANÁLISIS

A modo de introducción, he de decir que si el tema objeto de esta intervención se ha dejado para el final es precisamente porque ése es el orden que le corresponde en la sucesión lógica de las diferentes fases del juicio de responsabilidad. En efecto, una vez que se declara la responsabilidad civil de una persona que, con su conducta activa u omisiva, ha causado daño a otra, siempre que este daño cumpla los requisitos del daño resarcible, es decir, toda vez que esté conectado causalmente con la conducta realizada, sea antijurídico y sea cierto, nace a cargo del responsable la obligación de reparar el daño o perjuicio causado. Así se desprende del tenor literal de los arts. 1101 CC (para la responsabilidad contractual); 1902 CC (para la responsabilidad extracontractual) y 109 CP (para la responsabilidad *ex delicto*).

Esta reparación del daño puede efectuarse de dos maneras distintas: a) en forma específica, también llamada reparación *in natura* o en especie, que consiste en restablecer la situación que existía con anterioridad a la producción del daño, reparando o enmendando la cosa dañada o, si ello no es posible, sustituyéndola por otra igual a la destruida y b) la reparación por equivalente, consistente en entregar al perjudicado una cantidad de dinero suficiente o apta para compensar el daño sufrido.

La primera de estas dos formas de reparación es, sin duda alguna, la más perfecta y, a juicio de la mayoría de los autores, la preferente¹, si bien no siempre es posible² y, aun en aquellos casos en que sí lo es, esta forma de reparación suele resultar insufi-

¹ Esa preferencia de la reparación en forma específica sobre la reparación por equivalente es afirmada de manera prácticamente unánime por los autores que se han ocupado del estudio de la responsabilidad civil, bajo el argumento de que la misma es más perfecta al colocar al dañado en la situación en que se encontraba con anterioridad a la producción del perjuicio. Así, por centrarnos únicamente en la doctrina española, podemos citar en tal sentido a PUIG BRÚTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. III, Edit. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 192; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, Tomo 4, Edit. Reus, Madrid, 1992, pág. 998; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed., Edit. Montecorvo, Madrid, 1993, págs. 325 y 328; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Edit. Civitas, Madrid, 1993, pág. 907; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo II (*Derecho de obligaciones*), Vol. Segundo, 9ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1994; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Volumen Segundo, Edit. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 513; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 3ª ed., Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 181; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 477 y VICENTE DOMINGO, E. en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 260.

Ahora bien, dicha preferencia, que no plantea dudas cuando se contempla desde un plano estrictamente teórico, no está tan clara cuando se suscita la cuestión de su aplicación práctica, porque nuestro CC, a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones extranjeras, como la alemana, la italiana, la suiza o la

ciente, pues normalmente no alcanza a reparar aquellos perjuicios que se han producido en el intervalo de tiempo que ha mediado entre la causación del daño y el restablecimiento de la situación *ex ante*³. Pues bien, ante la imposibilidad o insuficiencia de la reparación en forma específica se recurre a la reparación por equivalente, que es, sin duda y por lo que acabamos de exponer, la más frecuente en la práctica.

En este último modo de reparación de los daños y perjuicios es donde adquiere su razón de ser la valoración, porque consistiendo la reparación por equivalente en la entrega al perjudicado de una cantidad de dinero capaz de compensarle los daños que ha sufrido, se hace preciso determinar en cada caso cuál ha de ser esa cantidad. Dicho de otro modo, se hace necesario proceder a una valoración, la cual consiste en traducir los daños causados a unidades monetarias, de modo tal que, a través de la suma acordada, se compensen al perjudicado los daños sufridos.

portuguesa, no contiene norma alguna sobre la manera en que ha de llevarse a cabo la reparación. Ante esta situación, los autores han ofrecido respuestas diversas:

Unos entienden que corresponde al perjudicado elegir entre una y otra forma de reparación, si bien limitan dicha posibilidad de elección en ciertos casos. Así, PUIG BRUTAU advierte que la reparación *in natura* no siempre es adecuada o posible (PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Op. cit., pág. 193); PANTALEÓN afirma que, correspondiendo al perjudicado esa facultad de elección, el mismo sólo podrá optar por la reparación en forma específica cuando ésta sea material y jurídicamente posible y no requiera gastos desproporcionados (PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario del art. 1902”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Vol. II, Madrid, 1991, pág. 2001); ROCA establece como excepciones a la facultad de elección por parte del perjudicado la circunstancia de que la ley prevea la forma en que ha de repararse el daño o el hecho de que una de las formas de reparación resulte imposible (ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, Op. cit., pág. 181) e YZQUIERDO excluye la posibilidad de optar por la reparación en forma específica cuando la misma sea imposible o resulte excesivamente onerosa para el responsable en relación con el daño causado (YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 477).

Otros autores consideran que la elección corresponde al juez. Es el caso de SANTOS BRIZ, quien afirma, además, que en dicha elección el juez debe dar primacía a la reparación *in natura*. Se basa para realizar esa afirmación en la preferencia que por dicha forma de reparación se recoge para la responsabilidad contractual en los arts. 1096 a 1098 CC (SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, Op. cit., págs. 327-328). En sentido similar se pronuncia VICENTE DOMÍNGO. Esta autora, apoyándose en el art. 112 CP, entiende igualmente que la elección del modo en que debe llevarse a cabo la reparación del daño incumbe al juez, que debe hacer prevalecer la reparación en forma específica, salvo que la misma sea imposible o excesivamente gravosa para el dañador (VICENTE DOMÍNGO, E., en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Op. et loc. cits., pág. 260).

Por su parte, ALBALADEJO atribuye preferencia a la reparación *in natura*, sin que, por tanto, el acreedor pueda elegir entre ella y el resarcimiento en dinero, aunque prefiera éste. De hecho, el responsable puede negarse a la indemnización si la reparación en forma específica es posible. Sin embargo, lo anterior no excluye la posibilidad de sustituir la reparación *in natura* por la reparación por equivalente cuando el perjudicado la solicite y el dañador no se oponga o cuando así lo hayan estipulado ambos (ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Op. cit., pág. 497). LACRUZ afirma también, con base en el art. 111.1 CP, la preferencia de la reparación en forma específica, de tal modo que pueden optar a ella, tanto el perjudicado como el responsable, salvo que la misma sea excesivamente onerosa para éste en relación con el daño causado (LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II...*, Op. cit., págs. 513-514).

2 Los autores entienden que esa imposibilidad puede deberse a diversos factores. Así, LACRUZ, seguido por YZQUIERDO, señala que concurrirá esa imposibilidad siempre que no sea reiterable el *statu quo ante* (LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II...*, Op. cit., pág. 513). Para ENCARNA ROCA “puede ocurrir que la reintegración sea imposible, porque requiera inversiones muy costosas o la intervención de un tercero, que no puede o no está dispuesto a colaborar, sin que pueda ser obligado a ello, o bien porque sea imposible la reivindicación. Puede ocurrir también, que esta reparación sea imposible porque se ha destruido el objeto, sin posibilidad de restauración o reparación” (ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, Op. cit., pág. 182). VICENTE DOMÍNGO, por su parte, recoge otro supuesto de imposibilidad de la reparación *in natura*, que es la que se produce en relación con los daños no patrimoniales (VICENTE DOMÍNGO, E., en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Op. et loc. cits., pág. 260). Por último, se reputa también imposible la reparación en forma específica respecto del daño moral y del lucro cesante, así como respecto de bienes únicos que no tengan sustitutos en el mercado o de daños corporales que no admitan dicha forma de reparación conforme al estado de los conocimientos de la medicina en el momento de producirse. Así se indica en AA.VV., “Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español”, *InDret* 02/2002, pág. 4.

II. GENERALIDADES

Delimitado el objeto de esta exposición y antes de entrar en el análisis pormenorizado del mismo, se hacen precisas algunas consideraciones previas de alcance general:

1ª. La reparación de los daños y perjuicios se encuentra presidida por un principio angular, el de la *restitutio in integrum* o reparación integral. Se trata éste de un principio clásico en materia de responsabilidad civil, que encuentra su origen ya en el Derecho romano, pero que sigue conservando en nuestros días, al menos en un plano teórico e ideológico, toda su virtualidad⁴. Esa vigencia del principio citado fue confirmada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su conocida Resolución 75/7, de 14 de marzo de 1975, sobre resarcimiento de daños en caso de lesiones corporales y de muerte. En dicha Resolución, concretamente, en su principio número 1, la idea del resarcimiento integral fue enunciada del modo siguiente: “*Teniendo en consideración las normas referentes a la responsabilidad, la persona que ha sufrido un perjuicio tiene derecho al resarcimiento del mismo, en el sentido de que debe ser reintegrada a una situación lo más semejante posible a aquella en que se habría encontrado, si el hecho dañoso no se hubiese producido*”. De lo dicho, se infiere que la consecuencia que deriva del principio de resarcimiento integral es la exigencia de que al perjudicado le sea reparado todo el daño padecido por él, siempre y cuando ese daño sea imputable a otra persona. Y en la consecución de ese objetivo se hallan implicadas dos condiciones: la primera se concreta en la idea de que la indemnización no puede limitarse a compensar solamente una parte de ese daño, mientras que la segunda viene a precisar que la indemnización no puede exceder del perjuicio efectivamente causado para

3 Pensemos en el ejemplo siguiente: un médico, observando una conducta negligente a la hora de practicar una operación quirúrgica, se olvida una gasa en el interior de un paciente. Es cierto que en esta hipótesis es posible restablecer la situación que existía con anterioridad a la producción del daño a través de la práctica de una operación ulterior. Sin embargo, esa reparación sería sólo parcial, pues no alcanzaría a reparar las molestias que el paciente ya hubiera sufrido a causa de ese «olvido» ni el perjuicio derivado del mayor tiempo que precisará para su total recuperación. Estas otras manifestaciones dañosas deberán ser, en consecuencia, indemnizadas en dinero.

