

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

La indemnización por causa de lesiones o de muerte

*A don Juan Vallet de Goytisolo:
que mi admiración y su amistad sirvan
para disculpar mi retraso*

Por FERNANDO PANTALEON

Catedrático de Derecho civil. Santander

I

Se hace preciso comenzar exponiendo algunas características muy generales del sistema normativo español de responsabilidad civil, cuyo conocimiento resulta indispensable para una cabal comprensión de las páginas que seguirán. De cualquier forma, se procurará ya ilustrar esta exposición introductoria con ejemplos relativos a la indemnización por causa de muerte o de lesiones.

1. En el Derecho español son tres las jurisdicciones que pueden conocer de cuestiones de responsabilidad extracontractual: la civil; la penal, cuando el hecho dañoso es a la vez constitutivo de delito o falta y el perjudicado no se reserva la pretensión indemnizatoria, y la contencioso-administrativa, cuando se trata de responsabilidad de las Administraciones públicas, o de sus concesionarios o contratistas, por daños derivados del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (entendida esta expresión en el amplio sentido de todo el hacer o actuar de la Administración, tanto jurídico como material, como ente de gestión pública; todo el «giro o tráfico» del instituto administrativo en cuanto tal). Hay, pues, varias Salas del Tribunal Supremo que establecen jurisprudencia sobre las materias que nos ocupan: la Sala Primera o de lo Civil, la Sala Segunda o de lo Penal, y las, hasta ahora, Salas de lo Contencioso-Administrativo, especialmente la Cuarta. Y no se contempla en el ordenamiento español la posibilidad de reuniones conjuntas de distintas Salas para unificar criterios discrepantes. Todo lo cual conduce, en algunas ocasiones, a la existencia y permanencia de líneas jurisprudenciales frontalmente contradictorias.

Un ejemplo paradigmático nos lo ofrece el grupo de casos siguiente. A consecuencia de un accidente de circulación resulta lesionado un funcionario público, de ordinario un miembro de la Policía de Tráfico, al que la Administración sigue abonando íntegramente su salario durante el período de tiempo que está de baja. ¿Podrá la Administración reclamar indemnización al responsable del accidente por las sumas que ha tenido que abonar al funcionario transitoriamente incapaz sin contraprestación de trabajo por parte del mismo? Como se trata de un grupo de casos muy estudiado por la doctrina europea, convendrá desbrozar previamente el campo, señalando que los Tribunales españoles no han sostenido nunca que la lesión de un derecho subjetivo absoluto sea requisito necesario de la tutela aquiliana. Entre nosotros el problema ha sido de existencia o no de daño de la Administración en tales casos; no, por utilizar la terminología de los juristas italianos, un problema de *ingiustizia del danno*.

Pues bien, la respuesta de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha sido la de rechazar las pretensiones indemnizatorias de la Administración. En su sentencia de *25 junio 1983*, cuya doctrina ha vuelto a ser reiterada por la sentencia de *29 septiembre 1986*, puede leerse:

«Como también sancionó la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias de 14 de febrero de 1980 y 14 de abril de 1981 en supuestos totalmente idénticos al que aquí nos ocupa, la existencia real de los perjuicios sufridos por el Estado que satisface a un funcionario lesionado, por culpa imputable a la actuación de un tercero, el importe íntegro de sus emolumentos, no se revela por el simple hecho de que dicho funcionario haya dejado de prestar servicios por causa de su lesión, sino por la acreditación de que el Estado quedó efectivamente perjudicado en la función por aquél desempeñada, con proyección económica por tal motivo, o sea que, para continuar prestándola, precisó realizar prestaciones complementarias que le significaren real perjuicio económico y concretamente el pretendido (...).

»(...) el Estado no ha acreditado que haya realizado desembolsos para suplir la actividad que desarrollaba el agente lesionado y menos su cuantía, quedando, por ende, indemostrada la realidad del daño (...), al ser evidente que el daño emergente en estos casos no lo determina, en cuanto a su realidad y cuantía, lo que constituye el montante de los emolumentos que el funcionario ha de percibir del Estado, sino el de los desembolsos que éste haya de realizar como imprescindibles para suplir la falta de actividad de dicho funcionario en el desarrollo de la función que le venía atribuida.»

Exactamente la contraria, es la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en cuya sentencia de *13 diciembre 1983*, de nuevo confirmada por la reciente sentencia de *22 marzo 1988*, puede leerse:

«(...) La Sala tiene declarado: que la indemnización comprende todos los gastos materiales que se hayan ocasionado, entre los cuales se encuentran los de la obligación de satisfacer servicios, no realizados por los funcionarios del Estado, durante el tiempo que estén incapacitados para pres-

tarlos, a consecuencia de los resultados lesivos ocasionados por el delito, en cuanto que se trata del cumplimiento de una prestación de carácter bilateral, sin contraprestación por parte del obligado a dar el servicio, debido a la comisión de la actividad delictiva, sin que por esta Sala se haya seguido el criterio que sostiene la sentencia recurrida de que, para la concesión de la indemnización al Estado, es preciso la demostración concreta y efectiva del perjuicio en la función, como se pone de relieve en sentencias de la misma de 28 de noviembre de 1974, 13 de mayo de 1975 y, últimamente, en la de 20 de septiembre de 1982, con lo que no se acepta la doctrina eminentemente civilista que la misma sentencia cita, pues el perjuicio surge desde el momento que se satisfacen los servicios sin ser prestados, ya que aunque la posible cobertura prevista por el Estado supla el daño, el sostenimiento de la misma es acreedor a la indemnización.»

Conviene precisar, que, con toda seguridad, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo rechazaría también en estos casos una pretensión indemnizatoria del propio funcionario lesionado por pérdida de salarios durante el período de incapacidad laboral transitoria. Lo haría, quizá, incluso aunque tuviera a bien aceptar el enfoque más favorable de la cuestión, dando por buena la muy discutible premisa de que lo que la Administración abonó al funcionario durante el tiempo de baja no fueron verdaderos salarios, sino prestaciones de carácter «asistencial». Porque, si bien es doctrina reiterada de dicha Sala, como más adelante señalaremos, la de la más perfecta compatibilidad de las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual con las pensiones y capitales que el perjudicado haya recibido de la Seguridad Social, en su sentencia de *31 mayo 1985* nos ha hecho notar que:

«(...) tal doctrina se contrae exclusivamente a manifestaciones afectantes a perjuicios genéricos, que no tienen un módulo cuantitativo prefijado, como son los daños morales, valoración derivada de pérdida de la vida o incapacidad (...), pero no tiene adecuada aplicación al supuesto, ahora producido, de perjuicios específicos, como es la falta de percepción de salario, pues que el mismo queda reparado por el hecho de percepción, cualquiera que sea su origen, de la cantidad correspondiente por ese específico perjuicio, toda vez que (...) no puede entenderse perjudicado el que ha percibido lo que le correspondía percibir en la actividad laboral durante el período de tiempo que no ha podido desempeñarla, y el hacerlo significaría un enriquecimiento injusto por parte del perceptor, que vería indebidamente incrementado su patrimonio por duplicidad en su causa perceptor.»

Así las cosas, y mientras no se acepte la idea de que, con carácter general, no deben ser resarcidos los daños causados a la Administración por los particulares, por ser ésta una excelente vía de «pulverización» o «socialización» de la carga dañosa, creo que la jurisprudencia de la Sala de lo Penal es, sin duda, la acertada. No porque carezca de sentido no castigar al responsable del accidente —castigar no es la función de las normas de responsabilidad civil—, sino por los argumentos siguientes. En los casos que nos ocupan, la Administración, por culpa del responsable, ha sido privada de los servicios del funcio-

nario; dichos servicios son, sin duda alguna, bienes patrimoniales: se compran y venden por dinero en el mercado de trabajo; y la privación de un bien patrimonial es, como regla, un daño patrimonial. Exigir además —como hace la Sala de lo Civil— que la Administración haya realizado gastos de sustitución o que haya sufrido por tal motivo algún otro perjuicio económico, es tanto como decir que si *A* destruye la lata de caviar que *B* había adquirido para degustarla el día de su cumpleaños, *A* no habrá causado daño patrimonial a *B*, sino a lo más un discutible daño moral, si, por cualquier razón (por ejemplo, no tenía más dinero), *B* no compra otra lata. Lo que, claro está, no es de recibo. Naturalmente, *A* no tendría que indemnizar a *B*, si éste hubiere decidido antes tirar la lata de caviar a la basura; pero eso es algo que *A* deberá probar. Por la misma razón —carencia de interés subjetivo-histórico en el bien patrimonial de que se trata— el causante de la lesión no tendría que indemnizar a la Administración si la plantilla de funcionarios de tráfico fuera tan excesiva, que aquélla estuviera en verdad *regalando* el sueldo a algunos de éstos. Pero, igualmente, eso es algo que el responsable debe probar y que nadie, y menos el Tribunal Supremo, puede presumir. En fin, aludir —como lo hizo la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 10 abril 1978— a que «las plantillas de funcionarios no son tan rígidas que no puedan cubrir el servicio general con sus componentes, tal vez con sacrificio y perjuicio de los restantes, pero no del Estado, mientras no acredite un mayor desembolso por la lesión de uno de sus funcionarios», es totalmente improcedente. Por un lado, porque si la Administración mantiene una plantilla flexible de policías de tráfico es, en parte, porque le obliga a hacerlo el riesgo de que accidentes de los terceros son responsables incapaciten transitoriamente a algunos de aquellos funcionarios. Y, por otro lado, porque si los compañeros del lesionado son tan amables como para trabajar más para cubrir su baja sin cobrar horas extraordinarias, sería absurdo que ello sirviera para exonerar al dañante: nadie sostiene, por ejemplo, que si *A* rompe un cristal de *B*, éste no sufre daño y *A* no tiene que indemnizarle, si *C*, cristalero amigo de *B* le regala y coloca otro cristal idéntico. Conviene, sin embargo, retomar el hilo de la exposición.

2. He dicho antes que los Tribunales penales son competentes para conocer de la pretensión indemnizatoria, si la conducta dañosa es a la vez constitutiva de delito o falta, a no ser que el perjudicado se haya reservado aquella pretensión para ejercitarla ante los Tribunales civiles o, en su caso, contencioso-administrativos. Ello es así por una sorprendente peculiaridad del Derecho español, resabio de la influencia en nuestros codificadores penales del XIX de las ideas de la *Scuola Positiva*: si no tiene lugar aquella reserva por parte del perjudicado, *el Ministerio Fiscal ha de ejercitar de oficio las pretensiones indemnizatorias de los daños producidos por el delito o falta*.

No es éste el momento de discutir sobre lo conveniente o no de tal peculiaridad, descabellada en términos de lógica jurídica, pero sin duda beneficiosa para las víctimas del delito. Pero sí de hacer referencia a uno de su más perniciosos efectos indirectos.

Hasta la década de los setenta de modo continuo, y todavía esporádicamente hasta nuestros días, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha endosado la práctica de las Audiencias Provinciales de conceder, en los casos de muerte, una indemnización global a los *herederos*, en general, de la víctima. En vez de conceder indemnizaciones separadas a cada una de las personas, herederos o no, personalmente perjudicadas por el fallecimiento; línea jurisprudencial ésta, dominante en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y generalmente aceptada por los Tribunales de este orden.

Se suscitó entre nuestros mejores juristas la consabida polémica: que si un muerto no puede adquirir ni, por ende, transmitir *mortis causa* derecho alguno; que si el daño consistente en la pérdida del bien «vida» se produce antes, siquiera un «segundo jurídico», de la extinción de la personalidad jurídica; que si la pérdida del bien «vida» no es en realidad un daño en el sentido de las normas de responsabilidad extracontractual; que si carecería de lógica que tales normas no protegieran la vida de aquellos de quienes nadie depende económica o afectivamente y sí, en cambio, su integridad física, primando así al dañante que «pegara más fuerte»; que si sería absurdo que, por la muerte de un sujeto sin familiares herederos, pudiera reclamar indemnización el Estado como último heredero abintestato, o que, por repartirse la indemnización global según las cuotas hereditarias, el cónyuge del fallecido sin testamento recibiese una parte mucho menor que la de los hijos ya independizados de ambos, o que la de los padres del difunto, con los que a lo peor no tenía éste relación alguna, etc.

Nadie ha parecido reparar, sin embargo, en la que yo creo verdadera causa de aquella postura de los Tribunales penales. Aceptar la tesis de la legitimación *iure hereditatis* en los casos de indemnización por causa de muerte supone para los Fiscales y Audiencias un trabajo muchísimo menor que el que conlleva la aceptación de la tesis de la legitimación *iure proprio*: no hay que investigar quiénes son, y en qué medida cada uno, los verdaderos perjudicados por la muerte de la víctima.

Afortunadamente, en esta materia la jurisprudencia dominante de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se reconcilió hace ya tiempo con la de la Sala de lo Civil. En la reciente sentencia de aquélla de 15 abril 1988 puede leerse:

«Este Tribunal, en sentencias de 12 de noviembre de 1957; 2 de julio de 1966; 6 de marzo de 1967; 5, 9 y 16 de junio de 1972; 1 de febrero de 1974, y 12 de noviembre de 1981, entre otras muchas, en perfecta armo-

nía con lo enseñado por la doctrina científica, ha venido declarando que es aplicable, a estos casos, el artículo 104 del Código Penal —“familia”— y no el 105 del mismo —“herederos”—, porque al fallecer una persona como consecuencia o resultado de un delito, surge la obligación de indemnizar, pero no por virtud del fenómeno sucesorio, puesto que el difunto nada llegó, en vida, a adquirir que, integrado en su patrimonio, fuera luego objeto de transmisión *mortis causa*, sino, sencillamente, porque dándose los factores antes enumerados, gastos funerarios, desamparo económico, daño moral, en todo o en parte, en los próximos parientes, a ellos, como consecuencia del fallecimiento de la víctima de la infracción penal, corresponde *ex novo* y por derecho propio, y no por virtud de sucesión, el derecho de indemnización. Dicho de otra forma, que el extinto no puede adquirir la titularidad de la acción dirigida a exigir la responsabilidad civil y, al no poderla adquirir, no puede transmitirla a sus herederos; para que la acción de restitución, reparación e indemnización se pudiera transmitir a los herederos, según el artículo 105 del Código Penal —segundo párrafo— sería indispensable que el causante hubiera, previamente a su fallecimiento, adquirido la titularidad de la mentada acción, lo que resulta absolutamente imposible, porque la misma ha nacido precisamente en virtud de su muerte.