Este inconveniente a la reparación *in natura* fue observado hace años por los hermanos MAZEAUD en Francia [MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho civil*, Parte Segunda, Vol. II (Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, pág. 395] y por DE CUPIS, en Italia [DE CUPIS, A., *El daño* (Traducción de la 2ª edición italiana por Ángel Martínez Sarrión), Edit. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 831-832].

4 Esta última afirmación encuentra todo su sentido porque, como se va a comprobar seguidamente, aunque el principio enunciado orienta, en todo caso, la tarea de valoración del daño, en realidad, no siempre es posible alcanzar una íntegra reparación de los perjuicios causados.

En el sentido apuntado, son significativas las consideraciones realizadas en torno al mencionado principio por el magistrado del Tribunal Constitucional Sr. Mendizábal Allende en el voto particular formulado a la STC 181/2000, de 29 de junio, en las que afirmó lo siguiente: “(...) *nuestra Constitución no contiene ninguna regla ni principio alguno que imponga la reparación total de los daños y perjuicios en los casos de indemnización cuya fuente fueren actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (art. 1089 CC) como tampoco existen en el resto del ordenamiento jurídico. Se trata de un «desideratum», algo que se ve como deseable aún a sabiendas de la imposibilidad de hacerlo realidad y, por ello, con plena conciencia de su talante utópico, como muestra la lectura sosegada de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. No hay más reparación total que la «restitutio in integrum» cuando resulta viable. Las indemnizaciones en dinero son siempre aproximativas, nunca exactas por diversos motivos, el primero y principal la diferencia entre valor y precio; otro muy importante también, la concurrencia de elementos inmateriales, como el valor afectivo o el dolor moral y en fin la dificultad de probar no sólo el daño emergente sino el lucro cesante que ha obligado en ocasiones a utilizar el método estadístico, exacto en los grandes números pero impreciso en el caso individual. En definitiva se trata de una tendencia al modo weberiano que presiona para la aproximación al «tipo» ideal con la sospecha de que no será alcanzado jamás, un ejemplo entre muchos de la eterna aporía de Aquiles y la tortuga*”.

no comportar un enriquecimiento injusto a favor del perjudicado⁵. En definitiva, la reparación ha de encontrar el justo equilibrio entre la infracompensación y el enriquecimiento injusto del perjudicado y a este propósito debe responder, en consecuencia, la tarea de valoración del daño.

2ª. Como acabamos de afirmar, la valoración del daño ha de estar en consonancia con los objetivos que persigue el principio de la *restitutio in integrum*. Sin embargo, si bien en relación con el daño emergente no plantea dudas la posibilidad de llevar a cabo una valoración objetiva y precisa del perjuicio sufrido, capaz de lograr la reparación integral del mismo, algunos problemas pueden surgir cuando son otros los perjuicios que se pretenden reparar. Así, en las hipótesis de lucro cesante, sobre todo, cuando se trata de lucro cesante futuro, puede resultar difícil calcular con exactitud las efectivas ganancias dejadas de obtener que deben ser reparadas, dada su prolongación en el tiempo y la incidencia sobre las mismas de factores tales como la fluctuación monetaria. Y, por su parte, en los supuestos de perjuicios extrapatrimoniales, la ausencia de criterios objetivos de valoración impide siempre el establecimiento de una relación de equivalencia entre daño sufrido e indemnización acordada.

Sin embargo, las consecuencias que en el ámbito del principio de resarcimiento integral se derivan de una y otra clase de perjuicios son diferentes:

El lucro cesante se caracteriza por la dificultad –que no por la imposibilidad– de aportar la prueba de las ganancias dejadas de obtener por el perjudicado. No obstante, las pérdidas que resulten acreditadas, en cuanto poseen naturaleza patrimonial, son susceptibles, al igual que el daño emergente, de una valoración pecuniaria precisa y, en consecuencia, son susceptibles de reparación integral⁶. Cosa distinta es que el perjudicado afirme haber dejado de obtener mayores ganancias, pero no consiga probar sus afirmaciones, pues en tal caso no estaremos ante un incumplimiento del principio de resarcimiento integral, sino ante perjuicios no resarcibles, al carecer los mismos de uno de los requisitos exigidos para ser relevantes a los efectos de la responsabilidad civil, como es el relativo a la necesaria prueba del daño.

A diferencia de lo que sucede en el supuesto anterior, los daños no patrimoniales, al carecer de equivalencia pecuniaria o de “*valor aproximativo de referencia*”⁷ no pueden ser valorados conforme a criterios objetivos, por lo que no resulta posible hablar, respecto a ellos, de reparación integral del perjuicio. Por ello, en esta última hipótesis el principio que nos ocupa adquiere una virtualidad más ideal que real.

3ª. Una cuestión previa que debemos resolver es la siguiente: a la hora de proceder a la valoración de los daños y perjuicios, ¿cuál es el criterio al que ha de atenderse, el objetivo o el subjetivo? De acuerdo con el criterio objetivo, debe indemnizarse el valor objetivo o de mercado del bien o interés deteriorado o destruido, mientras que, según el criterio subjetivo, hay que atender al valor que ese bien o interés representa para el concreto perjudicado. Estamos ante lo que YZQUIERDO TOLSADA denomi-

5 VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil, Les effets de la responsabilité*, 2ª ed., Edit. L.G.D.J., 2001, pág. 113.

6 En este sentido se pronuncia VICENTE DOMINGO a través de dos afirmaciones. En primer lugar, afirma que “*no se puede renunciar a la reparación integral de forma apriorística en los daños patrimoniales por difícil que sea la prueba, cuya carga corresponde al perjudicado*” y, por otro lado, señala que “*tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden encajar bien en el principio de la reparación integral*” [VICENTE DOMINGO, E., en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., págs. 261 y 262, respectivamente].

7 VICENTE DOMINGO, E., en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., pág. 263.

na, respectivamente, –y, a nuestro juicio, de forma más acertada porque con ello se prescinde de la referencia al valor objetivo o de mercado, del que carecen los daños extrapatrimoniales, y se alude tanto a los perjuicios materiales como a los inmateriales— «daño común», entendiéndolo por tal el que experimentaría cualquier persona a consecuencia del hecho dañoso, y «daño propio» o, lo que es lo mismo, el que soporta una persona concreta en función de sus particulares circunstancias⁸.

La cuestión se plantea porque la valoración de un mismo daño suele variar según se recurra a uno u otro criterio. Un ejemplo de esta afirmación lo encontramos en un supuesto que nos proporciona el autor citado y que nos parece altamente ilustrativo: en el caso de falta de entrega por el vendedor de un refrigerador, el daño común estaría representado por la diferencia de su valor de reposición si éste hubiera aumentado, mientras que si el comprador fuese un comerciante de helados su daño, daño propio, vendría determinado por la imposibilidad de realizar su negocio.

En términos generales, parece que si el fin de la institución de la responsabilidad civil es reparar el daño realmente causado, habrá de atenderse a un criterio subjetivo de valoración. Así lo entienden la mayor parte de los autores⁹ y así lo han entendido igualmente nuestros Tribunales. Como ejemplo de ello podemos mencionar la SAP de Barcelona de 2 noviembre de 2000¹⁰. Alude esta sentencia a una demanda interpuesta por la entidad «Serveis Inmobiliaris Cabrils, SL», empresa dedicada a la intermediación inmobiliaria, contra «Telefónica de España, SA» por el incorrecto funcionamiento de las líneas telefónicas contratadas por la demandante, funcionamiento defectuoso que se concretaba en que, en ocasiones, durante el período comprendido entre octubre de 1996 y junio de 1997, no se recibían las llamadas procedentes del exterior. La entidad prestadora del servicio de telefonía había reintegrado a su contratante las cuotas satisfechas durante los meses en que el servicio no fue satisfactorio, pero, a pesar de ello, la entidad afectada por el incorrecto funcionamiento de la línea telefónica reclamó, por medio de la demanda interpuesta en Primera Instancia, la indemnización de los perjuicios sufridos a causa de aquél. Esa demanda fue desestimada, por lo que la actora interpuso recurso de apelación ante la AP. Ésta, tras dar por probado el relato fáctico aportado por la entidad apelante, vierte consideraciones como las siguientes: “no cabe sino admitir «a priori» la indudable repercusión que para una empresa que se dedica a la intermediación inmobiliaria y que desempeña su actividad en buena medida mediante la inserción de anuncios en medios de comunicación, ofreciendo como fundamental –aunque no siempre único –sistema de contacto para los posibles compradores la indicación de los números de teléfono a donde pueden dirigirse, hubo de tener la avería de las líneas telefónicas” o “Tampoco se ha de perder de vista que el problema no era sencillo de detectar para la demandante pues lo que ocurría era que no siempre entraban las llamadas, llamadas que en buena medida (estamos hablando de teléfonos comerciales) hay que presumir serían de potenciales clientes”. Estas consideraciones son las que el Tribunal tiene en cuenta a la hora de valorar el daño y, por tanto, de cuantificar la indemnización debida por la demandada «Telefónica de España SA» a la entidad acto-

8 YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 144.

9 PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario del art. 1902”, Op. et loc. cit., pág. 1190; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, Op. cit., pág. 127 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 145.

El mismo criterio se sigue en la doctrina extranjera. Por poner sólo dos ejemplos, vid., en Italia, DE CUPIS, A., *El daño*, Op. cit., pág. 344 y en Argentina, STIGLITZ y ECHEVESTI, quienes recuerdan que todavía hay defensores de la toma en consideración de un criterio objetivo de valoración, como es el caso de MOSSET ITURRASPE (STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., en MOSSET ITURRASPE (Dir.), *Responsabilidad civil*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, págs. 297 y 298)

10 Ar. Civ. 2001/33.

ra. Así, basándose en los pedimentos de esta última, que solicitaba que se fijase como indemnización una proporción de los gastos de publicidad, personal y mantenimiento en general de la empresa durante el período en que se detectaron los problemas en las líneas telefónicas, concluyó la AP que, si bien no hay base suficiente para hacer responder a la entidad demandada de un porcentaje de los gastos fijos generales y de personal de «Serveis Immobiliaris Cabrils, SL», no sucede lo mismo con la inversión realizada por ésta en publicidad durante el mismo período, puesto que parte de esa inversión (no toda, porque el funcionamiento de las líneas telefónicas era intermitente y, en algunos anuncios aparecía también la dirección de las oficinas de la actora) resultó inútil por causa imputable a la demandada. Con base en todo lo anterior, la Audiencia condenó a la demandada a satisfacer a la actora una indemnización que fijó en el 50% del gasto realizado en publicidad durante el período señalado y que, traducida en dinero, dio como resultado la cantidad de 1.141.561 pesetas.

Este ejemplo pone de manifiesto que el Tribunal ha tenido en cuenta el «daño propio», pues resulta evidente que si hubiera prescindido de las concretas circunstancias de la actora (ser entidad dedicada a la intermediación inmobiliaria, realizando gran parte de sus operaciones por vía telefónica), la valoración del perjuicio, de haberse apreciado éste¹¹, no habría alcanzado dicha suma.

4ª) Es necesario precisar el momento en que debe llevarse a cabo la valoración de los perjuicios. Podría parecer, en principio, que lo lógico sería atender al valor que tuviese el bien o interés dañado en el momento en que acaeció el hecho dañoso. Y así se ha de hacer efectivamente cuando la reparación del daño haya seguido inmediatamente a su causación. Sin embargo, cuando entre el hecho dañoso y el pago de la indemnización transcurre un cierto lapso de tiempo es posible que la solución apuntada (valoración en el momento de la causación del perjuicio) no sea apta para cumplir el fin reparador que a la responsabilidad civil se asigna como propio. En efecto, en el transcurso de ese lapso de tiempo pueden producirse dos tipos de circunstancias determinantes de un cambio en la valoración del perjuicio. Son las que la doctrina extranjera suele denominar variaciones intrínsecas y variaciones extrínsecas¹²:

a) Las variaciones intrínsecas hacen referencia a las agravaciones o atenuaciones que experimenta el daño en su propia entidad desde el día en que el mismo tiene lugar hasta el momento en que se dicta la sentencia que se pronuncia sobre la responsabilidad. Pensemos, por ejemplo, en una incapacidad para el trabajo derivada de una lesión corporal. Es probable y relativamente frecuente que la misma vaya reduciéndose con el paso del tiempo. Por eso, si se valora con referencia al momento en que la conducta dañosa se produjo, la incapacidad podría ser del 100%, mientras que si se aprecia al cabo de un año, tal vez se haya reducido al 50%, reducción que repercutirá evidentemente en la entidad del perjuicio que hay que resarcir, porque en tal caso habría que tener en cuenta el 100% de incapacidad durante un año, pero el 50% durante los siguientes¹³.

Sin embargo, no todas las variaciones intrínsecas que se produzcan antes de la sentencia pueden ser tenidas en cuenta por nuestros tribunales porque éstos han de res-

11 Esa apreciación de la existencia del perjuicio no parece probable de haber sido el perjudicado un particular cuyo medio de subsistencia no dependiese del teléfono. Sobre todo, teniendo en cuenta que la empresa prestadora del servicio telefónico defectuoso reintegró al perjudicado las cantidades percibidas durante el período en que tuvo lugar el mal funcionamiento de la línea.

12 Así las denominan MAZEAUD y CHABAS en *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tomo III, Vol. 1º, 6ª ed., Éditions Montchrestien, París, 1978, págs. 786 y 796. Emplean la misma denominación los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., en MOSSET ITURRASPE (Dir.), *Responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 310.

13 Ejemplo tomado de los hermanos MAZEAUD (*Lecciones de Derecho civil*, *Op. cit.*, pág. 398).

petar el principio procesal de congruencia, contenido en el art. 218 de la vigente LEC. Según este principio, las sentencias deben ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas por las partes, de modo tal que en las mismas se ventilen todas las cuestiones y se decidan todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate entablado entre las partes, además de condenar o absolver al demandado. Este principio supone que el tribunal sólo puede valorar los daños que hayan sido alegados y probados por el actor en el curso del proceso, lo que implica que si antes de la sentencia, pero con posterioridad a la preclusión de los trámites previstos para la alegación de hechos y para la formulación de pretensiones, se producen agravaciones de daños ya manifestados o surgen daños nuevos conectados causalmente con el hecho dañoso, el juez no podrá tenerlos en cuenta. Nada impedirá, no obstante, que, en tales hipótesis, el actor inicie con posterioridad un nuevo proceso en reclamación de tales perjuicios, puesto que no existirá, respecto a ellos, cosa juzgada. Así se desprende del tenor literal del párrafo 2º del art. 222 LEC, según el cual, “*se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen*”.

La misma solución (iniciar un nuevo proceso) habrá que aplicar cuando las variaciones tengan lugar con posterioridad a la sentencia recaída en el primero de los pleitos.

b) En segundo lugar, las variaciones extrínsecas vienen representadas, no por un cambio en la entidad o materialidad del daño, sino por una alteración en su apreciación económica, que es debida a la fluctuación monetaria. Es decir, en estos casos el daño no varía, pero sí lo hace el valor del dinero en curso y, por tanto, la cantidad de unidades monetarias que se precisan para colocar al perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el evento dañoso no hubiese tenido lugar o, de ser ello imposible, para compensarle el daño sufrido. Y es evidente que en el mundo en el que vivimos, en que la depreciación monetaria es la tónica general, la cuestión de si esa depreciación debe ser o no tomada en consideración por el juez a la hora de valorar el daño no puede pasarse por alto.

Aunque inicialmente se oponía a la toma en consideración de la fluctuación monetaria el principio nominalista aplicable a las obligaciones pecuniarias, según el cual el deudor queda liberado entregando al acreedor la suma expresada en el título de la obligación, hoy está fuera de toda duda que las deudas debidas en concepto de resarcimiento de daños no son deudas de suma, sino deudas de valor¹⁴, por lo que debe tenerse en cuenta, al fijar la cantidad debida, la devaluación de la moneda producida entre el momento de la causación del daño y el momento en que tiene lugar la liquidación de la indemnización. Se aplica, por tanto, el llamado principio valorista¹⁵.

Es cierto, sin embargo, que la aplicación de este principio no es fácil cuando nos enfrentamos a la valoración de daños futuros (*vgr.*, los que pueden derivar de una incapacidad permanente) porque en estos casos no es posible prever las posibles fluctuaciones de la moneda. Además, en tales hipótesis suele concederse una indemnización en forma de capital, cuando no cabe duda de que la valoración de tales daños resultaría mucho más acertada si la indemnización fuese fijada en forma de renta, puesto que la misma presentaría dos ventajas significativas: por un lado, se ceñiría al efectivo tiempo de vida del perjudicado y, por otro, podría tener en cuenta las fluctuaciones monetarias

14 En tal sentido se ha pronunciado nuestro TS en múltiples ocasiones. Entre las resoluciones más recientes podemos citar las SSTS (Sala de lo Civil) de 19 de octubre de 1996 (R.J.A. 7508); 14 de julio de 1997 (R.J.A. 5468); 25 de mayo de 1998 (R.J.A. 3998); 21 de noviembre de 1998 (R.J.A. 8751).