»Esta doctrina, jurisprudencial y científica, es, además, la más práctica y la que no conduce a soluciones absurdas, tales como la de que, con el juego de la sucesión testamentaria, pueda ser beneficiario, como heredero, un pariente muy lejano o un extraño, o, con la sucesión *ab intestato*, sea el Estado el agraciado. Y ello sin contar con los problemas que, con tan confusa delación, se crean respecto al número de los llamados y a la distribución entre ellos, igualitaria o desigual según los casos, de la cantidad fijada, atendiendo a la coexistencia, v. gr., de la sucesión legitimaria con la testamentaria o la intestada, a la naturaleza de las legítimas —usufructo o propiedad— a la concurrencia de diversos legitimarios de distinto plano, y a otros factores civiles de índole sucesoria que dificultan, cuando no imposibilitan, la ejecución de la sentencia penal y que siempre la dilatan y gravan con la habitual exigencia, por Tribunales celosos, de la declaración de herederos, testamento, partición, pago del impuesto sucesorio y otros requisitos que terminan por cercenar notablemente una indemnización que, con el transcurso temporal del proceso y la endémica pérdida de valor adquisitivo de la moneda, ya era, de sí, parva e insuficiente. Por ello, los Tribunales de Instancia, desechando toda inclinación a la comodidad, deben declarar en sus sentencias, *nominatim* y en cuanto sea posible, las personas a las que debe pagarse o satisfacerse la indemnización, así como la cuantía de la misma y la suma, cantidad o cuota que corresponde a cada uno de los beneficiarios.

»En este caso, la Audiencia de origen, desconociendo o no acatando esta constante doctrina jurisprudencial, con singular apatía y siguiendo la ley del mínimo esfuerzo y no deseando asumir la “ingrata e ímproba tarea” de indagar quiénes eran los parientes más próximos a la interfecta, fijó, prudencial y certeramente, la condigna indemnización, pero disponiendo el pago de la misma en favor de los herederos de la mentada difunta, pese a que muy poco esfuerzo le hubiera costado concretar la identidad de los mismos y la cuota que corresponde a cada uno de ellos (...).»

Tiene interés comparar esta doctrina con la que la misma Sala de lo Penal sentaba, todavía, en la sentencia de 24 febrero 1968:

«La cuestión relativa a si, en cualquier caso, quien dolosa o culposamente causa la privación de la vida de una persona viene obligado a indemnizar, y sus aspectos previos referentes a si aquella privación supone un daño respecto de la misma persona, si el daño es evaluable y, finalmente, de aceptarse las soluciones afirmativas, quien o quienes tienen derecho al percibo de la indemnización, son temas tratados y resueltos por la doctrina en forma a veces discrepante, pero acerca de los cuales puede afirmarse que el criterio reiteradamente expuesto por esta Sala no es otro que el de responder con carácter de generalidad en sentido afirmativo las cuestiones enunciadas, y en cuanto a la última de ellas, concretamente en orden al sujeto receptor de estas indemnizaciones, problema planteado en el segundo de los motivos del recurso, es doctrina constante que corresponden a los herederos de la víctima, a quienes se transmite la acción de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 105 del Código Penal —sentencias de 30 de noviembre de 1930, 4 de marzo de 1944, 27 de noviembre de 1954 y 23 de junio de 1956— por su simple condición de tales y sin necesidad de otra prueba alguna (...).»

Es verdad que esta sentencia se diferencia de las otras en ella citadas en que continúa diciendo: «Aunque sin perjuicio de que esos mismos u otras personas puedan ser titulares de una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la muerte de la víctima y al margen de la concurrente o no calidad de herederos, pero sometido entonces a la necesaria prueba.» Pero la tesis de la posible coexistencia de las pretensiones *iure hereditatis* (por la pérdida del bien «vida») y las pretensiones *iure proprio*, que ha sido defendida por un autorizado sector de la doctrina española, no fue nunca adoptada en la práctica por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se ha movido desde la tesis de las pretensiones *iure hereditatis* exclusivamente —no defendida en España por ningún jurista relevante— a la de las pretensiones *iure proprio* exclusivamente: tesis defendida entre nosotros por otro importante sector doctrinal, que, por supuesto, no excluye, en los casos de muerte no instantánea, la existencia de pretensiones *iure hereditatis* de indemnización de los daños sufridos por la víctima (excluida la pérdida del bien «vida») entre el momento de la lesión que se probó mortal y el de la muerte.

Pero mayor interés aún tiene el comprobar que, pese a la reiteración por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, durante los últimos 20 años, de la doctrina contenida en la transcrita sentencia de 1988, en ocasiones con análogas reprimendas a las Audiencias de turno, algunos Fiscales y Audiencias Provinciales continúan —comprensiblemente, mientras se continúen teniendo que ejercitar de oficio las pretensiones resarcitorias— con la vieja práctica de conceder como indemnización, en los casos de muerte, una suma global a los herederos en general de la víctima. Una práctica —procede añadir ahora— que en bastantes ocasiones el Tribunal Supremo se ha considerado en la necesidad de condonar, ante la indeseable alternativa de tener que estimar el recurso interpuesto por el responsable civil y absolverle, con eficacia de cosa juzgada, por falta de datos y pruebas precisas sobre quién o quiénes resultaron efectivamente perjudicados por la muerte de la víctima y en qué medida (por ejemplo, sentencias de 16 enero y 2 octubre 1975, 23 enero y 12 mayo 1980).

Aunque otras veces ha optado por seguir la línea iniciada por la sentencia de 22 octubre 1975, de acoger en parte el recurso:

«(...) pues realmente la sentencia de instancia debió discriminar si el interesado interfecto dejó o no parientes, grado de dicho parentesco y, por ende, el perjuicio de todo orden sufrido por ellos, sin que, no obstante, deba acogerse totalmente el recurso y denegar la indemnización decretada por el Tribunal *a quo*, con el riesgo evidente de dejar en desamparo a las víctimas del delito en cuyo nombre ejerció el Ministerio Fiscal la acción reparatoria; tanto más que el vacío fáctico de la sentencia —que pudo y debió ser colmado por el recurrente utilizando otra vía casacional— puede ser suplido en trámite de ejecución de sentencia, una vez que se acoge el recurso de casación en el limitado sentido expuesto, de que los “herederos” del extinto deben acreditar en dicho trámite su relación parental con aquél y a la vista de su respectiva vinculación se determine la cuota de indemnización atribuible a cada uno.»

Aunque sería lícito preguntarse, claro está, cómo sabe el Tribunal Supremo que la suma indemnizatoria global fijada por la Audiencia es realmente la adecuada. ¿O habrá que entenderla sólo como cuantía máxima a repartir entre los personalmente perjudicados? Así se afirmó en la sentencia de 7 junio 1983, en un caso (tragedia del cámping de «Los Alfaques») en que la Audiencia había condenado a los procesados a satisfacer solidariamente: «A los perjudicados que acrediten tal condición por la muerte de Jackye A., 2.000.000 de pesetas», y «a las personas que acrediten su calidad de perjudicados por los fallecimientos de las dos personas sin identificar, 3.000.0000 de pesetas por cada una de las muertes». Naturalmente, la fijación de tales sumas por la Audiencia, absolutamente arbitrarias, carece del más mínimo sentido; pero lo mismo que carece del más mínimo sentido obligar al Ministerio Fiscal a ejercitar de oficio las pretensiones indemnizatorias por la muerte de una persona sin identificar, o de una persona identificada, pero cuyas circunstancias personales y familiares sea extraordinariamente difícil determinar.

Se impone, pues, probablemente, una reforma legislativa al respecto. Tanto más cuanto no cabe excluir la aparición de sentencias en que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo parece de pronto haber viajado en el tunel del tiempo. Se lee, por ejemplo, en su reciente sentencia de 21 diciembre 1987:

«Se alza el cuarto motivo del recurso de la acusación particular contra el fallo recurrido que cifra en dos millones de pesetas la indemnización, citando el artículo 15 de la Constitución Española y el artículo 105 del Código Penal para pretender una mayor suma reparatoria, alegando no haberse tenido en cuenta el daño causado a la propia víctima —el acortamiento de su vida, el dolor psicofísico de la muerte—, que forma parte de su activo hereditario y es transmisible a los herederos; no advierte el recurrente que al ser concedida la indemnización a “los herederos” ha de presumirse que dicho concepto indemnizatorio fue el que tuvo en cuan-

ta la Sala de Instancia; ciertamente, el fundamento cuarto de la sentencia alude al perjuicio o detrimento causado a la familia por el hecho del fallecimiento violento del ofendido, pero estos perjuicios materiales y morales corresponden *iure proprio* y no *iure hereditario*, los cuales hubieran necesitado de una fundamentación fáctica que falta en la sentencia (circunstancias personales y familiares de la víctima, y las relaciones de parentesco, convivencia y asistencia con los familiares o terceros), a fin de tomar conciencia del perjuicio material y moral o aflictivo derivado del óbito.»

Interesante sería conocer qué respondería el Magistrado-Ponente de esta sentencia, si el recurrente le preguntase: ¿Podremos, entonces, ejercitar ahora en vía civil las pretensiones indemnizatorias *iure proprio*, aportando la necesaria fundamentación fáctica? Pero hay que retomar de nuevo el hilo de la exposición.

3. Al igual que ocurre, por ejemplo, en el Derecho francés, y a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en los Derechos alemán o italiano, no existe en el Derecho español ningún obstáculo normativo a la más amplia admisión de la resarcibilidad de los daños no patrimoniales o morales. Que es la línea en la que, hace ya muchos años, se situaron las Salas de lo Civil, lo Penal y, más tarde, lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; llegando a extremos, en ocasiones, que muchos no dudáramos en considerar excesivos, si fuera por lo reducido de las cuantías indemnizatorias. En la sentencia de la Sala de lo Civil de 25 junio 1984, por ejemplo, para rechazar uno de los motivos del recurso, en el que el condenado impugnaba la concesión a dos de los demandantes de 80.000 cada uno, en concepto de indemnización del daño moral derivado de la destrucción de la vivienda en que moraban, se nos dice:

«Las argumentaciones ofrecidas en este motivo a la apreciación del Tribunal no pueden triunfar, al no ser aceptable la construcción que del daño moral y de su indemnización hace el recurrente, dado que: I) Aunque dicha figura no se encuentre específicamente nominada en el Código Civil, tiene su adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo “reparar el daño causado” que emplea en su artículo 1.902, como tiene declarado esta Sala a partir de la sentencia de 6 de diciembre de 1912; II) La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala; III) Así, actualmente, predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.); IV) De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducida en el resarcimiento económico o dinerario del *lucro cessans* y/o del *damnum emergens*, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la reparación del daño

o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado —sentencia de 31 de mayo de 1983 y las en la misma citadas.

»La proyección de la doctrina anteriormente indicada sobre las realidades de la vida práctica, tiene su reflejo en la declaración de indemnizables a título de *pecunia doloris* provocado por los sufrimientos experimentados por la muerte de un familiar —sentencias de 20 de diciembre de 1930, 8 de abril de 1936, 17 de febrero de 1956, 7 de diciembre de 1968, 25 de noviembre de 1969, etc.—, e incluso por la convivencia y dependencia económica de aquél a quien se reputaba marido, muerto en accidente de automóvil —sentencia de 25 de noviembre de 1969—; o del sufrimiento experimentado por defectos funcionales y pérdida de órganos, de carácter residual, derivados de un accidente —sentencias de 29 de mayo de 1952, 10 de marzo de 1967, 24 de noviembre de 1970, etc.—; así como también, del que pudiera haberse provocado por la dispersión de los restos mortales de los antepasados del actor, bien que ello no se estimase al no estar probado el hecho alegado —sentencia de 7 de diciembre de 1979—; e incluso, de los originados por los perjuicios que a los actores se produjeron al perder los locales y viviendas que ocupaban en el local parcialmente derribado —sentencia de 23 de octubre de 1978.»

Con una tan amplia admisión de la resarcibilidad de los daños no patrimoniales, claro resulta el por qué nuestra doctrina y jurisprudencia no han sentido la necesidad de construir, fuera de la órbita del estricto daño moral, una categoría como la del «daño biológico» o «daño a la salud» de la doctrina y jurisprudencia italianas: forzadas por un ordenamiento que sólo en los casos de delito admite la resarcibilidad del daño moral.

Un par de ejemplos jurisprudenciales demostrarán adecuadamente lo que queremos decir. En el caso finalmente decidido por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 7 mayo 1987, quedó como secuela a la víctima la pérdida de la rótula derecha, con inmovilidad de la rodilla. Además de los 6.000.000 de pesetas de indemnización de daños patrimoniales, consecuencia de haber quedado incapacitado para su trabajo habitual, se le conceden otros 3.000.000 de pesetas como indemnización del daño moral:

«(...) porque de los hechos se desprende, con carácter natural e inherente —afirma la sentencia de 4 de julio de 1985— el daño moral, resultando evidente que la pérdida funcional de una pierna no sólo ha reportado a la víctima una disminución importante de su potencialidad para el trabajo y, consiguientemente, de su rendimiento económico —prudencialmente compensada en el apartado anterior—, sino que le ha privado durante el resto de su vida de la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y, sin llegar a la depresión, una situación de parcial devalimiento con el dolor moral inherente que acompañará al sujeto durante su existencia.»

En el caso finalmente decidido por la sentencia de la Sala Cuarta de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 24 noviembre 1987, resultó con serias quemaduras una mujer joven, participante en un festejo con fuegos de artificio, organizado por el Ayuntamiento de Barcelona. En el quinto considerando de la sentencia apelada, aceptado por el Tribunal Supremo, se lee:

«Procede, por último, concretar la cuantía de la indemnización a cuyo pago ha de ser condenado el Ayuntamiento de Barcelona; según el dictamen del Médico Forense que en su día reconoció a la actora en el marco del proceso penal, las lesiones por ella padecidas tardaron en curar unos cuatrocientos noventa y seis días, por lo que la compensación del *pretium doloris* reclamada, que supone el pago de 2.000 pesetas diarias por todo el período dicho, ha de ser aceptada como ajustada a los baremos habituales utilizados por la Audiencia y los Juzgados de este territorio; en cuanto a las secuelas que sufre la perjudicada, éstas consisten, según el informe del Perito médico nombrado al efecto en fase probatoria, en cicatrices en la región lateral derecha del cuello, cara anterior del tórax, incluidas las mamas, brazo derecho hasta el codo, región lateral derecha torácica y fosa ilíaca derecha, todas ellas consiguientes a quemaduras de segundo grado profundas y superficiales que afectaron al veinticinco por ciento de la superficie corporal, así como en cicatrices secundarias a injertos en cara anterior y lateral externa de ambos muslos en su totalidad y en cresta ilíaca derecha hasta la región inguinal, constitutivas en su conjunto de un grave defecto estético, más aun si se tiene en cuenta que en la fecha de autos la demandante era una mujer joven, de veintitres años de edad, y de estado soltera, lo que agrava las consecuencias que especialmente en el plano psíquico ocasionan las secuelas ya enumeradas; es por ello que la suma reclamada por la recurrente como indemnización por tal concepto, 5.000.000 millones de pesetas, ha de ser tenida como adecuada y procede también en este punto acoger la pretensión de la actora.»

Un jurista de lengua francesa reconocería enseguida en estas dos sentencias sus tres grandes partidas del daño moral resarcible: *préjudice d'agrément*, *souffrances* y *préjudice esthétique*.

4. La referencia a «los baremos habituales utilizados por la Audiencia y los Juzgados de este territorio» en la última de las sentencias citadas, nos conduce a un último grupo de informaciones previas.

No se ha publicado en España hasta la fecha baremo alguno de valoración de los daños personales, que pueda orientar en esta tarea a los operadores jurídicos. Al parecer, existe un «baremo de indemnizaciones a víctimas de siniestros de automóviles», confeccionado por una Asociación de empresas de seguros; pero la reproducción de los datos del mismo está reservada, requiriendo su utilización la autorización de la entidad que lo ha elaborado. Probablemente, las compañías aseguradoras temen que la publicación de baremos basados en la práctica judicial, provoque un incremento de las indemnizaciones a pagar, al contagiarse los Tribunales más pacatos o moderados al respecto, de la práctica de los más generosos con las víctimas.

Los baremos a que se refiere la sentencia mencionada son, probablemente, los criterios orientativos que se contienen en las Instrucciones que las Fiscalías de las Audiencias Provinciales envían a los Fiscales de la provincia, en relación a las cantidades que éstos deben solicitar como indemnizaciones, cuando ejercitan de oficio las pretensiones resarcitorias. Por ejemplo, según informa Alarcón en su comunicación al simposio sobre valoración del daño corporal celebrado en Granada en febrero de 1988, la Fiscalía de la Audiencia Provincia de Tarragona fijó, en febrero de 1987, los criterios siguientes: por día de baja, 5.000 pesetas; por fallecimiento de persona mayor de 15 años, 5.000.000, más otros 5.000.000 por cada hijo, con independencia de su edad; por fallecimiento de persona menor de 15 años, 2.000.000; por secuelas graves, 1.000.000; por secuelas menos graves, 200.000 pesetas; por inutilidad de 75 por ciento de miembro no principal, 1.250.000 pesetas; por inutilidad del 75 por ciento de miembro principal, 3.750.000; por inutilidad para el trabajo habitual, 7.500.000 pesetas; 15.000.000 por incapacidad absoluta para todo trabajo, y 25.000.000 de pesetas por gran invalidez.

Justificables por la preocupación de lograr un tratamiento mínimamente igual para los iguales, evitando discrepancias significativas en las cuantías indemnizatorias que, en cuanto sólo debidas a la peculiar idiosincrasia del Juez de turno, resultarían escandalosas en ámbitos territoriales reducidos, unos baremos tan poco detallados y precisos tienen el serio inconveniente de que incitan a los Fiscales y Tribunales a seguirlos sin más, ahorrándose el trabajo de investigar si, en el caso concreto de que se trata, concurren o no circunstancias especiales que aconsejan separarse de los criterios propuestos; con lo que se acaba tratando igual a los desiguales. Por dejar aparte críticas más concretas como la de que la edad del hijo de la víctima fallecida es, típicamente, un dato diferenciador decisivo, en cuanto índice de la dependencia o independencia económica del hijo respecto del progenitor muerto. El baremo, eso sí, para bien o para mal, no es «machista» en absoluto y su empleo permite ahorrarse a nuestros Tribunales la difícil polémica que se ha planteado en otros países sobre la indemnización que proceda en los casos de lesiones sufridas por mujer exclusivamente dedicada a las tareas domésticas. La doctrina, sin embargo, debería comenzar a preguntarse qué es lo que en tales hipótesis se indemniza a tanto el día de «baja»; pues parece que no es sólo el daño moral, ya que no se prevé un tanto por día mayor para el caso de que el lesionado estuviera vendiendo en el mercado su fuerza de trabajo.

II

1. Si se trata ahora de analizar concretamente la indemnización por causa de lesiones en el Derecho español, difícilmente puede alcan-

zarse mayor precisión que la que supone transcribir los siguientes párrafos de las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 febrero 1981 y 7 octubre 1985. Se lee en la primera de ellas:

«En las hipótesis de lesiones corporales, la cifra indemnizatoria se obtiene, de ordinario, conjugando diversos factores y conceptos que, generalmente, son los siguientes: duración de las lesiones hasta el alta de sanidad; gastos hospitalarios, médico-farmacéuticos y otros similares; pérdida de haberes, salarios, sueldos, emolumentos o ganancias, consecutiva a la imposibilidad en que se ha encontrado el lesionado de trabajar o de dedicarse a sus ocupaciones habituales durante el lapso de tiempo que media desde el día de autos al de su total curación; secuelas residuales, esto es, deformidades, pérdida de miembros o de órganos, o incapacidad para su trabajo habitual o para cualquier clase de tarea o de ocupación, total o parcial, general o especial, permanente o transitoria, y, finalmente, *pecunia doloris* o daño moral, al que se refiere el artículo 104 del Código Penal y que significa el padecimiento o sufrimiento, los sinsabores y contrariedades sufridos durante el período curativo, así como la repercusión psíquica que las secuelas resultantes hayan podido tener sobre el ánimo del ofendido, el que se siente desdichado ante su minusvalidez o disminución de su capacidad física y laboral con incidencia en sus relaciones familiares y sociales.

»Ante estos diversos factores determinantes de la indemnización procedente, los Tribunales de Instancia suelen operar de diverso modo: unos, en menor número, pero más meticulosos, fijando detalladamente tantos sumandos como sean los conceptos que, en cada caso, se han de tomar en consideración, adicionándolos después, expresa o tácitamente, hasta obtener la cifra total indemnizatoria, y otros, los más, limitándose a señalar una sola cantidad o tanto alzado, dentro de la cual se albergan, de modo un tanto incógnito, los distintos factores concurrentes, pero reservándose *in mente* el Tribunal, tanto la índole y relevancia de dichos factores, como la suma parcial que destina a la reparación o indemnización de cada uno de ellos.

»En el caso de autos, el Ministerio Fiscal solicitó, sin pormenores ni sumas parciales, la cantidad de 500.000 pesetas en concepto de indemnización, mientras que la acusación particular, con la misma generalidad e inconcreción, elevó la cifra indemnizatoria a 3.000.000 de pesetas; y la Audiencia *a quo*, dando adecuada respuesta a lo solicitado y sintiéndose, con razón, árbitro soberano del *quantum* de la indemnización, si bien, en la narración histórica de su sentencia, estableció de modo detallado el soporte fáctico de dicha indemnización, consignando la duración de las lesiones —doscientos cincuenta y siete días—, la índole de las mismas —cortes en los dedos de la mano derecha—, las secuelas resultantes —cicatrices retráctiles en la zona palmaria y en los dedos índice, medio, anular y meñique de dicha mano, así como transtornos vasomotores y afectación de movilidad de las interfalángicas de los referidos dedos, lo cual constituye, por la rigidez de la mano, una incapacidad si no total, grave para el trabajo y para desenvolverse en las actividades usuales de la vida—, y la edad, estado civil y profesión del ofendido —cincuenta años, casado y capataz de una empresa—, en el cuarto Considerando y en el fallo de la misma, se limitó a señalar, como indemnización, la cifra total de 700.000 pesetas, sin referirse ni detallar los diferentes conceptos que tuvo en consideración a la hora de fijar tal suma.

»Siendo así y habiendo globalizado y aglutinado el Tribunal *a quo* la indemnización que, a su juicio, corresponde y era adecuada y justa para enjugar los daños y perjuicios habidos, nada permite suponer que, dentro de dicha suma, no se tuviera en cuenta los perjuicios morales, cuyo desglose e indemnización separada, que ahora pretende el recurrente, sean de obligado acogimiento, toda vez que dicha parte, en su calificación definitiva, se limitó a solicitar una cantidad alzada que resumía su pretensión indemnizatoria, sin que, por tanto, la Audiencia de origen, fiel al principio *nemo iudex ultra petita partium*, al no singularizar la cifra correspondiente, en su caso, a los perjuicios morales, incidiera en incongruencia omisiva ni en el error *in iudicando* denunciado.»

Y en la sentencia 7 octubre 1985, se lee:

«Es doctrina sentada, de modo constante e invariable, por esta Sala, aquella según la cual el *quantum* de la indemnización es cuestión exclusivamente confiada al discrecional criterio de las Audiencias, siendo, por consiguiente, inaccesible a la casación, donde no es posible intentar y menos conseguir la revisión de la citada cuantificación, mientras que los conceptos determinantes de la referida indemnización, o las bases fijadas por el Tribunal inferior a dicho efecto, pueden motivar una legítima pretensión casacional y ser objeto de revisión en la citada vía, particularmente cuando los conceptos operantes o las bases tenidas en cuenta para la consecutiva fijación exacta de daños y perjuicios, no corresponden con los datos insertos en el *factum* de la sentencia recurrida o no se consignan y reseñan en el mismo.

»Tratándose de delito o delitos de lesiones, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios a que se refieren los artículos 101 y siguientes del Código Penal, suele abarcar los siguientes conceptos: gastos médico-farmacéuticos hasta la total curación; ingreso y permanencia en centros hospitalarios; intervenciones quirúrgicas; ambulancias u otros gastos de transporte devengados como consecuencia de la necesidad de traslado con el fin de recibir asistencia médica permanente o de carácter ambulatorio; secuelas resultantes; pérdida de miembros principales o secundarios; prótesis; deformaciones; incapacidad para el trabajo habitual durante el periodo de curación; invalidez, permanente o transitoria, residual, total o parcial, y, finalmente, *pecunia doloris*, o daños o perjuicios morales, de los cuales se ha ocupado este Tribunal, v. g., en las sentencias de 20 de febrero de 1981 y 4 de julio de 1985, y que, en casos como el de autos, consisten en la pesadumbre, en la aflicción y en los padecimientos o sufrimientos experimentados por la víctima desde que se la lesiona hasta su sanidad. Pudiéndose agregar que, para la fijación exacta de los referidos daños y perjuicios, puede ser práctica recomendable la de descomponer la indemnización en tantas partidas como sean los conceptos reparables o indemnizables, señalando una cantidad para cada una de ellas, de tal modo que, sólo sumándolas o adicionándolas, se obtenga la suma total; pero esto no obstante, nada impide que las Audiencias aglutinen dos o más conceptos mencionándolos expresamente, señalando prudencialmente una cantidad alzada y única que comprenda la reparación o indemnización correspondiente a cada uno de los conceptos operantes en el referido orden de la responsabilidad *ex delicto*.

»En el caso controvertido, el Tribunal de Instancia, en el cuarto Considerando de su sentencia, ya anunció que refundiría, a efectos de la fijación

numérica de la indemnización, lo correspondiente a los días que estuvieron los ofendidos imposibilitados para su trabajo habitual, con los daños morales, señalando al efecto en la parte dispositiva o *decretum*, para cada uno de los perjudicados, una cantidad comprensiva de ambos conceptos indemnizatorios, práctica que, como se ha dicho, no la prohíbe la ley ni tiene nada de recusable, no constituyendo corruptela o *usus fori* vicioso o rechazable. Por lo demás, las bases tenidas en cuenta para la determinación cuantitativa, o constan nitidamente en el *factum*, como el período transcurrido desde el día de autos hasta la total curación de los lesionados, o se transparenta, fluye y aflora del mentado relato histórico, donde se describen minuciosamente la índole de las lesiones sufridas por los ofendidos y se comprenden y entienden los padecimientos y sinsabores que hubieron de pasar hasta que se les dio de alta.»

Salvo alguna rara excepción sin relación alguna con nuestro tema (*cfr.* sentencia de 11 abril 1987), la distinción entre «bases», controlables en casación, y *quantum*, competencia exclusiva del Tribunal de Instancia, no aparece en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que ha reiterado en más de un centenar de sentencias que «la apreciación del daño, de su existencia y alcance, es cuestión de hecho reservada al libre arbitrio del Tribunal de Instancia, cuya decisión al respecto sólo puede impugnarse en casación cuando concurre error material o jurídico en la valoración de la prueba»: véase la sentencia de 27 mayo 1987, por citar sólo un ejemplo relevante y relativo a indemnización por causa de lesiones.

Es éste un punto en el que, a mi juicio, resulta obligado que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo siga las pautas de la Sala de lo Penal. La posibilidad de revisar en casación las bases del cálculo de la cuantía indemnizatoria no servirá nunca, obvio es, para producir una jurisprudencia plenamente unificadora de los criterios de valoración del daño a la persona. Pero es, con seguridad, lo más a que puede llegarse en esa dirección y, sin duda, una vía de gran potencial unificador, al permitir al Tribunal Supremo incrementar prudente, pero progresivamente, su rigor en la exigencia a los Tribunales de Instancia de una expresión cada vez más detallada y precisa de las bases de cálculo de las indemnizaciones.