15 Sobre la evolución del principio nominalista al principio valorista en el ámbito de las obligaciones debidas en concepto de indemnización de daños, *vid.* SANTOS BRIZ, que dedica todo un capítulo de su obra a tratar esa cuestión (SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, págs. 387-408).

mediante la fijación de un factor de corrección de dicha renta, factor que podría concretarse en el IPC. Sin embargo, los tribunales no son proclives a conceder indemnizaciones en forma de renta y, menos aún, desde que aplican los baremos previstos en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, ya lo hagan de forma vinculante en el ámbito de los accidentes de circulación, ya con carácter orientativo fuera de dicha esfera¹⁶.

Una de esas escasas hipótesis de concesión de una indemnización en forma de renta la encontramos en la STS de 21 de diciembre de 1999 (R.J.A. 9203). En esta sentencia, en la que, por cierto, no se combate la valoración del daño, se contiene un resumen del supuesto de hecho que dio lugar a la reclamación de la indemnización. Se trataba del accidente sufrido el día 11 de enero de 1990 por un joven, sordomudo de nacimiento y de 20 años de edad, que se encontraba en un paraje de la provincia de Granada cuando de uno de los cables de la línea aérea de alta tensión que atravesaban el lugar recibió una fuerte descarga eléctrica, que le causó graves lesiones que le dejaron una serie de secuelas, entre ellas, amputación del brazo derecho a nivel del hombro y pérdida de sensibilidad y tono muscular de la mano izquierda que hicieron ineficaz ese miembro. Con posterioridad a dicho accidente y a consecuencia del mismo, el joven fue declarado judicialmente incapaz para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes, por lo que fueron sus padres, que habían sido nombrados tutores, quienes ejercitaron la acción de responsabilidad por culpa extracontractual contra la entidad «Compañía Sevillana de Electricidad, SA», propietaria de la línea de alta tensión, y contra la entidad «La Unión y El Fénix Español, SA», aseguradora de aquélla. A través del proceso promovido solicitaron dos pretensiones alternativas: 1ª) que se condenase a las sociedades demandadas a pagar al perjudicado, de forma solidaria, la cantidad de 100 millones de pesetas, más los intereses legales a contar desde la interposición de la demanda; 2ª) o, subsidiariamente, al pago de 50 millones de pesetas de una sola vez, con los intereses respectivos, más una pensión mensual vitalicia y revalorizable según las variaciones del IPC o sistema que lo sustituya de 250.000 pesetas.

El JPI estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar al actor la cantidad de 19.750.000 pesetas y una renta vitalicia de 200.000 pesetas mensuales, actualizable anualmente según el IPC o sistema que lo sustituya. Apelada esta sentencia, la AP de Granada modificó solamente la cuantía de la indemnización concedida, que elevó hasta 30 millones de pesetas, manteniendo la renta vitalicia en los mismos términos que el fallo anterior. Interpuesto recurso de casación por parte de la compañía aseguradora, el TS declaró no haber lugar al mismo.

A la vista de todo lo anterior queda patente que valorando el daño en el momento en que el mismo acontece no se tienen en cuenta las variaciones señaladas, por lo que al perjudicado no se le repara el daño efectivamente causado, que es lo que se pretende con el principio del resarcimiento integral. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han llegado a la conclusión de que para valorar el daño el juez tiene que situarse en el momento en que se dicta la sentencia o en, su caso, en el momento de su eje-

16 Cada vez es más frecuente el empleo por los Tribunales de las tablas contenidas en el Anexo de la LRCSCVM con carácter orientativo para valorar los daños causados a las personas en accidentes producidos al margen de la circulación vial. Como ejemplos recientes de esta orientación podemos citar varias sentencias de Audiencias Provinciales. En concreto, citaremos las siguientes: SAP Vizcaya de 5 de enero de 2001 (Ar.Civ. 2001/132); SAP Vizcaya 5 de enero de 2001 (Ar. Civ. 2001/133); SAP Murcia de 10 de enero de 2001 (Ar. Civ. 2001/184); SAP Jaén de 16 de enero de 2001 (Ar. Civ. 2001/193). También el Tribunal Supremo viene haciendo igual empleo orientativo de los baremos para la valoración de los daños personales contenidos en la mencionada Ley. Así lo hizo, entre otras, en la STS (Sala 3ª) de 4 de octubre de 1999 (R.J.A. 8539).

cución¹⁷. Siendo más precisos, debe situarse en el tiempo en que se liquida la deuda indemnizatoria. Sólo aplicando esta solución es posible tener en cuenta las variaciones que le afectan y llegar, en consecuencia, a una adecuada reparación, respetuosa con el principio de la *restitutio in integrum*.

5ª) Finalmente, hay que señalar que los tribunales, a la hora de llevar a cabo la valoración del daño y, de nuevo, en virtud del principio procesal de congruencia, se encuentran constreñidos por la cuantía solicitada por el actor en su demanda, lo que significa que podrán valorar el perjuicio en una cantidad inferior, pero nunca superior a la pretendida por él.

Esta circunstancia, que con la LEC anterior había perdido buena parte de su virtualidad debido a la excesiva flexibilidad con que el TS interpretó el art. 360 de esta Ley y que llevó a que en la mayoría de los casos el demandante no cuantificase en su demanda el importe de los perjuicios reclamados, retrasándose la valoración del daño hasta el trámite de ejecución de sentencia¹⁸, ha recobrado actualmente todo su significado e importancia porque la vigente LEC, de 7 de enero de 2000, ha prohibido las llamadas sentencias de condena con reserva de liquidación, que son aquéllas en las que se condena al demandado a pagar una cantidad de dinero cuya determinación o liquidación se retrasa hasta un trámite posterior, el trámite de ejecución de sentencia. Dicha prohibición se contiene en el art. 219, que impone al actor que reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero la necesidad de cuantificar su importe en la demanda, sin que pueda retrasar su determinación al trámite de ejecución de sentencia y, de no ser posible dicha cuantificación, le ordena fijar claramente las bases conforme a las cuales deba efectuarse la liquidación, de modo tal que ésta consista en una simple operación aritmética.

III. TIPOS DE DAÑOS RESARCIBLES

Efectuadas estas precisiones, pasaremos a estudiar las principales cuestiones que suscita la valoración del perjuicio en relación con las diferentes categorías de daños resarcibles.

17 En cuanto a la doctrina, comparten esta opinión, entre otros, los españoles PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario del art. 1902", *Op. et loc. cit.*, pág. 1993 y SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pág. 332; los italianos DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, págs. 372-374 y BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, Edit. Cedam, Padova, 2001, pág. 813-814; los franceses MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho civil*, *Op. cit.*, pág. 399 y VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil*, *Op. cit.*, pág. 140; así como los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., en MOSSET ITURRASPE (Dir.), *Responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 310.

Por lo que a la jurisprudencia española se refiere, *vid.*, de nuevo, las sentencias citadas en la nota nº 14.

18 El art. 360 de la LEC de 1881 prescribía lo siguiente: "*Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación*". Y en un segundo párrafo: "*Sólo en el caso de no ser posible ni lo uno ni lo otro se hará condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia*".

El segundo párrafo de este precepto, en lugar de ser interpretado como lo que realmente era (una excepción a la regla general contenida en el párrafo primero) fue objeto de una interpretación extensiva por parte de los tribunales, que les llevó a aplicar lo dispuesto en él siempre que las partes así lo solicitasen o ellos mismos considerasen que carecían de bases suficientes para fijar la cuantía del daño. De este modo, el retraso de la liquidación de las cantidades debidas por el demandado al trámite de ejecución de sentencia se convirtió en algo habitual, hasta el punto de que un autor, DE ÁNGEL, llegó a sugerir, como solución que permitiría sortear el problema de la producción de nuevos daños o de la agravación de los ya existentes durante el curso del proceso, "*que el demandante no se autolimite, reduciendo la cuantía de la indemnización solicitada a los daños que de modo taxativo y no ampliable enumere en su demanda, sino que, por el contrario, formule ésta pidiendo que le sean indemnizados los daños «que se acrediten en el juicio o en ejecución de sentencia»*" (DE ÁNGEL YAGÚEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 916).

1. Daños Patrimoniales

1.1. Daños emergentes

Se entienden por tales, conforme al art. 1106 CC, las pérdidas sufridas, las cuales equivalen al menoscabo o destrucción de bienes que en el momento en que tiene lugar la conducta dañosa ya formaban parte del patrimonio del perjudicado. Nos encontramos, pues, ante disminuciones patrimoniales que, en principio, por ser evaluables en dinero, no entrañan especiales problemas de valoración.

No obstante, una cuestión que sí se plantea en estos casos es la de determinar la indemnización que debe concederse cuando el daño ha recaído sobre un objeto usado porque, en tales hipótesis, puede suceder que el coste de reparación del objeto en cuestión sea superior al valor que el mismo tenga en el mercado. El ejemplo paradigmático de supuestos de este tipo es el que se plantea en relación con los vehículos que resultan dañados como consecuencia de accidentes de circulación. A este respecto, existe un gran número de resoluciones procedentes de Audiencias Provinciales, cuya lectura nos conduce a la conclusión de que, aun cuando las soluciones concretas varían en función de las circunstancias de cada caso, el objetivo que todas ellas persiguen es lograr la íntegra reparación del perjuicio causado.