No debe ocultarse, sin embargo, que la práctica de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo durante los más de veinte años que viene manteniendo aquella doctrina, no es demasiado halagüeña, por cuanto todo menos rigurosa con las Audiencias Provinciales. Completamente excepcional es una sentencia como la de 27 octubre 1978:

«Partiendo del principio, consagrado por este Tribunal, según el cual el *quantum* de la indemnización es materia encomendada exclusivamente al prudente arbitrio o a la libérrima discrecionalidad de los Tribunales de Instancia, no cabe duda de que, en casos de notoria simplicidad fáctica, podrán dichos organismos jurisdiccionales —aunque ello no sea siempre aconsejable— señalar una cantidad alzada que, globalmente, responda al imperativo general de resarcimiento (...) sin necesidad, por tanto, de entrar

en distinguos o pormenorizaciones siempre implícitos y fácilmente perceptibles en las narraciones históricas de sus sentencias, por sobrias y escuetas que sean aquéllas; pero cuando, como en el caso presente, se trata de un suceso de compleja resultancia, con diversos factores que es preciso conjugar para el hallazgo de una cifra que satisfactoriamente enjuge el daño causado y afronte la indemnización de los perjuicios ocasionados, no es lícito ni permisible que el Tribunal de Instancia se encierre en insólito hermetismo ni que se reserve *in pectore* las bases y los datos objetivos que ha tenido en cuenta para fijar, prudencialmente, el monto económico del resarcimiento, sino que, antes bien, es indispensable que, desde el punto de vista fáctico, en la preceptiva declaración de hechos probados y de modo claro, expreso y terminante, cite todos aquellos pormenores que han de constituir las bases o exponentes que, adicionados o combinados entre sí, han de contribuir armónicamente al cálculo y fijación de la suma concreta que se ha de satisfacer al ofendido, dando con ello respuesta adecuada a la problemática relacionada con la responsabilidad civil dimanante de delito, lo que, por lo demás, requiere la naturaleza de la casación española, donde no se puede revisar, como ya se ha dicho, el *quantum* del resarcimiento, pero donde quedan sometidos a la censura casacional los factores y bases objetivos tenidos en cuenta por el Tribunal *a quo* para llegar a la determinación concreta y específica de las sumas que los obligados a resarcir han de abonar, en tal concepto, a la víctima o víctimas.

»En el caso de autos, doña Francisca H., a consecuencia del atropello del que fue sujeto pasivo, sufrió lesiones —fractura abierta de tibia y peroné de ambas piernas y contusión en la cadera derecha— de las que curó a los mil noventa y cinco días, durante los cuales necesitó asistencia facultativa y no pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales, restándole, como secuelas, pie equino paralítico, osteitis crónica, acortamiento en dos centímetros de la pierna izquierda y cicatriz que ocupa toda la cara interna “de la parte izquierda”, y ante lesiones de tal magnitud y dilatada curación, la Audiencia recurrida fija como indemnización por todos los conceptos la suma de 500.000 pesetas, sin distinguir ni ocuparse, ni en los Resultados, ni en los Considerandos, ni en el fallo, de los distintos factores a considerar —gastos médico-farmacéuticos u hospitalarios y otros adyacentes, intervenciones quirúrgicas, en su caso, incapacidad para el trabajo hasta la curación, daño moral o *pecunia doloris*, secuelas irreversibles, deformidad e incapacidad para dedicarse a sus ocupaciones habituales— y que pudieron contribuir, siquiera no sea de forma vinculante, mediante las oportunas ponderación y adición, al señalamiento de la referida cantidad dedicada *in genere* al total resarcimiento; notándose además que, concretamente, en la narración histórica de la sentencia y como *substractum* fáctico de la problemática indemnizatoria, faltan los siguientes datos: a) edad de doña Francisca H.; b) profesión de la misma; c) gastos acreditados de carácter hospitalario, médico-farmacéutico, de prótesis, locomoción u otros análogos, y d) incapacidad consecutiva y resultante para sus ocupaciones habituales, posterior al parte de sanidad, con indicación de si es reversible o irreversible, permanente o temporal y total o parcial; todos cuyos datos, de influencia notoria para la fijación de factores como para la determinación del *quantum*, están, con otros también transcendentales, en la causa —v. g., los recibos presentados metódicamente por la acusación particular, acreditan, salvo error u omisión, 435.352,30 pesetas, invertidas en gastos médico-farmacéuticos o similares—, desde la que el Tribunal *a quo*, debió, incluso sin excitación de parte, trasladarlos al

factum de su sentencia y no lo hizo, concurriendo así en el error *in procedendo* que la acusación particular denuncia.»

Aunque quizá sería mucho más frecuente, si fuese del dominio público que la sentencia del Tribunal Constitucional 78/1986, de 13 de junio, estimó un recurso de amparo, por violación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, contra una sentencia de un Juzgado de Instrucción (en juicio de faltas), que había concedido al perjudicado una indemnización global de 1.130.000 pesetas, mientras se había reclamado 6.391.818 pesetas por lesiones, 48.556.154 por secuelas, 343.976 por gastos de curación y 30.000 por daños materiales. Argumentando que «el Juzgado de Instrucción no ha determinado en forma pormenorizada los daños causados, ni ha expuesto los fundamentos legales que le permiten establecerlos, así como tampoco ha razonado los criterios por los que ha calculado el *quantum* indemnizatorio correspondiente a las lesiones derivadas del hecho punible».

Es muy difícil encontrar alguna sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que nos ilustre con bastante detalle sobre los criterios que dicha Sala considera adecuados a la hora de valorar los daños derivados de lesiones. Pero cuando aparece alguna —normalmente, porque se ha estimado el recurso de casación contra la sentencia absoluta de la Audiencia Territorial y el Supremo actúa como Tribunal de Instancia—, nos demuestra que, al menos por lo que a las partidas de daño resarcible se refiere, no existe discrepancia con la jurisprudencia de la Sala de lo Penal. Se lee, por ejemplo, en la (segunda) sentencia de 16 mayo 1983:

«Tendente la reparación al logro del justo resarcimiento del perjudicado, que no deberá obtener más que el equivalente del daño sufrido sin ventaja alguna —sentencia de 15 de diciembre de 1981—, es de advertir que de la relación de partidas que se expresan en el hecho tercero de la demanda tienen que ser descartadas las que conciernen a las hipotéticas ganancias dejadas de obtener en sus pretendidas exhibiciones de modelos de prendas femeninas, por la carencia en autos de una prueba sobre el particular merecedora de crédito (comunicaciones obrantes a los folios 204 a 217), así como la indemnización pecuniaria por la imposibilidad de desempeñar las actividades como Agente de Seguros, condición que no podía ostentar (certificación del Colegio correspondiente al folio 216), aunque sí es adecuado señalar la cantidad de 1.000 pesetas por cada uno de los setecientos veintiséis días que la lesionada invirtió en su curación (folio 261), suma a la que han de añadirse las correspondientes a los conceptos de las operaciones de cirugía plástica y estética para eliminar las ostensibles y extensas cicatrices (750.000 pesetas, según aseveración del especialista a los folios 8 y 9), honorarios médicos de asistencia (13.000 pesetas), deterioros de ropa y calzado (6.040 pesetas) y gastos de desplazamientos (56.000 pesetas), con más la cifra de 1.000.000 de pesetas, que se estima prudente como *pretium doloris*, de la duración prolongada del tratamiento y la alteración sensible en el aspecto de las extremidades de una mujer de veintiún

años y la secuela de limitación a ochenta grados de los movimientos de abducción y rotación externa del hombro derecho.»

Mayor abundancia de datos, aunque no demasiado precisos, pueden encontrarse en las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que bien funcionan como única instancia, bien suelen aceptar e incorporar considerandos de las sentencias apeladas. Un sucinto repertorio habría de incluir sentencias como la de *31 mayo 1985*:

«La evaluación de la indemnización de los daños que sufren los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (...) incluye no sólo los daños materiales, sino también los morales —sentencia de 30 de marzo de 1982—, debiendo ser esta indemnización adecuada a la realidad de los daños sufridos, aunque la determinación de la misma ha de hacerse en función de lo pedido, en rigurosa observancia del principio de congruencia; ello conduce, en el presente caso, a estimar la indemnización postulada por don Andrés Avelino S. B. S., ya que acreditado en autos la realidad de los gastos médico-farmacéuticos ocasionados con motivo de las lesiones sufridas por el mismo, a consecuencia del impacto de una pelota de goma disparada por la Policía Armada, en 144.170 pesetas, y acreditada, asimismo, la módica cantidad de 11.572 pesetas por gastos de estancia y viaje de la madre del lesionado en Barcelona, en cuya ciudad fue atendido el señor S. B. S. en un Centro Oftalmológico, no parece excesivo valorar en 1.000.000 de pesetas los daños materiales y morales que se produjeron a un joven de dieciséis años, estudiante de Ingeniería Técnica Industrial, por la pérdida de un ojo.»

La sentencia de *29 enero 1986*, relativa a herida de bala producida por la Guardia Civil a un estudiante de Maestría Industrial en el antebrazo izquierdo, «que luego de diversas operaciones quirúrgicas le originaron un acortamiento de 1,5 centímetros, déficit de extensión de los dedos trifalángicos, limitación grave de la prono-supinación, que representará un arco de movimiento de 20 grados y una disminución global de la fuerza muscular de antebrazo y mano izquierdos en un 70 por ciento, lo que según el informe médico le va a originar una incapacidad parcial permanente para su trabajo». En la que puede leerse:

«Respecto del *quantum* de la postulada, ni se ha acreditado gasto ninguno, ni disminución de ingresos, ni siquiera obligaciones familiares que hayan podido resultar afectadas, siendo, por tanto, los únicos elementos a contemplar la disminución física con las secuelas descritas —y con la salvedad, ya apuntada, de que la presumible incapacidad pueda dañar gravemente su futuro profesional, porque este hecho, se repite, no está acreditado de manera suficiente y no deja de ser simplemente una opinión y no una prueba efectiva— y los daños morales derivados de las sucesivas operaciones y del resultado conseguido no exactamente el deseado de una recuperación plena, elementos ambos que llevan a la Sala a cuantificar en una suma global de 1.000.000 de pesetas, inferior a la solicitada, pero que, aun con las dificultades de traducir al orden económico circunstancias

complejas y muy subjetivas, se estima la adecuada, supuesto, además, que no se han proporcionado otros datos que permitieran concretar los reales perjuicios sufridos.»

La sentencia de 25 abril 1986, en la que se lee:

«Una vez sentado el pronunciamiento principal, el de la responsabilidad de la Administración, sólo queda determinar el *quantum* de la misma, lo que habrá de ser fijado sopesando la gravedad del daño, por un lado, y las circunstancias personales del lesionado, por otro; pues bien, por lo que se refiere a lo primero, habrá que destacar los órganos vitales afectados por los disparos y la secuela de ello (incapacidad laboral permanente); y, por lo que respecta a lo segundo, es de importancia resaltar la edad del lesionado en el momento de producirse la agresión (treinte y dos años), su estado civil (casado) y la pensión que le ha quedado al serle reconocida por la Seguridad Social con carácter vitalicio, con efectos de 2 de marzo de 1982 (377.974 pesetas anuales).

»Todo ello abona la solución de reconocer al actor, señor V. R., un derecho a ser indemnizado en una cantidad superior a los 3.000.000 de pesetas propuestos por el Instructor del expediente, pero inferior a la por él pretendida (8.000.000 de pesetas), esto es, en la cantidad intermedia de 5.000.000 de pesetas, que prudencialmente se calcula es la más ajustada y la más proporcionada a los daños sufridos y a las consecuencias derivadas de los mismos.»

La sentencia de 21 mayo 1987, relativa a las lesiones sufridas por una mujer a consecuencia de un disparo de un policía, «consistentes en fractura abierta a nivel de tobillo izquierdo, que tardaron en curar cuatrocientos cuarenta días durante los que precisó asistencia facultativa, quedándole como secuela una anquilosis en las articulaciones del tobillo, de forma que ha perdido toda la movilidad del mismo, por lo que el médico forense que la atendió consideró que quedaba incapacitada de forma permanente y absoluta para su trabajo habitual». En la que puede leerse:

«Como ha declarado este Tribunal en la sentencia de 2 de abril de 1985, el tema de la cuantía de la indemnización, por su propia naturaleza, presupone un juicio estimativo de los Tribunales, fundado en la apreciación conjunta, racional y prudente de todos los datos y elementos aportados al proceso, que se realiza con la finalidad de señalar una cantidad de dinero que suponga una reparación adecuada a la entidad de los daños y perjuicios sufridos, lo cual necesariamente se desenvuelve en un margen de relatividad, especialmente si intervienen daños físicos y morales de imposible cuantificación rigurosamente matemática; lo que explica que en la sentencia de 19 de noviembre, hayamos aludido para la cuantificación de los daños, a la posibilidad de utilizar criterios de equidad y economía procesal. Siendo doctrina constante que deben ponderarse la entidad e importancia de los daños, edad y situación personal y familiar de la víctima.

»En el caso que ahora se enjuicia debe estimarse probado en lo que respecta a la situación de quien sufrió el daño, además de lo que se reseña en el fundamento primero sobre el origen e importancia de las lesiones,

que la señora E., en el momento de los hechos, tenía una edad de cincuenta y siete años (folio 5 vuelto del expediente) y era de condición económica modesta, vistas las circunstancias en que se desarrollaba su vida familiar, puesto que consta que fue herida cuando se dirigía a buscar agua a una fuente pública, y que en su familia compuesta de cuatro miembros (con marido y dos hijos), éstos se hallaban en paro, siendo ella la única que aportaba ingresos procedentes de trabajo como limpiadora de diversos hogares.

»En dicho contexto, la cantidad de 1.608.810 pesetas fijada por la Administración, en aplicación analógica de los criterios establecidos por la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 y Decreto de 23 de diciembre de 1966 y Decreto 100/1983, de 19 de enero, sobre salario mínimo interprofesional, ha de estimarse insuficiente, pues aparte ser errónea la utilización de una normativa ya derogada en el momento de la valoración (...) debe tenerse en cuenta que no se matizaron adecuadamente los factores concurrentes en la situación personal de la lesionada, según se deduce de los términos abstractos y genéricos en que aparece realizado el cálculo de la Oficina Mayor de la Dirección General de Policía (folio 33 del expediente). De ahí que estimemos que la indemnización adecuada a las circunstancias del caso, debe ser la de 2.000.000 de pesetas, pues también parece excesiva la de 5.000.000 que solicita la recurrente, dado que subsiste la posibilidad de que los otros tres elementos componentes de su familia, en situación de paro, según afirmación de la actora que no es objeto de contradicción, puedan salir de esa situación y contribuir en el futuro con sus salarios a la mejora de la vida familiar.»

En fin, la sentencia de 23 febrero 1988, en la que se lee:

«(...) haciendo notar que devienen inaplicables, en el supuesto enjuiciado, los criterios establecidos en la normativa de Seguridad Ciudadana, que incorpora, como ha declarado este Tribunal Supremo —sentencia de 8 de mayo de 1986—, medidas asistenciales de carácter extraordinario y alcance más limitado, es de observar cómo en ponderación de la edad del lesionado y la gravedad del daño, afectante a órganos vitales y determinante del abandono de los estudios y de una incapacidad permanente, parece ciertamente ajustada y proporcionada la indemnización pretendida, ascendente a 2.521.000 pesetas, pues no puede en forma alguna olvidarse que la agudeza visual del ojo derecho ha quedado reducida a un décimo de visión, en tanto que la del izquierdo alcanza sólo a la percepción de bultos.

»La cuantificación efectuada respecto de los graves e irreversibles efectos que han producido al demandante las lesiones sufridas, no alcanza a cubrir o compensar el denominado *pretium doloris*, en cuanto este concepto, que reviste categoría independiente y sustantividad propia y distinta de la indemnización cifrada con anterioridad en razón de la incapacidad sobrevenida, ha de ser el equivalente que debe reconocerse por los daños morales y sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por las seis sucesivas intervenciones quirúrgicas sufridas a lo largo de poco más de un año e incluso por las dudas que le podía suscitar la consecución o no de la plenitud física, los cuales, repetimos, tienen carácter autónomo e independiente de la incapacidad para continuar los estudios y realizar trabajos y resultan también indemnizables. Ahora bien, en trance de valorar el mentado *pretium doloris*, reconociendo desde luego las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas, no cabe olvidar que

el recurrente ha venido cifrando en 4.000.000 de pesetas, a título desde luego convencional en un principio, aunque después matizó los conceptos, la indemnización que pretendía, siquiera la señalada como mínima, y, sobre todo, que en el escrito interpositorio del presente recurso se anunciaba la impugnación contra la denegación presunta de la solicitud de 4.000.000 de pesetas como indemnización, fijándose en esta cifra la cuantía del recurso, aunque en la demanda suplicara mayor cantidad, y con tales antecedentes y con el designio de respetar el principio de congruencia, hemos de fijar, por el concepto que venimos analizando, la suma de 634.825 pesetas, cuya cantidad, de otra parte y no obstante las dificultades de que hablábamos más arriba, parece que compensará adecuadamente al demandante.»

Cuando afirmábamos antes, en la Parte I de este trabajo, que no se han publicado en España baremos de valoración de los daños a las personas, no teníamos en mente, claro está, los contenidos en las normas reglamentarias relativas a las prestaciones de la Seguridad Social, seguro obligatorio de viajeros, seguro obligatorio de accidentes de circulación, indemnización de víctimas del terrorismo, etc. Es verdad que, en los años sesenta y setenta, las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo utilizaron baremos de este tipo para el cálculo de las indemnizaciones, pero parece que ya no es así, aunque quizá no pueda decirse lo mismo de las autoridades administrativas que tramitan los expedientes previos. Ello nos confirma la idea de que, aunque por completo independiente de la idea de culpa, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es verdadera responsabilidad, que da lugar a verdaderas indemnizaciones y no a una suerte de «ayudas sociales y personales y familiares»; por más que frases de algunas sentencias —como la citada de *21 mayo 1987*, en la parte final de los fundamentos de Derecho transcritos— induzcan a pensar lo contrario.

Pues bien, partiendo de dicha premisa, habrá que lamentar muy profundamente que las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no hayan hecho un esfuerzo mucho mayor de precisión y detalle, mencionando separadamente las distintas partidas o conceptos indemnizatorios y desagregando la indemnización global entre cada una de ellas. Hubiera sido ésta una inmejorable vía de establecimiento de criterios unitarios de valoración de los daños a las personas, utilizables por todas las jurisdicciones. Es una pena que no se haya seguido y profundizado el espléndido precedente constituido por la, desgraciadamente muy farragosa, sentencia de *2 febrero 1980*. En la que podía leerse que la oposición del Abogado de Estado era «contraria a las exigencias del principio capital de indemnidad o de reparación integral, que supone la cobertura de todos los daños y perjuicios sufridos», perspectiva desde la cual:

«(...) no es dudoso que corresponda a la Administración soportar todos los gastos necesarios generados por el tratamiento preciso para la recuperación de la normalidad psicofísica de la víctima y, hasta donde llegue la

técnica médica, la rehabilitación, pero también tendrá que comprenderse en el concepto indemnizatorio con propósitos equilibradores la valoración de la minoración psicofísica en su proyección económico-profesional, acudiendo a razonables previsiones a la luz de los hechos conocidos, y, por último, no pueden marginarse daños que, si bien escapan al concepto preciso de daños patrimoniales, como son los derivados del dolor físico, de la disminución de facultades y de las perturbaciones anímicas, con origen directo en el hecho generador de responsabilidad, y no son fácilmente traducibles en valoración económica y, desde luego, ajenos a precisas estimaciones pecuniarias, son indemnizables, por cuanto la reparación ha de tender a objetivos totalizadores o integrales.

»Respecto a la minoración de la integridad física, en una valoración proyectada al ámbito económico profesional, a los efectos de obtener, en la medida limitada en que es posible, un concepto que sirva al objetivo de cobertura dineraria del daño causado, por fuerza tenemos que acudir, en una estimación razonable, a previsiones fundadas en los aspectos temporales y de intensidad de aquella minoración en la actividad profesional actual y futura de lo que constituye el área de la ocupación laboral o profesional que desempeñaba el recurrente, y, en estos puntos, es sumamente ilustrativo el dato legal de haber pasado aquél, por fuerza de su incapacidad generada por el hecho dañoso desencadenante de la responsabilidad patrimonial, a la situación funcional que, en el Estatuto por el que se rige el Instituto Social de la Marina, se llama de «excedencia especial por invalidez» (artículo 41) y, junto a este dato, no es aventurado, antes al contrario, comprendido dentro del campo de previsiones normales, pronosticar que la situación siguiente será la de jubilación por invalidez, por cuando, de un lado, la llamada excedencia especial por invalidez tiene un límite temporal (cuatro años) y lleva, de no producirse la rehabilitación fisiológica con plenitud para el servicio activo, a la jubilación, y de otro, los pronósticos médicos, con sustancial unanimidad, trazan un cuadro de desgraciado y triste futuro en orden a potenciales rehabilitaciones, por cuanto la limitación, en lo físico y su reflejo profesional, se presenta con las notas de lo permanente, irreversible, progresivo y en grado intenso; y si esto es así, tendrá que incluirse en el equivalente dinerario valorativo de la minoración que hemos dicho el que sirve para conseguir los niveles de renta que, de no haberse producido el hecho dañoso, hubiera normalmente percibido el recurrente, con lo que estamos refiriéndonos a las diferencias entre los haberes en activo (artículos 66 y siguientes) y haberes en situación de invalidez (artículo 41), durante el tiempo limitado de esta situación y también a la diferencia que en su proyección económica significa la jubilación por invalidez (artículo 65); factores que ni son conocidos todos (así, los haberes pasivos) ni permiten estimaciones precisas, por cuanto, en muy distintos órdenes, el complejo de datos está sometido a mutaciones que escapan a toda medición actual, mas, marginando estos imponderables, por obligadas exigencias de simplicidad y por imposiciones de la misma realidad, acudiendo al dato de diferencias de haberes que nos ha sido proporcionado, hay una base que, si bien precaria y aproximativa, nos permite concluir que se ha producido una disminución de renta de trabajo cifrable en unas 50.000 pesetas mensuales, cifra que al no habérsenos dado otros datos respecto de los haberes en la situación de jubilado, es la única válida como reveladora de la proyección de la invalidez en la reducción de ingresos, debiendo soportar, en su caso, la parte eventualmente perjudi-

cada por una estimación en más o menos, si es que la hubiere, la falta de probanza y aun de alegación, de tal dato.

»Si todo el detrimento no tuviera otra medida y cobertura que la encausada en la valoración de la minoración de la integridad física, desde un ángulo económico profesional, y cuestiones como las que nos ocupa pudieran enjuiciarse con el solo manejo de criterios definidores de la invalidez y con el de complementarias prestaciones periódicas, podríamos dar una respuesta no especialmente difícil fijando, frente a la incapacidad que presumimos permanente, irreversible y total, generadora de una vaticinable situación de jubilación por invalidez, una prestación periódica en la cuantía que hemos dicho, ajustada mediante la aplicación de soluciones valoristas, correctoras del nominalismo, con el designio de que se cumpla el principio de indemnidad; pero esto no es así, porque, por un lado, el complejo dañoso y perjudicial no se llena con el solo efecto de la incapacidad física en el área de la actividad profesional, pues otros daños de carácter directo y naturaleza indemnizable, aunque no de fácil medición, se anudan al hecho dañoso, y, desde otro ángulo, la solución de prestación periódica, como mecanismo indemnizatorio, además de carecer de precedentes encajables en los preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial, no es la que ha sido demandada, por lo que, en este punto, el objetivo es señalar un capital o cantidad alzada y no una prestación periódica de devengo, capital que asegure una renta temporal, según previsible duración de la vida humana, dentro de la regla de jubilación, sin soluciones correctoras futuras de las alteraciones devaluatorias de la moneda mediante vías de imposible previsibilidad, por cuanto si bien la cuantía indemnizatoria que aquí establezcamos debe responder al principio de indemnidad, rechazándose por ello soluciones quebrantadoras de este principio, tampoco pueden hacerse previsiones medianamente seguras que encaucen la cuestión por vías valoristas, correctoras de rigurosas fórmulas nominalistas y, por otra parte, al recibirse un capital, se deja a la elección inversionista del recurrente lo contingente de toda inversión.

»Junto a la proyección económico-profesional que hemos estudiado y a la reparación de los gastos de asistencia sanitaria, satisfechos por lo que se nos dice, se incluyen en los indemnizables los que *sin tener un carácter propiamente patrimonial*, deben, sin embargo, tomarse en consideración, cuales son el daño constituido por el dolor psicofísico que la lesión comporta, con transcendencia en distintas áreas, daños cuya naturaleza escapa a toda objetivación medible, por lo que, en este punto, el *quantum* ha de moverse dentro de una ponderación razonable, incrementando el capital o suma alzada sustitutivo del complemento de prestación periódica y temporal, capital o suma alzada que respondiendo a objetivos de asegurar una renta temporal, supuesta una rentabilidad fácil de obtener en el mercado de dinero, y, teniendo en cuenta que el abono de un capital con potencialidad productora de 600.000 pesetas anuales, es una indemnización que supera con criterios nominalistas la reducción de ingresos cifrada en esa misma cantidad, se estima adecuada, en una estimativa que no puede tener otras bases objetivas que las que hemos dicho, una indemnización de 7.450.000 pesetas (siete millones cuatrocientas cincuenta mil pesetas); de las que 750.000 pesetas corresponden a las diferencias de haberes desde el primero de mayo del año anterior hasta el momento de la decisión judicial y 6.700.000 pesetas al capital o cantidad alzada con potencialidad productora de la renta que hemos dicho, y en la anticipada entrega de este capital con entrada plena en el patrimonio del actor, la indemnización co-

respondiente a los otros elementos no directamente patrimoniales, pero mercedores de una estimación indemnizatoria.»

Hasta aquí, considerandos de la sentencia apelada, de la Audiencia Nacional, aceptados por el Tribunal Supremo. Conviene añadir ahora algunas afirmaciones propias de éste, de gran interés en comparación con otras que hemos podido leer en las sentencias antes citadas: «(...) la alteración de la cifra que se pide como indemnización en la demanda en relación con la inicialmente solicitada en vía administrativa, no supone alteración esencial del *petitum*, como contenido de la pretensión, ya que ésta viene referida a instar la reparación de los daños y perjuicios sufridos, cuya entidad o expresión numérica vendrá referida al total importe de los sufridos, no siendo necesario que conste su determinación numérica *ab initio*, ni incluso en el momento de dictar sentencia, ya que legalmente cabe diferirlas al momento de la ejecución del fallo; por eso mal puede hablarse de cuestión nueva o de simple petición que amplíe, desnaturalizando, la pretensión en marcha, porque, al contrario, aun habiéndose pedido, como se pidió, una cifra de indemnización inferior a la que luego se concreta en el suplico de la demanda, existían razones o datos objetivos que amparaban tal proceder (como era el transcurso de un plazo superior a dos años a partir del hecho determinante, la calificación más precisa del estado del lesionado, que conducía a una situación más pesimista sobre su recuperación y que generó una situación de excedencia por incapacidad que no pudo preverse con anterioridad, la depreciación de la moneda, etc.) y que no cabe calificar de ampliación modificatoria, sino de simple adecuación a la realidad, actualización, en razón de los reales daños producidos y el mantenimiento de su real virtualidad; tesis (...) que basada en los principios de equidad y economía procesal, reconoce la posibilidad de conceder una indemnización justa referida al momento de dictar el fallo en vía jurisdiccional.»

No es que la sentencia que acabamos de transcribir en parte nos parezca irreprochable. Hubiera sido preferible que determinara, por un lado, la indemnización de los daños patrimoniales futuros —el capital necesario para constituir en favor del lesionado una renta vitalicia de 600.000 pesetas *reales* (no nominales) al año— y, por otro lado, la indemnización de los daños morales —que hay que suponer igual al resultado de restar la cantidad anterior de 6.700.000 pesetas—, que hubiese servido de pauta para la valoración de este tipo de daños en casos ulteriores análogos; en vez de conceder esa indemnización global de 6.700.000 pesetas, que hay que suponer el capital que, invertido razonablemente, podía producir 600.000 pesetas *reales* al año, conservando el lesionado el capital. Pero fue, sin duda, un magnífico ejemplo de la dirección en que la jurisprudencia contencioso-administrativa hubiera debido moverse, dando ejemplo a los Tribunales de Instancia civiles y penales. No ha ocurrido así, y creo que no sólo porque, en los casos de las otras sentencias posteriores antes mencionadas, el cálculo matemático fuera mucho más difícil: incluso cuando el lesionado fue un joven aún estudiante, pudo tomarse como base el salario medio en España o, más precisamente, el salario medio de las personas con los mismos estudios ya finalizados. Se ha

tratado también, en mi opinión, de soslayar un método de cálculo que conducía a indemnizaciones mucho más elevadas de lo que se consideraba «adecuado»: compárense los 7.450.000 pesetas de la sentencia de 1980, con los 3.156.325 pesetas que la sentencia de 23 febrero 1988 concedió al estudiante al que las Fuerzas de Seguridad dejaron prácticamente ciego.