Como muestra de la afirmación precedente merece ser citada la SAP de Baleares de 12 de noviembre de 1996 (Ar. Civ. 2167) que se refiere a un supuesto de siniestro total del vehículo, en el que el JPI había concedido como indemnización el valor venal del mismo incrementado en un 20% en concepto de valor de afección. Frente a la reclamación del actor, que pretende un incremento de la cuantía señalada, se pronuncia la AP, rechazando su pretensión y resumiendo en la sentencia la práctica seguida por la Sala. Así, afirma que *“esta Sala no ha adoptado una regla general sino, al contrario, soluciones concretas que tienen en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, aunque sin perder de vista que la finalidad de toda acción indemnizatoria es conseguir la total indemnidad de la víctima, evitando, eso sí, que pudiera producirse un enriquecimiento injusto. De cualquier forma, nunca este Tribunal ha concedido como indemnización el estricto valor venal, en ocasiones aplica un incremento por las molestias causadas por la privación del vehículo, gastos de matriculación del que se adquiere e incluso valor de afección; otras veces y teniendo en cuenta que el vehículo siniestrado, aunque usado, tenía una utilidad para su titular, se concede no el valor venal, sino el de adquisición, en el mercado de segunda mano, de un automóvil de características semejantes a aquel que ha quedado inservible”*.

En todo caso, pese a que efectivamente las soluciones varían en función del caso concreto, es posible extraer de la jurisprudencia menor una doctrina bastante uniforme en materia de reparación de los daños causados a los vehículos en accidentes de circulación. Esa doctrina, orientada, como hemos dicho, a la consecución de la íntegra reparación, otorga preferencia al coste de la reparación del vehículo sobre el valor venal del mismo, aun cuando el primero sea superior al segundo¹⁹. No obstante, las Audiencias

¹⁹ En tal sentido, la SAP de Teruel de 14 de enero de 1999 (Ar. Civ. 179) afirma lo siguiente: *“el hecho de que el precio de reparación supere el valor del vehículo no puede ser considerado como enriquecimiento injusto para el perjudicado, pues conforme al art. 1902 del Código Civil, aquél tiene derecho a restablecer la situación anterior a la producción del evento dañoso y conservar su propio vehículo reparado, sin que sirva para desvirtuar este argumento la alegación de que un vehículo de la misma marca, modelo y antigüedad tenga un valor en venta inferior al precio de reparación, pues no puede compelerse al perjudicado a admitir la sustitución de su vehículo por otro usado, no sólo por la posible dificultad para encontrar el mismo en el mercado, sino por el riesgo de que aquél pudiera tener vicios o defectos ocultos que afectasen a su ulterior funcionamiento”*.

reconocen que esa doctrina general “no puede aplicarse a todos los casos, pues cuando la diferencia entre el valor venal y el importe de la reparación es grande, existiendo notoria desproporción entre ambos, se impone una corrección que impida el injusto enriquecimiento del propietario, que sobre un vehículo de escaso valor ve realizadas unas reparaciones que indudablemente suponen una mejora más allá de una mera reparación. Y este esquema debe traducirse en un análisis de las circunstancias que concurran en cada caso”²⁰.

Por otra parte, en lo relativo, no ya a la reparación, sino a la sustitución de un objeto usado por otro nuevo, es destacable la SAP de La Rioja de 20 de marzo de 1998 (Ar. Civ. 4159) relativa a los daños causados en una de las llantas de un camión con ocasión de encontrarse éste con unos palés de madera en un tramo en que la empresa demandada ejecutaba unas obras. La entidad demandada pedía que se rebajase la cuantía de la indemnización basándose en que la llanta dañada del camión tuvo que sustituirse por una nueva, con lo que el perjudicado salía beneficiado. Sin embargo, esa pretensión fue rechazada por la AP, bajo el argumento de que el perjudicado tuvo que efectuar el desembolso correspondiente al repuesto nuevo cuando antes del evento todavía tenía un neumático útil durante cierto tiempo.

Del mismo modo que en los supuestos anteriores los tribunales tratan de evitar que al perjudicado se le entregue una indemnización inferior a la que realmente le corresponde por ser la precisa para colocarlo en una situación lo más próxima posible a aquella en la que se encontraría de no haberse producido el hecho dañoso, los mismos han de evitar también que el perjudicado pretenda beneficiarse con la indemnización. Esto es lo que el TS impidió en la sentencia de 2 de abril de 1997 (R.J.A. 2727). En este caso, la Comunidad de Propietarios del Edificio Montecarlo interpuso demanda contra la Comunidad de Propietarios del Edificio Cap Martín, ambos situados en la localidad mallorquina de Santa Ponsa, en la que la primera pretendía la indemnización de los daños y perjuicios causados por el derrumbamiento de parte de un muro de contención del terraplén de su edificio a causa del agua que rebosó del aljibe que prestaba servicio a ambas comunidades. Ello fue debido al deterioro de una llave o válvula de seguridad situada en la tubería que llevaba el agua al Edificio Cap Martín. Habiendo sido condenada la demandada al pago de una indemnización fijada por la AP de Palma de Mallorca en 773.318 pesetas, la actora interpuso recurso de casación en el que denunció, entre otros motivos, infracción del art. 1106 CC por inaplicación. Lo que pretendía la actora era que se condenase a la Comunidad de Propietarios del Edificio Cap Martín a la construcción de un nuevo muro que paliase las deficiencias técnicas del anterior. Sin embargo, el TS entendió que la condena establecida, que cubría el valor de la reparación del muro, satisfacía plenamente el principio de indemnidad. Declaró así que “restaurado el muro a su estado anterior al evento dañoso no puede imponerse al causante del daño la ejecución de un nuevo muro que supla la carencia de eficacia en orden a la contención del talud de que adolece aquel muro”.

1.2. Lucro cesante

Los lucros cesantes o ganancias dejadas de obtener constituyen la segunda de las partidas integrantes de los daños patrimoniales. Se concretan estos perjuicios en la falta de consecución o de materialización ganancias que habrían ingresado en el patrimonio del perjudicado de no haber tenido lugar el hecho dañoso.

20 Así se afirma expresamente en las SSAP de Murcia de 8 de febrero de 2000 (Ar. Civ. 5152) y de 30 de mayo de 2000 (Ar. Civ. 2575), las cuales, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, acordaron indemnizar al perjudicado con una cuantía intermedia entre el valor venal y el coste de reparación, en el primer caso, y con el valor venal del vehículo incrementado en un 30 % en concepto de valor de afección, en el segundo.

Los daños por lucro cesante presentan como mayor dificultad la relativa a la determinación y prueba de su existencia, dado que tal determinación requiere una reconstrucción de los hechos proyectada al futuro²¹. Ahora bien, una vez determinada su existencia, la valoración de los lucros cesantes, en cuanto que los mismos constituyen daños patrimoniales, deberá regirse por los mismos criterios que los empleados para la valoración del daño emergente.

Sin embargo, en relación con el lucro cesante se plantea una interesante cuestión: si el resarcimiento integral implica, una vez probada la existencia de tal daño, que deben indemnizarse las ganancias netas, o bien los beneficios brutos dejados de obtener. En este punto, la jurisprudencia ha entendido que la indemnización debe cubrir el importe neto de las ganancias que se han frustrado a causa del evento dañoso. Así se dispone expresamente en las SSTs de 21 de octubre de 1996 (R.J.A. 7235) y de 5 de noviembre de 1998 (R.J.A. 8404).

La primera de ellas hace referencia a un supuesto de responsabilidad contractual, concretamente, a un caso de incumplimiento de contrato de arrendamiento de teatro. La entidad arrendataria solicitó que se condenara a la arrendadora a indemnizarle, entre otros conceptos, el lucro cesante, que fijó en la cantidad que resultaría de los beneficios obtenidos en taquilla por la venta de las entradas. El JPI estimó esa petición, pero en apelación la AP revocó la anterior sentencia y declaró que la indemnización por lucro cesante se fijaría en ejecución de sentencia en una cantidad equivalente a la declarada en el Impuesto de Sociedades como beneficios obtenidos en la anterior representación en el mismo teatro. Impugnado en casación este fallo en lo relativo a la fijación del lucro cesante, el TS desestimó el motivo, afirmando que si la AP rechazó las cuentas que presentó la recurrente para fijar el lucro cesante lo hizo con toda la razón, pues la documentación aportada resultaba insuficiente al no atender a gastos inevitables, tales como el IVA, los derechos de autor y otros que, según los términos del contrato, corrían por cuenta exclusiva de la arrendataria.

La segunda de las sentencias citadas, de 5 noviembre 1998 (R.J.A. 8404) alude a un supuesto de responsabilidad extracontractual. Se trataba de la rotura de un cable subterráneo de Telefónica a causa de las labores de perforación llevadas a cabo por una máquina excavadora para colocar un poste. «Telefónica de España SA» interpuso demanda contra la empresa comitente de los servicios, contra el conductor y contra el propietario de la excavadora reclamando indemnización de daños y perjuicios. Por lo que se refiere al lucro cesante, el JPI declaró que el mismo no había resultado probado. La AP, pese a reconocer que el dictamen aportado por la actora para fundamentar su reclamación del lucro cesante se basaba en datos meramente estadísticos, que no constaba en él el tiempo de interrupción del servicio y que no se descontaban los gastos generales, condenó a los demandados a indemnizar el lucro cesante, si bien en menor cantidad que la solicitada por la actora. Este pronunciamiento fue anulado por el TS con base en los propios datos expuestos por la AP, entre ellos, la circunstancia de pedir un beneficio bruto.