2. En los casos de lesiones, además del lesionado directamente perjudicado, ¿podrá reclamar indemnización al responsable una tercera persona que haya resultado mediatamente perjudicada por el evento lesivo? Dejemos aparte el caso, anteriormente analizado, de la Administración Pública que sigue abonando sus emolumentos al funcionario lesionado durante el período de baja: las mismas soluciones habrán de aplicarse, si se trata de un empresario privado que continúa pagando el salario a su trabajador transitoriamente incapaz, por preverse así en el correspondiente convenio o contrato de trabajo. Y si se sigue la muy discutible línea de la citada sentencia de la Sala de lo Civil de 31 mayo 1985, habría quizá que defender, para el grupo de casos al que la misma se refiere (cobertura por la Seguridad Social de las incapacidades laborales transitorias), la existencia de una pretensión de reembolso en favor de la entidad gestora de la Seguridad Social.

En esta misma sentencia se lee que lo indemnizable «es lo que el perjudicado haya dejado realmente de percibir, cual certeramente ha sido apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, y, por tanto, con exclusión de lo que por tal concepto le hubiere sido abonado por la Seguridad Social, a causa de las obligaciones que le venian impuestas, ya que con ello se revela que lo excluido al respecto en la sentencia recurrida ha sido debido a la existencia de carencia de perjuicio, ya que mal puede éste entenderse producido cuando ya se ha percibido lo que pretende ser su base de reclamación, que si da posibilidad de reintegro no es al perceptor, el aludido perjudicado don Manuel F. C., sino a quien lo hizo efectivo, que ha sido la precitada Seguridad Social».

Conviene recordar, empero, dos cosas: Primera, que el artículo 97.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social *no hace distinción alguno* a la hora de establecer la compatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social y las pretensiones indemnizatorias del trabajador o sus causahabientes, y que, en tema de reintegro a las entidades gestoras por el responsable, prevé *sólo* el del *coste de las prestaciones sanitarias*. Segunda, que es práctica muy extendida entre los Tribunales de Instancia el otorgar al lesionado como indemnización una cantidad fija por cada día de baja, con independencia de que haya o no seguido cobrando su salario.

Dejemos también de lado el caso de quien haya prestado al lesionado la asistencia médico-sanitaria, cuya legitimación para reclamar directamente al responsable el coste de la misma es indudable en nuestro Derecho: artículo 97.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (respecto de las entidades gestoras de la Segu-

ridad Social); sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *2 mayo 1978*, *29 diciembre 1979* y *1 julio 1981*; sentencias de la Sala de lo Penal de *28 enero*, *31 mayo* y *19 diciembre 1967*, *14 junio 1971*, *3 marzo* y *28 septiembre 1973*, *4 junio 1976*, *29 enero 1979*, *20 noviembre 1982* y *6 abril 1984*; Circular FTS de *26 junio 1967*.

Pues bien, aun dejando de lado ambos grupos de supuestos, la respuesta ha de ser afirmativa, cuando menos en hipótesis como las que ilustran la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *9 febrero 1988* y la ya citada de la Sala Quinta, de lo Contencioso-Administrativo, de *23 febrero 1988*. En la primera de ellas se reconoce la legitimación como demandante de la mujer del lesionado:

«(...) basada en el interés manifiesto que resulta de un perjuicio directo consecuente a la nueva situación del lesionado, cuya parálisis tiende a empeorar y que, actualmente, no puede prácticamente valer por sí mismo y carece de aptitud de las relaciones sexuales, según el dictamen pericial ya citado, lo que se traduce en una situación de su mujer convivente especialmente penosa y sacrificada en orden a los gravosos deberes de atención al enfermo y pérdida de un importante elemento de las relaciones afectivas. No padece, por estas circunstancias, un daño estrictamente físico, pero sí unos sufrimientos en el orden de los sentimientos afectivos más elementales que justifican la calificación de las consecuencias del hecho, para ella, como daño moral, tal como viene reconocido por la doctrina de esta Sala —sentencias de 31 de mayo de 1983, 25 de abril de 1984, 10 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de 1986, entre otras.»

Y en la segunda, se lee:

«En otro orden de ideas, acreditados por los padres suficientemente los perjuicios que han sufrido en su percibo por mor de las lesiones causadas a su hijo, cifrados en 178.500 pesetas, por gastos de desplazamiento a Centros Hospitalarios, y en 843.675 pesetas, por las ganancias que dejaron de percibir como consecuencia de la necesaria asistencia personal que exigía el grave estado de aquél, se está en caso de reconocer tales cantidades a los padres, como integrantes de la indemnización debida, en cuanto los daños computados resultaban también generados por la actividad administrativa determinante de la responsabilidad.»

Pero conviene advertir que en la también citada sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de *25 abril 1986* puede leerse:

«Si el instituto de la responsabilidad civil de la Administración ha sido concebido tan generosamente y ha asegurado tan firmemente a los administrados los daños que puedan revertir al azar sobre ellos, lo que implica un enorme progreso, en comparación con la situación anterior, sin embargo, esto no puede implicar llevar tal responsabilidad a extremos tales, que sería imprevisible conocer su alcance y límites; decimos esto para descartar el hipotético derecho esgrimido por el otro recurrente, señor L. A., empresario patrón del señor V., cuyos posibles perjuicios por las lesiones de este último sólo de una forma indirecta pueden ser relacionados con el

nexo causal de lo único que debe quedar comprendido dentro del ámbito verdaderamente sometido en este caso a la responsabilidad civil demanda por el sujeto lesionado.»

Habrá que esperar a que un caso así se plantee ante las Salas de lo Civil o de lo Penal del Tribunal Supremo.

3. Conviene mencionar, en fin, que la existencia de una previa sentencia firme relativa a la indemnización de los daños causados por el hecho lesivo, cualquiera que sea la jurisdicción de que provenga, no impide el ejercicio de una nueva pretensión resarcitoria de los nuevos daños derivados de un agravamiento o reactivación de las lesiones, imprevisible en el momento en que aquella sentencia se dictó: por ejemplo, sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 febrero 1983 y 2 febrero 1988.

III

1. En la muy importante sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 febrero 1956 se lee:

«(...) si bien es cierto que el artículo 105 del Código Penal vigente, como el 106 del de 1932 y el 125 del de 1870, establecen que la acción para repetir la restitución, reparación o indemnización se transmite a los herederos del perjudicado y en aplicación de tales preceptos las sentencias de la Sala Segunda de este Tribunal de 30 de noviembre de 1932 y 4 de marzo de 1944, que se citan en el recurso, afirman explícitamente que la indemnización por muerte se transmite a los herederos del interfecto, en cambio, en la de esta Sala de 20 de diciembre de 1930 se declaró que, sobrevinida instantáneamente la muerte de la víctima de un accidente, no llegó ésta a poseer ni un momento el derecho a ser indemnizada, de suerte que por este hecho nació una nueva acción a favor de quienes no tienen necesidad de justificar su carácter de heredero, sino el de hijos y cónyuge del difunto, y, posteriormente, en la de 8 de abril de 1936, hubo de proclamar que nuestro ordenamiento jurídico no ampara la tesis según la cual el derecho de exigir indemnización de perjuicios en caso de muerte es de índole patrimonial ingresado en el caudal hereditario de la víctima y transmisible a los herederos.

»Por ello, resulta conveniente para la mejor inteligencia del tema propuesto, fijar, aunque sea elementalmente, casos y conceptos, distinguiendo, al efecto, con relación al difunto, por una parte, unos perjuicios de carácter patrimonial, como los gastos de entierro y funeral, que constituyen cargas hereditarias (artículos 840, 902 y 903 del expresado Código civil), y, cuando no se trate de muerte instantánea, los de clínica y farmacia, impedimento para el trabajo, etc., que dan nacimiento a una acción de indemnización, de la de aquéllos a favor de los herederos, desde luego, y la de éstos a favor del causante, pero transmisible a los herederos; y, por otra, el daño moral, constituido por el dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima, que, aunque compensable también crematísticamente —*pecunia doloris*— en la forma prudencial en que puede ser-

lo, respecto al cual sigue constituyendo aún en la doctrina de la jurisprudencia un problema el de la transmisibilidad de la acción competente a los herederos que sobre todo en el supuesto de muerte instantánea de la víctima, no todos admiten. Pero al lado de estos principios y con absoluta independencia de los mismos, surgen, además, no sólo los daños de carácter moral que experimentan también los parientes más allegados de la víctima, lesionados en sus afecciones más íntimas y legítimas e indemnizables igualmente en dinero, según expresamente ha sido reconocido por este mismo Tribunal en sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1928, precisamente a favor de los padres de una niña de nueve años víctima de un accidente de automóvil, si bien tomando en cuenta para otorgar la indemnización, como en la sentencia de 6 de diciembre de 1912, origen de la nueva orientación de nuestra jurisprudencia, una repercusión más o menos cierta en el patrimonio individual, sino, además, evidentemente, un daño material directo y de orden económico que a los más próximos parientes del difunto se les causa igualmente, como el que se origina a la mujer y a los hijos cuando se ven privados de los recursos que con su trabajo e industria les proporcionaba para su subsistencia el cabeza de familia fallecido o a los padres en caso de muerte del hijo que les ayudaba de igual forma, para cuya indemnización es indudable que ni unos ni otros necesitan invocar, ni mucho menos justificar, la calidad de herederos de la víctima inicial.»

Posteriores sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo han reafirmado la tesis de que, por causa de muerte, surgen sólo pretensiones indemnizatorias *iure proprio* en favor de las personas, herederos o no, personalmente perjudicados por la muerte de la víctima, y no pretensiones indemnizatorias *iure hereditatis* por el hecho en sí de la pérdida del bien «vida» por el difunto: sentencias de 25 febrero 1963, 7 diciembre 1968, 9 junio 1969, 24 noviembre 1970, 29 noviembre 1976, 1 julio 1981 (que, a lo más, afirma la coexistencia de ambas clases de pretensiones, citando la sentencia de 19 noviembre 1966) y 4 mayo 1983. Conviene mencionar con todo que la Sala que nos ocupa no ha rechazado nunca pretensiones indemnizatorias por causa de muerte por el sólo hecho de que la indemnización se solicitase en general para los herederos del fallecido, en vez de particularmente para cada uno de los personalmente perjudicados por su muerte: lo ha considerado un puro error formal intrascendente.

Desde que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo adoptó las tesis tradicionalmente sostenidas por la Sala de lo Civil, aparece con cierta frecuencia en las sentencias de aquélla un fundamento de Derecho como el que, tomado de la ya citada sentencia de 15 abril 1988, transcribimos a continuación:

«Cuando, como resultado de un delito, sea éste doloso o culposo, muere o fallece una persona, la indemnización de perjuicios que, por regla general, origina toda infracción criminal, obedece, fundamentalmente, a tres conceptos, a saber: 1.º) gastos funerarios, es decir, los que usualmente genera el óbito, violento o no, de una persona, tales como sepelio, inhumación, funeral, exequias, sufragios, testamentaría y otros análogos y acostumbrados; 2.º) desamparo en el que quedan ciertos parientes —generalmente

cónyuge e hijos, y, más rara vez, padres u otros ascendientes— que dependían económicamente del difunto, el cual subvenía a sus necesidades con el producto de su trabajo, y 3.º) daño moral, o *pecunia doloris*, que es el pesar o desconsuelo producido por el fallecimiento del ser querido, por la ruptura de la íntima convivencia y de los lazos de afecto, esto es, por el «doloroso vacío», como lo califica, con frase feliz, la sentencia de este Tribunal de 5 de junio de 1972. Siendo evidente que, a la hora de fijar el titular o titulares de la indemnización y el *quantum* de la misma, se ha de ponderar, en los presuntos beneficiarios, la concurrencia, o no, de los tres factores enunciados o de alguno o algunos de ellos, así como el grado de intensidad con que se dan, de tal modo que cuanto mayores son, especialmente el desamparo y la aflicción, más alta será la cifra indemnizatoria, reduciéndose ésta cuando no concurren o se hallen muy disminuidas tales circunstancias, pudiéndose, incluso, llegar a desestimarse toda indemnización, cuando no se han sufragado los gastos funerarios, ni nadie ha quedado desamparado, ni se ha sufrido daño moral, porque la muerte del pariente o del extraño ha producido indiferencia y no pesar, dolor o aflicción.»

En fin, en la sentencia de la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 julio 1985, se lee:

«En primer lugar, no cabe duda alguna que, con el fallecimiento del señor T., se produjo una alteración desfavorable de las circunstancias de su familia como consecuencia de afectar de un modo directo, no sólo al derecho a la vida e integridad personal del fallecido, sino también a la asistencia afectiva y económica de la hoy reclamante (...).

»Mayor problema suscita el cuantificar la indemnización que, conforme a los principios generales del Ordenamiento Jurídico, debe tender a una reparación integral del detrimento que el daño ha supuesto, tanto del emergente como del lucro cesante, como admite la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la demanda aduce; así la sentencia de 16 de noviembre de 1974 sienta el principio de que “las circunstancias familiares de los perjudicados exigen la conservación del nivel de ingreso que aportaba el fallecido”; ahora bien, no se puede desconocer que la situación personal, profesional y económica del señor T. fallecido, director de la empresa E. E., relacionada con la exportación de productos franceses de alta tecnología, con un elevado nivel de ingresos económicos y sin la cobertura de la Seguridad Social, dado su carácter de alto directivo de la Empresa citada, como se justifica con la documentación obrante en el proceso; por todo ello, ponderando todas las referidas circunstancias, esta Sala que enjuicia no duda en fijar dicho *quantum* indemnizatorio en la cantidad de 10.000.000 de pesetas.»

En la sentencia de la misma Sala de 20 septiembre 1985, sobre reclamación de indemnización por la muerte de otro de los fallecidos en el mismo accidente (caída de helicóptero militar en vuelo) que en la sentencia anterior, se lee:

«Demostrada en las actuaciones no sólo la relación matrimonial del difunto con la hoy recurrente, sino además la existencia de cuatro hijos de corta edad como producto de aquélla, así como la dependencia no sólo

económica, sino también espiritual y asistencial naturalmente derivada de dichas relaciones jurídico-matrimonial y jurídico-paternofamiliar, forzoso es concluir con la declaración de que todas aquellas personas —esposa e hijos del difunto— son acreedores del derecho a la indemnización económica compensatoria de dicha pérdida.