Por último, hay que añadir que en España, el lucro cesante derivado de la incapacidad, tanto temporal como permanente, de las víctimas de accidentes de circulación ha sido incluido en el «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», comprendido en el Anexo de la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados²². Ello implica que la valoración de ese lucro cesante debe

21 Así lo afirma igualmente VICENTE DOMINGO, E., en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Op. cit., pág. 222.

22 Esa Disposición Adicional Octava modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, la cual pasa a denominarse en virtud de dicha reforma Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

ceñirse, en todo caso, a las cuantías recogidas en las Tablas o baremos de dicha Ley, que establecen unas indemnizaciones básicas y unos factores de corrección de dichas indemnizaciones básicas.

Esta baremación del lucro cesante, si bien limitada al ámbito de los accidentes automovilísticos, constituye una particularidad del sistema jurídico español y ha recibido críticas, no sólo por parte de la doctrina española, sino también de la comparada, críticas que no podemos más que compartir, pues si el sometimiento a criterios legales de valoración puede estimarse adecuado cuando de daños extrapatrimoniales se trata, en la medida que la valoración de los mismos no puede llevarse a cabo por medio de criterios objetivos, no puede decirse lo mismo cuando lo que se pretende es baremar daños patrimoniales, como el lucro cesante, pues los mismos han de ser valorados en concreto, sobre la base de los datos objetivos proporcionados por las pruebas aportadas²³.

2. Daños Extrapatrimoniales

A los efectos de facilitar el conocimiento de la forma en que tiene lugar la valoración de este tipo de perjuicios, procederé a realizar, en el seno de la categoría señalada, una distinción entre daños corporales y daños puramente morales. Esta distinción se realiza únicamente con el objeto de simplificar la exposición del tema que nos ocupa y viene justificada en la medida en que fueron básicamente los problemas de valoración de los perjuicios corporales los que dieron lugar a la promulgación de fórmulas baremadas en un ámbito concreto, el relativo a los accidentes de circulación, lo que condujo a que en dicho ámbito la valoración de tales perjuicios no se remita ya a la libre discrecionalidad judicial, a diferencia de lo que sucede respecto de los demás daños extrapatrimoniales, sino que se halle sometida al sistema de tablas contenido en la Ley

23 Es muy amplia la lista de autores españoles que han criticado el sometimiento de la valoración del lucro cesante a los baremos indemnizatorios de la Ley 30/1995. Entre ellos, citaremos a los siguientes: PANTALEÓN PRIETO, F., "Indemnizaciones tasadas, subvenciones indirectas: La valoración de los daños personales en el Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, junio 1995, págs. 387 y 388; VICENTE DOMINGO, E., "Comentario crítico al baremo de daños corporales de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado", *Revista Española de Seguros*, nº 85, enero-marzo 1996, págs. 48-50; XIOL RÍOS, J.A., "Breve impresión sobre el sistema de valoración de daños introducido por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados", *Idem*, pág. 54; SOTOMAYOR ANDUIZA, E., "Algunas consideraciones sobre el nuevo baremo publicado como Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor", *Idem*, pág. 60; MEDINA CRESPO, M., "La tabla de indemnización por incapacidad temporal", *Idem*, pág. 129; DURO VENTURA, C., "Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Principales aspectos prácticos de la nueva regulación y problemática de su aplicación", *Revista General del Derecho*, nº 619, abril 1996, pág. 3296; IGLESIAS REDONDO, J.I., "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor", *Actualidad Civil Aranzadi*, 1996-4, pág. 988; GUILARTE GUTIERREZ, V., "Terciando en la inconstitucionalidad del sistema de valoración de los daños personales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 28 agosto 1997, pág. 2 o TASENDE CALVO, J.J., "Sistema legal de valoración de los daños personales. Aspectos constitucionales. Baremo y seguro obligatorio", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, septiembre 1997, pág. 468. Más recientemente, destaca la opinión de YZQUIERDO, que habla de "panorama desolador en sede de indemnización por lucro cesante" y afirma que el sistema de baremos "trata aparentemente de proporcionar una uniformidad indemnizatoria en todos los casos de infortunios semejantes, pero que sólo consigue repartir auténticas miserias" (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, Op. cit., pág. 152).

Otro autor español, MARTÍN CASALS, además de compartirlas, nos da cuenta de las críticas precedentes de la doctrina extranjera. En concreto, este autor, miembro del European Group on Tort Law, alude a las críticas expresadas por los Profesores BUSNELLI y ROGERS a la solución española de someter el lucro cesante a fórmulas baremadas (MARTÍN CASALS, M., "¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas", Ponencia pronunciada en el II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, celebrado en Córdoba los días 3 y 4 de mayo de 2001).

30/1995. Ahora bien, más allá de la justificación aludida, vinculada a motivos meramente expositivos, debo precisar que, a mi juicio, no existe razón alguna que permita mantener dicha subdivisión entre perjuicios corporales y morales con carácter general, porque tanto unos como otros daños gozan de una misma naturaleza, extrapatrimonial, y poseen, en consecuencia, unas mismas características, las cuales se pueden concretar en la ausencia de equivalencia pecuniaria y en la no sujeción a criterios objetivos de valoración²⁴.

2.1. Daños corporales

Sin duda alguna, estos daños son los que más han acaparado la atención de los autores. Debido a que recaen sobre bienes o intereses que son inestimables en dinero, no existen criterios objetivos que sirvan de fundamento para la valoración de los mismos. A consecuencia de ello, la valoración de estos daños se remite a la libre discrecionalidad de los jueces que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, acuerdan la indemnización que estiman oportuna. Ello hace que, en muchas ocasiones, las indemnizaciones concedidas ante supuestos análogos difieran enormemente entre sí, resintiéndose con ello la seguridad jurídica y aumentando la litigiosidad, porque, ante la imposibilidad de prever la cuantía que será fijada por los tribunales, se hace muy difícil llegar a acuerdos extrajudiciales, ya que los perjudicados prefieren acudir a lo que algún autor ha denominado, muy gráficamente, «lotería judicial»²⁵.

Por todo ello, el problema que se plantea en torno a estos daños es que ha de buscarse un equilibrio entre un criterio subjetivo, que tenga en cuenta las circunstancias particulares de los concretos perjudicados, y la búsqueda de criterios homogéneos, que aporten una cierta seguridad jurídica y reduzcan la litigiosidad al hacer posibles las previsiones, tanto para los particulares como para las compañías aseguradoras. Lo que ocurre es que esa búsqueda de criterios homogéneos se vuelve extremadamente compleja por los motivos siguientes:

1. La fijación del quantum indemnizatorio constituye una cuestión de hecho reservada a los tribunales de instancia, por lo que no puede ser revisada en casación²⁶. En consecuencia, el TS no puede cumplir, en esta materia, su papel de unificador de criterios judiciales.

2. A pesar de la exigencia constitucional de motivación de las sentencias (art. 120.3 CE), el Tribunal Supremo admite que éstas concedan las indemnizaciones de daños y perjuicios de forma global, sin separar las distintas partidas o conceptos indemnizatorios, por lo que tampoco por esta vía se puede alcanzar una armonización.

24 Comparte esta opinión contraria al mantenimiento de la diferenciación señalada GARCÍA LÓPEZ, R., en *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1990, pág. 66.

Por el contrario, son partidarios de proceder a esa subdivisión en el seno de los daños extrapatrimoniales, GARCÍA SERRANO, F., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *ADC*, 1972, págs. 802 y 803; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, pág. 692 y ss. y VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, págs. 49-52. Sin embargo, todos sus argumentos me parecen rebatibles, aunque no sea éste el lugar adecuado para proceder a dicha discusión.

25 Emplea esta expresión VICENTE DOMINGO, quien, a su vez, la toma de ISON, *The forensic lottery*, Londres, 1967 (VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 265, nota nº 822).

26 En ese sentido, se pueden mencionar, entre muchas otras, las SSTS (Sala 1ª) de 19 de octubre de 1990 (R.J.A. 7982), 25 de mayo de 1995 (R.J.A. 4088), 27 de enero de 1997 (R.J.A. 21), 26 de marzo de 1997 (R.J.A. 1865), 24 de marzo de 1998 (R.J.A. 2048), 9 de julio de 1998 (R.J.A. 5547), 19 de abril de 1999 (R.J.A. 2588), 21 de enero de 2000 (R.J.A. 225) o 20 de noviembre de 2000 (R.J.A. 9310).

3. En España, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, como Francia, no existen publicaciones periódicas de las sentencias recaídas en materia de daños corporales que permitan la tan deseada armonización de criterios judiciales.

Ante este panorama, las Compañías Aseguradoras, principales perjudicadas por la valoración discrecional de los daños corporales, impulsaron en los años 80 la creación de una serie de Tablas o baremos dirigidos a la valoración de esa clase de perjuicios en un ámbito caracterizado por su elevado grado de siniestralidad, el de los accidentes de circulación. Dicho proceso de elaboración culminó a principios de la década de los 90, concretándose en el llamado *Sistema SEAIDA '91*, que fue elaborado por un grupo de trabajo de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA). Se trataba de un sistema dirigido a las aseguradoras que pretendía proporcionarles criterios orientativos que hicieran posible una mayor previsibilidad de las cuantías a las que eventualmente tendrían que hacer frente. Pero el legislador, sin duda presionado por las compañías de seguros, consideró oportuno dotar de criterios de valoración similares a los jueces y, así, basándose principalmente en el *Sistema SEAIDA*, elaboró el llamado «Sistema para la valoración de daños personales derivados de accidentes de circulación», al que dio publicidad a través de la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991. Se trataba de un sistema que tenía carácter orientativo a los efectos de fijar la cuantía de las indemnizaciones procedentes. Carecía, pues, de fuerza vinculante para los Jueces y Tribunales.

Sin embargo, los objetivos de uniformidad pretendidos no pudieron conseguirse por medio de un sistema no vinculante, puesto que su carácter orientador determinó que, en la práctica, sólo una parte de los Jueces acudiera al sistema intentando adaptar a él sus pronunciamientos en materia de indemnizaciones por daños personales derivados de accidentes de circulación, mientras que el resto de la Judicatura siguió basando sus decisiones en criterios de prudencia y de equidad, por lo que la inseguridad, la desigualdad y la litigiosidad siguieron dominando el panorama de los daños personales también en este ámbito.

Esta situación fue la que determinó la promulgación por parte del legislador de un sistema de valoración de los daños personales de carácter vinculante con el que poder lograr de modo efectivo los fines para los que fue dictada la Orden. Este sistema fue introducido a través de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuya Disposición Adicional Octava modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, empezando por su propia denominación, puesto que pasa a denominarse Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, e incorpora un Anexo en el que se recogen una serie de Tablas que delimitan legalmente las cuantías de las indemnizaciones por daños causados a las personas que hay que satisfacer como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual en la que se incurre con motivo de la circulación de vehículos de motor. Se trata de seis Tablas que se estructuran de la siguiente forma: la Tabla I contiene las *Indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales)*; la Tabla II contiene los *Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte*; la Tabla III recoge las *Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales)*; la Tabla IV, los *Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes*; la Tabla V especifica las *Indemnizaciones por incapacidad temporal (compatibles con otras indemnizaciones)* y la Tabla VI recoge la *Clasificación y valoración de las secuelas*.

Prescindiendo en esta sede de la gran polémica doctrinal y jurisprudencial que generó la introducción de baremos vinculantes para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, polémica que llegó, incluso, a cuestionar la constitucionalidad del Sistema, hemos de decir que éste es hoy por hoy el medio de

valoración con el que en nuestro país se ha intentado hacer frente a los problemas planteados por la discrecionalidad judicial y que, si bien inicialmente fue objeto de rechazos, en la actualidad se viene aplicando por las Audiencias Provinciales, incluso, con carácter orientativo fuera del ámbito para el que fue creado, esto es, fuera del ámbito de la circulación vial²⁷.

En cuanto a la opinión que me merece el sistema instaurado por la Ley 30/95, he de decir que no es plenamente satisfactoria, por los siguientes motivos: 1º) En primer lugar, responde al interés de los aseguradores, pues no de otra forma pueden explicarse ciertos límites que se recogen en las Tablas, como, por ejemplo, el hecho de que los factores de corrección por daños económicos penalicen a las personas con rentas altas, quienes, independientemente de que sus ingresos superen los diez millones de pesetas, solamente verán incrementada su indemnización en un porcentaje máximo del 75 %²⁸; 2º) me parece inadecuada la cuantificación legal del lucro cesante que, como daño patrimonial que es, debe valorarse en concreto, a través de las pruebas aportadas; 3º) la indemnización debería separar claramente las diferentes partidas. Sin embargo, el daño moral se entiende incluido en las cantidades fijadas en las Tablas, lo cual produce la impresión de que, en realidad, no es tenido en cuenta por ellas.

En definitiva, lo que podría haber sido un instrumento útil para lograr una cierta uniformidad en la valoración de los daños corporales y morales, no sólo en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, sino en todos los campos cubiertos por la responsabilidad civil, se ha convertido en una fuente inagotable de problemas y debates a causa de la política legislativa adoptada, en virtud de la cual se prefirió priorizar el interés de las compañías aseguradoras sobre el interés de las propias víctimas. En cualquier caso, y dado que éste es el sistema instaurado, será más conveniente, en lugar de formular críticas meramente destructivas, realizar un esfuerzo de interpretación que, siempre que el Sistema lo permita, conduzca a una más correcta aplicación del mismo. En ocasiones, podrá recurrirse para ello a la analogía, como así lo ha hecho la Sala 2ª del TS en sentencia de 17 de septiembre de 2001 (R.J.A. 8349), en la que atribuye por vía analógica la condición de perjudicado por muerte de la víctima a quien, sin ser padre biológico ni adoptivo de ésta, venía desempeñando para con ella las funciones propias del progenitor. Es decir, mediante el procedimiento analógico se atribuye la condición de perjudicado a quien no se encuentra contemplado como tal en la Tabla I del Sistema.

Por último, debe mencionarse que recientemente ha visto la luz un trabajo llevado a cabo por un grupo de juristas y médicos evaluadores que, presidido por los Profesores Busnelli y Lucas (jurista, el primero y médico, el segundo), ha estudiado la posibilidad de elaborar un baremo europeo para la indemnización de los daños no económicos. Este trabajo o propuesta sobre “La racionalización de la valoración médico legal de los perjuicios no económicos”, se presentó en junio de 2000 en la Academia Europea de Derecho (Tréveris, Alemania) y en él se recogen una serie de principios y reglas para la armonización de la valoración de las consecuencias no económicas que derivan de los daños causados a las personas. En cualquier caso, aun siendo un trabajo loable, no parece posible que vaya a tener una concreción a corto plazo, dado que son todavía muchas y acentuadas las diferencias que, en materia de valoración del daño corporal, existen entre las diversas legislaciones europeas.

27 *Vid.*, de nuevo, las referencias contenidas en la nota nº 16.

28 *Vid.*, Tabla IV.

2.2. Daños morales

Se entienden comprendidos en esta categoría, por exclusión, los perjuicios que afectan a intereses extrapatrimoniales distintos de la integridad física o psíquica. Por lo tanto, los derivados de atentados a los bienes o derechos de la personalidad, así como aquellos otros que afectan a los sentimientos más íntimos de la persona y que se concretan en sensaciones tales como pena, disgusto, desazón, etc.

Al igual que ocurría con los daños corporales –con la excepción de los acaecidos en el ámbito de la circulación de vehículos a motor–, no existen criterios legales de valoración de estos perjuicios que, por su carácter extrapatrimonial, no admiten tampoco una valoración basada en el recurso a criterios objetivos, por lo que la misma queda reservada a la discrecionalidad judicial, generando, en consecuencia, los mismos problemas que con relación a los perjuicios corporales se acaban de exponer.

No obstante, existe un conjunto de criterios a los que suelen acudir los jueces para valorar este tipo de daños. Entre ellos, cabe destacar la toma en consideración de las circunstancias del caso, de la gravedad del daño causado, de la gravedad de la culpa concurrente en el causante del daño, de las circunstancias personales del perjudicado, tales como sexo, edad, condición social y familiar, etc.

Este recurso a criterios eminentemente subjetivos puede observarse en la STS de 19 de octubre de 2000 (RJ 7733), que alude a la imposibilidad de acudir a criterios objetivos de valoración y a necesidad de tomar en consideración las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Se refiere este fallo a un supuesto, cuando menos, singular: habiendo fallecido un paciente en un hospital valenciano, se produjo por parte del personal de éste un curioso «olvido», consistente en depositar el cadáver en la sala mortuoria del centro, sin comunicar el óbito a la familia del difunto hasta que hubieron transcurrido ocho días desde el fatal acontecimiento. Ante el olvido descrito, el hijo del fallecido interpuso demanda contra el Servicio Valenciano de Salud en reclamación de los daños morales que por dicha causa se le habían irrogado. Frente a las alegaciones del demandado, que afirmaba que la muerte del paciente y el citado «olvido» del cadáver no había causado dolor a su familia y, en concreto, a su hijo, por considerar que el mismo se había desatendido de la víctima, respondió el Tribunal Supremo con las siguientes afirmaciones: *“la valoración de los daños morales no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los tribunales de justicia e imposibilita para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso”*; *“La indemnización por daños morales no trata de reparar la disminución del patrimonio, sino que lo que pretende es contribuir a sobrellevar el dolor, y ha de proyectarse directamente al ámbito de la persona que lo padece y, en este caso ser el hijo del fallecido, por ello suficientemente legitimado para solicitar la reclamación”*.