»Al momento de tener que cuantificar el valor de la referida indemnización económica, ha de tenerse en cuenta que no es el de la vida, privada por el accidente, sino el de los daños y perjuicios que las personas que del difunto dependían, tanto en su esfera meramente material, como asistencial en el amplio sentido que el Derecho reconoce a las obligaciones del esposo y padre; pues bien, teniendo en cuenta las circunstancias personales de la víctima en razón a su potencial de ingresos económicos en la familia, y las de los familiares que quedan en el desamparo aludido, ha de concluirse con la fijación de 12.000.000 de pesetas, como cuantía de dicha indemnización, a percibir no sólo por doña Mercedes de la T. S., sino también por los demás hijos del referido difunto, habidos en el matrimonio mencionado.»

Y en la sentencia de la misma Sala de 15 abril 1988, se lee:

«(...) debiéndose afirmar, en consecuencia, que los perjuicios ocasionados a la recurrente y a sus hijos menores de edad por la muerte de su esposo y padre traen causa en una negligencia de la Administración al no tener en buen estado unos cables de conducción eléctrica y la atribuible al difunto y, por ende, estando probada la realidad de aquéllos y su posible evaluación económica e individualizados en la persona de la recurrente y en sus hijos menores de edad, que han perdido la persona que les garantizaba el sustento, esos perjuicios y el daño moral dimanante de esa muerte, y la relación de causa a efecto entre ese anormal funcionamiento del servicio público municipal y la conducta imprudente de la víctima mortal de forma directa con el hecho luctuoso, procede dar lugar, en parte a la reclamación interpuesta (...) estimando con un criterio racional de equidad y ponderando las circunstancias concurrentes en base a los datos aportados al proceso sobre los ingresos que obtenía de su trabajo el esposo de la recurrente de 65.440 pesetas, sin que puedan deducirse de la indemnización las cantidades a percibir por la viudedad-orfandad ya que éstas se corresponden a una contraprestación por las cuotas satisfechas a la Seguridad Social, sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985, y apreciándose como insuficiente la determinada por el Ayuntamiento demandado en su escrito de contestación a la demanda de 559.770 pesetas (...) la cantidad adecuada para indemnizar el daño moral ocasionado a la demandante y a sus hijos por la muerte de su marido y padre, respectivamente, a efectos de otorgarles una compensación económica que por la naturaleza de aquél no existe posibilidad de determinarla en una cuantía que extinga o palie el sufrimiento ocasionado, y el perjuicio económico que comporta la pérdida del cabeza de familia que con su trabajo aportaba los ingresos necesarios para su sustento, se estima en 5.000.000 de pesetas, atendida la conducta negligente del fallecido que atempera la responsabilidad de la Administración (...) debiéndose reducir por ello a la indicada cantidad la indemnización, que se corresponde al 50 por 100 de la reclamada en este proceso.»

Resulta muy criticable la no infrecuente práctica, y no sólo de los Tribunales de lo contencioso-administrativo, de conceder, por causa

de muerte, *una indemnización global* para todos los personalmente perjudicados por el fallecimiento, en vez de fijar cantidades particularizadas para cada uno de aquellos, proporcionadas a sus respectivos perjuicios: provocando el eventual planteamiento de un litigio sobre la correcta distribución de aquella suma indemnizatoria global. Peor son las cosas cuando, aun ya sin aceptar la tesis de las pretensiones indemnizatorias *iure hereditatis*, se sigue concediendo aquella indemnización global a los «herederos» de la víctima, bien porque en esos términos se redactó la demanda por el «practicón» de turno, bien por cómoda costumbre, bien —como vimos ocurrir— con algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo— por falta de datos precisos para otorgar indemnización de otra forma. Porque se genera entonces la duda sobre si el correcto criterio de reparto no será el de las respectivas cuotas en la herencia del difunto.

Lamentable es también que, por un lado, no se determinen separadamente la cuantía indemnizatoria que al perjudicado, o a cada perjudicado, corresponde por el daño patrimonial y la que le corresponde por el daño moral. Y, por otro lado, que no se precisen los criterios utilizados para, partiendo de los ingresos anuales de la víctima, llegar a las sumas otorgadas como indemnización de los daños patrimoniales (¿se descuenta la cantidad que la víctima hubiera gastado en sí misma?, ¿y la que hubiese ahorrado?, ¿hasta qué momento se entiende que un padre mantendrá a sus hijos?, etc.). Seguramente, porque no existe otro criterio que el del «ojo de buen cubero» del juzgador.

2. A la hora de establecer el círculo de los activamente legitimados para reclamar *iure proprio* indemnización por causa de muerte, los Tribunales españoles, con las Salas de los Civil y Penal del Tribunal Supremo a la cabeza, han sido bastantes generosos:

a) Indudable ha sido la legitimación activa del *cónyuge* del difunto y de los *hijos* de éste, aunque ya no convivieran ni dependieran económicamente de él (sentencia de la Sala de lo Penal de 26 junio 1986); a no ser que se hubiesen roto previamente todos los vínculos económicos y afectivos; aunque sea por la culpa o crueldad del fallecido exclusivamente (sentencias de la Sala de lo Penal de 19 mayo 1969, 12 noviembre 1981 y 25 junio 1983). Se ha afirmado también la legitimación activa del hijo póstumo (sentencia de la Sala de lo Penal de 31 enero 1976).

b) Indudable ha sido también la legitimación activa de los *padres* del fallecido, cuando no concurren con familiares más próximos. La jurisprudencia mayoritaria la ha afirmado también, empero, cuando concurren con el *cónyuge viudo* (sentencias de la Sala de lo Penal de 1 febrero 1974 y 20 abril 1982).

c) Se ha admitido la legitimación activa de los *nietos*, que no concurrían con otros familiares más próximos (sentencia de la Sala de lo Penal de 15 abril 1988).

d) No se ha puesto en duda la legitimación activa de los *hermanos* del fallecido, incluso si ya no convivían con él, ni dependían de él económicamente, cuando aquéllos no concurrían con otros familiares más próximos (sentencia de la Sala de lo Civil de *14 noviembre 1970*; sentencias de la Sala de lo Penal de *29 enero 1977* y *9 y 26 febrero 1981*). Pero también la de los hermanos que convivían con el difunto, en concurrencia con la madre de éste (sentencia de la Sala de lo Penal de *10 marzo 1983*).

Mención aparte merecen en este momento tres sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La primera, sin duda excepción a la regla, es la sentencia de *2 julio 1979*:

«El único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, en el que se denuncia infracción por la Sala de Instancia de los artículos 19, 101 y 104 del Código Penal, al no haberse acordado por la misma la concesión de una indemnización de 250.000 pesetas a cada uno de los padres de la víctima, no puede ser atendido, toda vez que, como consta acreditado, éstos vivían independientemente del hijo accidentado, quien lo hacía con su mujer, sin que aparezca demostrado que éste les estuviera ayudando económicamente en el tiempo anterior a su fallecimiento, ya que el hecho de su muerte por sí solo no es suficiente para suponer la existencia de perjuicios materiales para los padres, que han de probar la existencia de los mismos, y si bien esta Sala ha tenido en cuenta en determinados casos el daño moral ocasionado a los padres afectados sentimental e irreparablemente por el fallecimiento de un hijo, ello ha tenido lugar por carencia de otros perjudicados más directos, pues obrar de otro modo sería abrir un peligroso portillo en el ámbito de la responsabilidad civil, extendiendo la indemnización no sólo a los familiares más próximos, sino incluso a todas aquellas personas que se hallasen ligadas por vínculos afectivos o parentales con el muerto, aunque fuesen lejanos, aumentando desmesuradamente el montante de la indemnización concedida.»

El argumento empleado por la sentencia es de peso, pero sin apoyo normativo. No hay razón, además, para valorar igual todos los daños morales, ni para valorar en sumas significativas el daño moral de los parientes lejanos. En fin, el «peligroso portillo» de que se nos habla, lo ha abierto ampliamente, como hemos visto y veremos, el propio Tribunal Supremo y, en concreto, su Sala de lo Penal.

En la sentencia de *23 diciembre 1985*, se lee:

«Estanpándose en la sentencia combatida como hecho probado que el 24 de marzo de 1982 fue atropellada Dolores A. T. por el camión que conducía Francisco M. S., cuando se hallaba al servicio de la entidad "Suministros Valls, S. L.", ocasionándole heridas gravísimas que motivaron su fallecimiento al día siguiente, es indudable que semejante declaración entraña de por sí la existencia de un perjuicio irreparable para todas aquellas personas que mantenían con la víctima relaciones de convivencia o de particular afección que debe ser satisfecho previa la correspondiente valoración económica en lo que cabe y subsiguiente indemnización, pero bien entendido que tal satisfacción, que debe englobar los daños materiales

y los derivados del daño moral, debe hacerse —por no poder abarcar a todos los que, asimismo, se sientan damnificados— siguiendo un orden lógico de afinidad con el causante, de modo que sean los más inmediatos a él los que la reciban, con exclusión de los demás, pues de seguirse un criterio distinto tendría que distribuirse el montante total de la indemnización entre todos aquellos que de alguna manera hubiesen sufrido, cualquiera que fuese su grado, el “doloroso vacío”, con quiebra evidente del principio general que rige en materia de indemnización por concepto de perjuicios materiales y morales, que prima, como es natural, a quien haya sufrido de forma más palmaria el detrimento producido por la desaparición de la persona que constituyera su centro económico, o afectivo, por depender de ella o por causa de estrecha vinculación o vida común, por lo que, en este caso concreto, sobreviviéndola su viudo, y tratándose de sobrinos carnales los que piden ser indemnizados por la muerte de su tía en razón al daño moral que invocan, es claro que es aquél al que la citada indemnización corresponde, como sentenció aunque sin decirlo la resolución recurrida, y no a éstos, pues, aunque es cierto su carácter de herederos testamentarios de la difunta, no debe olvidarse que la indemnización por muerte ocurrida con motivo de accidente de circulación es debida a los perjudicados y no a los herederos, ya que éstos lo que tienen es el derecho a los bienes poseídos en vida por el causante, mas no a los que se generan por el acto de su fallecimiento, por cuanto mal se puede transmitir lo que no tuvo ingreso en el patrimonio hereditario disponible por nacer de la propia muerte del causante, lo que obliga a desestimar el único motivo del presente recurso, aunque no sin antes apostillar que el artículo 105 del Código Penal, que se cita como infringido, lo que otorga es acción para situaciones creadas antes del fallecimiento del causante, pero de ninguna manera para las que se originen de su óbito, por escapar las mismas de la facultad de disposición *mortis causa* sobre los bienes, que sólo se tiene, como adocrinaron entre otras las sentencias de esta Sala de 13 de junio y 20 de octubre de 1981, respecto de los que se detentan en vida.»

No es que discrepemos del resultado a que llega la sentencia; pero hubiera sido preferible una argumentación en el sentido de que el daño moral de los sobrinos que heredan a su tía es tan ténue que no merece una indemnización significativa, en vez de la empleada en aquélla, que parece concebir la indemnización por causa de muerte, sin base alguna en la ley, como una indemnización tasada, que no puede superar un implícito límite máximo, a distribuir entre todos los activamente legitimados (no hay razón para pensar que la única indemnización posible era la proveniente del seguro obligatorio del vehículo).

Mucho más indicativa del general actuar de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es, en fin, su sentencia de *20 octubre 1986*, en la que la viuda reclamaba en su nombre y en el de su hijo menor indemnizaciones por la muerte de su marido e hijo y padre y hermano, respectivamente:

«Durante un largo período de tiempo y a base de una interpretación literal y aislada del artículo 105 del Código Penal, se confundió los términos perjudicado y herederos, entendiéndose que sólo éstos eran perjudicados. Pero una interpretación más racional y sistemática del mismo precepto en

relación con el 104, llevó a esta Sala a declarar, hace casi treinta años, que las personas a quienes corresponde la indemnización por muerte ocurrida con motivo de accidente de circulación son los perjudicados y no los herederos, conforme a la normativa vigente en la esfera civil, ya que según la misma sólo los vivos son capaces de adquirir derechos, y únicamente pueden transmitirlos por vía hereditaria aquellos que al tiempo del fallecimiento del causante se hallasen integrando su patrimonio, condición que no concurre en la indemnización por causa de muerte producida como consecuencia de un accidente de tráfico, pues al ser la muerte la que genera el derecho a la indemnización, aparece evidente que este derecho lo adquieren los perjudicados originariamente y no por vía derivativa, ya que mal podía haber ingresado en el patrimonio del fallecido un derecho que nace después de su muerte y precisamente como consecuencia de ella. Doctrina que pacíficamente ha llegado hasta nuestros días como lo acreditan las sentencias bien recientes de 13 de junio, 20 de octubre y 20 de noviembre de 1981, y 20 de abril y 20 de diciembre de 1982, y que ha permitido compatibilizar las indemnizaciones a la esposa viuda y a los padres del fallecido cuando no existan hijos del matrimonio —sentencias de 1 de febrero de 1974, 12 de noviembre de 1981 y 20 de abril de 1982— y que los hermanos también pueden ser perjudicados, siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de la convivencia, la dependencia económica u otros supuestos de parecida entidad, que pierden su fuerza y eficacia en los casos de abandonos prolongados, desentendimiento de obligaciones familiares, rotura de estos vínculos, ignorancia de paradero u otras causas parecidas que suponen la rotura material y moral de aquéllos de manera voluntaria y consciente —sentencia de 25 de junio de 1983— situaciones negativas que no pueden darse en el caso enjuiciado, pues el hermano sobreviviente es un niño de corta edad.

»(...) Entienden los recurrentes que no puede indemnizarse a la esposa viuda y al hijo de ésta y del muerto, pues el heredero es el hijo y no la viuda, a la que sólo corresponderá un tercio en usufructo; y si a ésta se le concede indemnización por el hijo muerto, no debe recibirla el otro hijo sobreviviente, pues en el orden de prelación hereditaria los padres eliminan a los hermanos del muerto, argumentaciones que no pueden ser acogidas por los razonamientos que se hacen en el anterior fundamento jurídico.»

Quizá sea éste un buen lugar para decir de paso que el argumento reiteradamente empleado por el Tribunal Supremo para negar la existencia de pretensiones indemnizatorias *iure hereditatis* derivadas de la pérdida del bien «vida», me parece puramente conceptual y muy artificioso. Imaginemos que *A* administra a *B* un veneno mortal para el que no se conoce antídoto; pero que, antes de que el veneno haga efecto, *C*, también enemigo de *B* y que no sabía nada del envenenamiento, se acerca a *B* por la espalda y lo mata instantáneamente de un tiro en la nuca. Si estamos de acuerdo en que será *A*, y no *C*, quien habrá de indemnizar por la muerte de *B*, ya que cuando *C* disparó la vida de *B* ya no valía nada (otra cosa es que *C* responda penalmente de asesinato consumado y *A* sólo de asesinato frustrado), habremos de estar de acuerdo en que, a los efectos de la responsabilidad civil, la privación del bien «vida» se puede producir antes de

la extinción de la personalidad de la víctima. No quiero decir con ello que *el resultado* al que llega nuestro Tribunal Supremo sea equivocado, sino que habría de emplearse al efecto, bien el argumento de que la privación del bien «vida» *no es un daño* en el sentido propio de las normas de responsabilidad civil, bien el de que no puede tratarse sino de un daño moral y que, dada la específica función del resarcimiento de dicha clase de daño, no resulta sensato que la pretensión para exigirlo sea transmisible *mortis causa*, dado su carácter personalísimo. Pero conviene retomar ya el hilo de la exposición.

e) La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de *12 marzo 1975* concedió una indemnización por daño moral a la prometida del fallecido, en concurrencia con los padres de éste. La de la Sala de lo Civil de *26 enero 1972* afirmó la legitimación activa de la persona con la que el fallecido convivía como un hijo, pero sin haber sido adoptado regularmente. La de la Sala de lo Penal de *19 mayo 1969*, la de la concubina adulterina del difunto, así como la de sus dos hijas adulterinas. La de la misma Sala de *10 febrero 1972*, la de una señorita que convivía con la anciana fallecida y cuidaba de ella. Y la de la misma Sala de *2 febrero 1973*, la de los hijastros de la víctima, que convivían con ella y su marido, padre de aquéllos en primeras nupcias.

f) Mención aparte merece la sentencia de la Sala de lo Civil de *25 noviembre 1969*, que concede indemnización por causa de la muerte de un sujeto a una mujer que había celebrado matrimonio canónico y convivía con aquél, sin haberse disuelto previamente un anterior matrimonio civil de la mencionada mujer (con mejor criterio, a mi juicio, el Juez de Primera Instancia había desestimado la pretensión de ésta, acordando solicitar la instrucción de sumario por posibles delitos de bigamia y falsedad). Y la sentencia de la Sala de lo Penal de *31 mayo 1972*, que en un delirio de la razón jurídica, concedió indemnización por la muerte de un anciano al asilo en que vivía acogido.

g) En la única ocasión que el tema se ha planteado, en fin, se ha negado a una Congregación religiosa indemnización por la muerte de uno de sus miembros: sentencia de la Sala de lo Penal de *12 junio 1970*. Aunque la sentencia de la misma Sala de *30 junio 1965* apuntó que la Iglesia podía estar activamente legitimada en caso de muerte de un Obispo y un Canónigo.

IV

1. Todas las Salas del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia está siendo objeto de este trabajo, tienen en cuenta la concurrencia de culpa de la víctima como factor de disminución de la cuantía indemnizatoria. Se incluyen hoy también las Salas de lo Contencioso-

Administrativo, jurisdicción ésta que durante mucho tiempo fue reacia a admitirlo, desde la doctrina de que la responsabilidad de la Administración requería la existencia de «un nexo causal, directo o inmediato, entre el actuar imputable a la Administración y la lesión causada, nexo que ha de ser exclusivo, es decir, sin inmisiones o interferencias extrañas a las que pudieran cooperar terceros o el propio perjudicado». Véase la importante sentencia de 12 mayo 1982.

Aunque extraño desde un punto de vista puramente dogmático, ha resultado indudable a nuestra jurisprudencia que la culpa concurrente de la víctima sirve también para reducir la cuantía de las indemnizaciones concedidas a los personalmente perjudicados por la muerte de aquélla, pese a carecer éstos mismos de culpa alguna en la producción del accidente. Quizá porque la solución dogmáticamente «satisfactoria» —indemnización plena a los personalmente perjudicados por la muerte, con posibilidad de ulterior regreso del responsable contra los herederos de la víctima, en proporción a la culpa concurrente— conducirá lógicamente al absurdo de tener que sostener que, en caso de suicidio, los personalmente perjudicados por la muerte del suicida podrían reclamar indemnización a los herederos del mismo.

Dos puntos siguen, en fin, sin quedar claros. Uno, si cabe o no apreciar concurrencia de culpa cuando la víctima es un niño de corta edad: véanse las sentencias de la Sala de lo Civil de 5 abril 1963, 26 junio 1968, 15 noviembre 1982, 27 junio 1983, 10 diciembre 1985 y 10 octubre 1988. Dos, si se trata o no en verdad de una cuestión de hecho libremente apreciable por el Tribunal de Instancia y no revisable en casación: véanse las sentencias de la Sala de lo Civil de 20 febrero y 7 diciembre 1987 y 30 junio, 7, 20 y 28 octubre 1988.

2. Si dejamos de lado la ya citada sentencia de la Sala de lo Civil de 31 mayo 1985 (que, por lo demás, trató el problema como uno de falta de daño y no como uno de compensación de daños y lucros), cabe afirmar que la jurisprudencia de las Salas de lo Civil y lo Penal del Tribunal Supremo, en los casos de daños a las personas, no han aceptado supuesto alguno de *compensatio lucri cum damno*, al efecto de reducir la cuantía indemnizatoria del lesionado o de los personalmente perjudicados por la muerte de la víctima.

Es cierto que, salvo error u omisión por mi parte, nunca se ha planteado ante nuestro Tribunal Supremo la cuestión de si los perjudicados por la muerte de la víctima han de dejarse restar lo que recibieron de ella por vía de herencia o, al menos, los rendimientos del capital hereditario durante el período de tiempo en que la conducta del responsable ha adelantado dicha recepción; aunque es ya significativo que los abogados de los demandados no lo hayan intentado siquiera. Sí se ha planteado el problema de si, bien los personalmente perjudicados por la muerte de la víctima, bien los lesionados, deben dejarse restar las sumas procedentes de seguros privados de vida o accidentes: con clara respuesta negativa de nuestros Tribunales civiles

y penales. Que han reiterado también su doctrina de la más perfecta compatibilidad que las pretensiones indemnizatorias contra el responsable de la lesión o muerte con los capitales o pensiones pagadas por la Seguridad Social al perjudicado o perjudicados. Véanse las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *15 noviembre 1963, 20 mayo 1966, 19 enero y 24 noviembre 1967, 21 marzo 1969, 23 enero 1970, 22 febrero y 30 octubre 1971, 13 abril y 10 noviembre 1977, 23 mayo 1978, 29 diciembre 1979, 29 abril 1980, 5 enero y 4 octubre 1982, 9 marzo y 5 julio 1983, 12 abril y 8 octubre 1984, 6 mayo y 30 noviembre 1985 y 16 marzo 1987*. Y las de la Sala Segunda de *3 diciembre 1952, 23 febrero 1961, 15 enero 1965, 28 enero 1966, 7 marzo 1967, 26 enero 1968, 16 octubre 1969, 6 julio 1972 y 8 junio 1982*.

Donde menos claras han estado las cosas al respecto es en la jurisprudencia contencioso-administrativa: véanse, por ejemplo, las sentencias de *28 enero 1972, 16 noviembre 1974, 3 diciembre 1982 y 25 abril 1986*. Es cierto que en la importante sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de *2 abril 1985*, relativa a las lesiones sufridas por una asistente social del Gran Hospital del Estado de Madrid, al caerse uno de los ascensores del mismo, se lee:

«Frente a la sentencia que declara la responsabilidad patrimonial del Estado por importe de 1.000.000 de pesetas, la Administración apelante fundamenta su impugnación en dos motivos consistentes en la falta de prueba concreta y clara de la cuantía económica de los daños y perjuicios y en la procedencia de descontar de su importe la indemnización laboral reconocida a la demandante en el ámbito de la Seguridad Social.

»Partiendo del hecho indiscutible de que las lesiones sufridas por la accidentada y secuelas derivadas de las mismas comportan unos daños y perjuicios de innegable repercusión económica, los dos mencionados motivos inciden ambos en el tema de la cuantía de la indemnización y deben por ello resolverse al mismo tiempo en el sentido de que dicho tema, por su propia naturaleza, presupone un juicio estimativo de los Tribunales, fundado en la apreciación conjunta, racional y prudente de todos los datos y elementos aportados al proceso que se realiza con la finalidad de señalar una cantidad de dinero que suponga una reparación adecuada a la entidad de los daños y perjuicios sufridos, la cual necesariamente se desenvuelve en un margen de relatividad, especialmente si intervienen daños físicos y morales que comportan dolor y sufrimiento de imposible cuantificación rigurosamente matemática y, en dicho contexto, es indudable que la cantidad de 1.000.000 de pesetas para compensar lesiones consistentes en fractura de metatarsianos y clavícula izquierda y luxación del astrágalo calcáneo que tardaron en curar 496 días y dejaron secuelas de algias en columna lumbar, rodilla izquierda y pie derecho, constitutivas de incapacidad laboral permanente parcial, no sólo es calificable de prudente y adecuada, sino que incluso pudiera ser considerada excesivamente parca y moderada para reparar los daños físicos y morales y perjuicios económicos que comportan tan importantes lesiones y sus consecuencias posteriores, sin que en dicha cantidad sea procedente hacer minoración alguna por haberse reconocido

a la lesionada una indemnización laboral, ya que ésta constituye contra-prestación de cuotas que venía cotizando y se produce en un campo ajeno al de la responsabilidad patrimonial.»

Cierto es también, como ya vimos, que dicha doctrina ha sido reiterada en caso de responsabilidad por muerte por la reciente sentencia de la misma Sala de *15 abril 1988*. Pero igualmente lo es que en la sentencia de la misma Sala de *26 enero 1988* se lee:

«En principio, el fallo del Tribunal de Instancia es correcto, al acoger la pretensión de la actora de que se le indemnice por el Ayuntamiento de Sevilla, en la cantidad de 1.000.000 de pesetas, por los daños sufridos por el mal funcionamiento del servicio de ascensor en la maternidad donde trabajaba como limpiadora, al abrirse su puerta de acceso al mismo indebidamente, provocando su caída al foso en la planta sótano, lo que le produjo importantes lesiones. Decimos esto porque los hechos en sí, antes de pasar a examinar la situación laboral de la accionante, son el prototipo de los supuestos previstos en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, artículo 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, como remate, artículo 106.2 de nuestra Constitución.

»La singularidad del caso en debate radica precisamente en el hecho de que el luctuoso hecho se produjera como una incidencia en la jornada laboral de la recurrente, lo que motivó el que el mismo Ayuntamiento la atendiera en todo momento, pasando después a percibir las prestaciones correspondientes de la Seguridad Social, en la que la Corporación sevillana participa como empresario.

»Se trata, ni más ni menos, de un accidente laboral en el que ha participado como causa principal el mal funcionamiento de un servicio —el de ascensor o montacargas—, dentro del complejo de servicios del Centro sanitario donde los hechos se han producido. Pero un supuesto que, al estar previsto en el régimen general laboral de la Seguridad Social, tiene que ser éste contemplado desde la perspectiva que ofrece su propio Ordenamiento, ya que la normativa a que nos hemos referido al principio, instauradora de la responsabilidad civil de la Administración trata de cubrir responsabilidad de ésta no garantizada por los ordenamientos sectoriales.

»Lo expuesto queda evidenciado con sólo contemplar lo dispuesto en el artículo 93 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, en el que, lo que pudiera conseguirse a través de la puesta en práctica de la responsabilidad de la Administración, queda ya garantizado, al disponer que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones..., que es precisamente lo ocurrido en el caso que nos ocupa.

»El Ayuntamiento demandado tiene que hacer frente a ese plus —del 30 al 50 por 100—, pero no por la vía de los preceptos citados de la Ley de Expropiación Forzosa y la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sino por la establecida en el mencionado artículo 93 del Texto Refundido de la Seguridad Social, en el que se dice —en el número 2 del mismo— “que la responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior —parcialmente transcrito antes— recaerá directa-

mente sobre el empresario infractor...”, que es en este caso el Ayuntamiento de Sevilla.

»Precisamente, esta Sala ha dictado recientemente una sentencia —el 9 de febrero de 1987— en la que, análogamente a lo que aquí se razona, declara la incompatibilidad entre el percibo de las prestaciones que correspondan a un militar en acto de servicio, con otra más pretendida por la viuda en aquel proceso, invocando los mismos preceptos legales que la recurrente esgrime en el que aquí ocupa nuestra atención.»

No hará falta insistir en la enorme transcendencia que, de consolidarse, tendrá la doctrina sentada en la sentencia que acabo de transcribir. Me parece claro, sin embargo, que, aun muy digna de atención de *lege ferenda* en el marco de una reconsideración general del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es totalmente equivocada con el Derecho vigente en la mano: que apoya con nitidez la doctrina completamente opuesta de la sentencia de 2 abril 1985. No es sólo que los incrementos de las prestaciones de la Seguridad Social de un 30 a un 50 por 100 previstos en el artículo 93 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, tengan como presupuesto la culpa o negligencia del empresario, mientras que la responsabilidad civil de la Administración es exquisitamente objetiva. Es, sobre todo, que precisamente el artículo 97.3 del mismo texto legal dispone lo siguiente: «Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, *incluido el empresario*, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la Entidad Gestora o Mútua Patronal, en su caso, *sin perjuicio de aquellas responsabilidades*. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes *podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.*»

3. Sólo unas palabras, en fin, a modo de conclusión. Tras la lectura de muchísimas sentencias, tengo la convicción de que, en el marco de un acuerdo bastante general sobre cuáles sean las partidas o conceptos indemnizables, el cálculo de las indemnizaciones por los daños a las personas se ha basado y se sigue basando, como regla, en el «olfato» o el «ojo de buen cubero» del Juez o Magistrado de turno; que opta en no pocas ocasiones por conceder precisamente la cuantía solicitada en la demanda, si no la estima desorbitada, salvo reducción proporcional en caso de culpa de la víctima. Claro me parece también que ello ha provocado un resarcimiento proporcionalmente muy bajo de los daños más graves, frente a uno, quizá excesivo, de los daños más leves. Indudable resulta, por lo demás, que las cuantías indemnizatorias han crecido en los últimos años en mucha mayor medida que el coste de la vida; aunque no parece haya llegado aún el momento de poner en cuestión el principio general de la íntegra indemnización de los daños a las personas, por riesgo de que nuestro sistema económico no soporte la carga.