Respecto a los criterios que suelen ser empleados para valorar el daño moral, es conveniente realizar algunas aclaraciones:

1ª. El criterio que toma en consideración la gravedad de la culpa del agente ha recibido un gran número de críticas, pues se ha visto en él la intención de asignar a la responsabilidad civil por daño moral un fin punitivo que le es ajeno²⁹. En efecto, si el

29 La idea de que la toma en consideración por parte de los tribunales del grado de culpa de la víctima supone la asignación al Derecho de daños de un fin punitivo tuvo temprana acogida en Francia de la mano de ESMEIN, quien consideró ese hecho como una de las diversas manifestaciones de la pena privada en el ordenamiento jurídico de su país (ESMEIN, P., *Obligations*, en PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil français*, Tomo VI-1º, Edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1930, págs. 752 y 926-927).

fin perseguido por esta institución es esencialmente reparador, la valoración de los daños debe atender fundamentalmente a la gravedad del daño causado, porque de lo que se trata es de reparar dicho perjuicio y no de castigar al culpable, razón por la cual el grado de culpa del agente ha de resultar indiferente. Sin embargo, aunque es cierto que la jurisprudencia recurre a este criterio, no lo hace, a mi juicio, con el ánimo de castigar al responsable haciéndole cargar con un plusvalor añadido al del daño mismo, sino que lo hace por una razón de necesidad, que deriva de la inestabilidad pecuniaria de los daños morales y de la consiguiente falta de aptitud de cualesquiera otros criterios objetivos para posibilitar o facilitar la valoración de tales perjuicios.

2ª. La indemnización pecuniaria del daño moral, por la propia naturaleza de este perjuicio, no puede colocar al perjudicado en la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. Lo que hace, en cambio, es compensar a la víctima del perjuicio, proporcionándole una cantidad de dinero con la que procurarse, según sus gustos, satisfacciones o placeres que mitiguen, en lo posible, el daño sufrido³⁰. Ahora bien, en la cuantificación de la indemnización, aun siendo necesario atender a las particulares circunstancias que afectan al perjudicado, hay una que, a mi modo de ver, no debe tomarse en consideración. Es la relativa a la capacidad económica del perjudicado, porque si se atendiera a este criterio la indemnización tendría que ser mayor para una persona rica, acostumbrada a placeres más costosos, que para una pobre, que seguramente compensaría su dolor con satisfacciones mucho más asequibles. Por lo tanto, de lo que se trata es de fijar la indemnización apta para compensar a un hombre medio situado hipotéticamente en las circunstancias del perjudicado³¹.

Finalmente, hay que hacer referencia a ciertas excepciones existentes frente a la regla general de la valoración discrecional del daño moral. Esas excepciones están constituidas por los criterios de valoración contenidos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. El art. 9.3 de esta Ley dispone que *“La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”*. Es cierto que la novedad sólo es apreciable en lo que se refiere a este último criterio del beneficio obtenido por el causante de la lesión, siendo los demás criterios

En España, comparte esa conclusión ÁLVAREZ VIGARAY, R., “La responsabilidad por daño moral”, *ADC*, 1966, pág. 94. Y, de modo menos rotundo, pero igualmente significativo, DE ÁNGEL, que califica la circunstancia que nos ocupa como uno de los factores que *“contribuyen a distorsionar la pureza de la función que en ella (en la responsabilidad civil) hemos visto siempre”* [DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Edit. Civitas, Madrid, 1995, pág. 232]; así como Díez-PICAZO, para quien, en virtud del criterio que tiene en cuenta la gravedad de la culpa del responsable, se introducen *“larvadamente”* *“criterios punitivos en unas normas jurídicas cuya única función rectora es la indemnizatoria”* (DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 237).

Al mismo resultado llega la autora chilena DOMÍNGUEZ HIDALGO después de un amplio análisis de Derecho comparado en materia de daño moral (DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, págs. 91 y 121).

30 Así lo ha entendido igualmente nuestro Tribunal Supremo, de cuyas sentencias al respecto suele destacarse la de la Sala 1ª de 7 de febrero de 1962 (R.J.A. 672), en la que el Alto Tribunal afirma que *“aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (pretium doloris)», pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamentos, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables”*.

31 LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Vol. Segundo, Edit. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 484.

recogidos por el precepto de usual aplicación en la práctica de los tribunales. Sin embargo, su concreción legal tiene una virtualidad práctica: facilitar la revisión casacional del quantum indemnizatorio en aquellos casos en que los criterios legales no hayan sido correctamente aplicados, pues es doctrina jurisprudencial reiterada que, si bien la cuantificación de la suma debida en concepto de daños y perjuicios no es revisable en casación, no ocurre lo mismo con las bases empleadas para llegar a ella.

La misma eficacia práctica se ha conseguido con el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996), que también incluyó criterios legales para la valoración del daño moral derivado de ataques a la propiedad intelectual. Esos criterios, que aparecen recogidos en su art. 140, son: las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra.

IV. CONCURRENCIA DE CULPAS

Con esta expresión, así como con la locución «compensación de culpas», menos correcta desde el punto de vista técnico, pero frecuentemente utilizada para aludir a la misma materia³², se alude a un fenómeno que debe tenerse en cuenta a la hora de proceder a la valoración de los daños y perjuicios. Se trata del fenómeno consistente en la concurrencia o concurso de conductas culposas en la causación del daño, conductas culposas que resultan imputables a distintos sujetos, concretamente, al autor principal de la conducta dañosa y a la propia víctima o perjudicado.

Las consecuencias de esta concurrencia culposa, que, a diferencia de lo que ocurre en otros países –como Alemania, Italia, Suiza o Portugal– no se prevé de forma expresa en nuestro Código Civil, han sido definidas por la doctrina y por la jurisprudencia del TS con base en la equidad y en la facultad moderadora que el art. 1103 CC atribuye a los tribunales a la hora de apreciar la responsabilidad derivada de negligencia³³, y se concretan en la toma en consideración de la culpa o negligencia del dañado para reducir proporcionalmente la cuantía de la indemnización que ha de abonarle el responsable. Esto significa que los tribunales ponderan la incidencia de las conductas respectivas reduciéndolas, normalmente, a términos porcentuales³⁴. Hecho esto, aplican el porcentaje de culpa correspondiente al agente sobre el importe total del daño causado. La cuantía resultante es la que el agente tiene que abonar al perjudicado en concepto de indemnización, mientras que el porcentaje de perjuicio restante debe soportarlo el propio dañado por tener su causa en su propia conducta culposa.

32 Acerca de las cuestiones terminológicas, *vid.*, MORENO FLOREZ, R.M., “¿Concurrencia de culpas o concurrencia de causas?”, *Actualidad Civil*, 1986-II, págs. 2295 y 2296 y VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración*, *Op. cit.*, págs. 303 y 304.

33 Ejemplos del empleo del art. 1103 CC como justificación a la moderación del quantum indemnizatorio en los casos de concurrencia de conductas culposas los encontramos en MORENO FLOREZ, R.M., *Op. et loc. cit.*, págs. 2303 y 2305 y en VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración*, *Op. cit.*, pág. 302.

Sin embargo, con la promulgación del CP vigente, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, parece más correcto justificar dicha facultad con base en el art. 114 de este texto legal, conforme al cual: “Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”. De hecho, esta norma, que sí regula expresamente la concurrencia de culpas, es la invocada por Díez-PICAZO como fundamento de la moderación cuantitativa operada por los tribunales en las hipótesis expuestas (DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *Op. cit.*, pág. 367).

34 Si bien no están obligados a ello, sino que pueden reducir la indemnización a su prudente arbitrio y sin indicación de porcentajes, como así declaró una STS de 12 de julio de 1999 (R.J.A. 4772).

Son muchas las sentencias en las que el TS ha aplicado la doctrina de la concurrencia de culpas para disminuir la entidad de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado. Como ejemplo relativamente reciente podemos mencionar la STS de 14 de noviembre de 2000 (R.J.A. 8980). En ella se hace referencia a un supuesto consistente en el fallecimiento de un trabajador durante el desempeño de su trabajo. En concreto, el hecho se desarrolló del modo siguiente: la víctima, en su condición de Jefe de Muelle, dio instrucciones a un operario, conductor de una máquina elevadora, para que procediera a retirar unos contenedores. Sin embargo, durante el desarrollo de la operación, se interpuso entre el «container» a trasladar y la máquina elevadora, cuando se encontraba de espaldas a ella, resultando arrollado por la misma. Frente a la reclamación de la indemnización por parte de la viuda del fallecido, el TS apreció una concurrencia o conjunción de concausas, provenientes de sujetos diversos. En concreto, apreció la conducta culposa de la víctima al no adoptar las precauciones necesarias y también la del operario, porque siendo conocido por el conductor de la elevadora que cuando el brazo de ésta está bajo carece absolutamente de visibilidad, ha de extremar el cuidado en sus desplazamientos, especialmente cuando su visibilidad se halla más disminuida. Todo lo anterior lleva al TS a concretar en el 50% la contribución causal a los daños de cada una de las conductas culposas, por lo que a ese porcentaje del perjuicio causado debe ceñirse la indemnización debida a la viuda del trabajador fallecido.

Éste es el modo en que el TS viene aplicando la concurrencia de culpas, con el objetivo de adaptar nuevamente la valoración del daño al principio del resarcimiento integral porque, como muchas veces han señalado los tribunales, este principio no significa que al perjudicado se le deba reparar todo el daño sufrido, sino que debe repararse exclusivamente todo aquél que resulta imputable a la conducta de un tercero.