

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Marzo de dos mil diez. .

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el número 1741/2004, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. José Luis Cosme Cosme, aquí representado por el procurador D. José Ignacio de Noriega Arquer, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 221/2004 por la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 9 de junio de 2004, dimanante del procedimiento ordinario número 169/2003 del Juzgado de Primera Instancia de Pravia. Habiendo comparecido en calidad de recurridas Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, aquí representada por el procurador D. Federico J. Olivares de Santiago y la Comunidad hereditaria de D. Raúl Díaz Pérez, aquí representada por el procurador D. César Hidalgo Senén.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia de Pravia dictó sentencia de 4 de diciembre de 2003 en el procedimiento de juicio ordinario n.º 169/2003, cuyo fallo dice: «Fallo. »Que estimando en parte la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Díez de Tejada, en nombre y representación de D. José Luis Cosme Cosme debo condenar y condeno a los demandados Comunidad hereditaria de D. Raúl Díaz Pérez y la Cía. de Seguros Zurich S. A. a que abonen conjunta y solidariamente a la actora en la suma de 28 823,17 euros, a los que se sumarán los intereses legales, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

**SEGUNDO.-** La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Por la parte actora se interesa la condena solidaria de los demandados a indemnizar la cantidad de 247 089,03 euros en concepto de responsabilidad civil derivada de las lesiones sufridas por la demandante como consecuencia del accidente de circulación, que tuvo lugar el día 2 de mayo de 2000, en el que se vio implicada junto con el fallecido D. Raúl Díaz Pérez, además de los intereses legales y costas. Del importe total solicitado, es especialmente relevante el capítulo de valoración del lucro cesante. Se ejercita la acción del artículo 1 LRCSCVM.

»Segundo. Por las partes demandadas se admite la existencia del accidente de circulación y se interesa la desestimación de la misma, por considerar en particular la compañía aseguradora que ya le han sido abonadas las cantidades correspondientes, discrepando de los conceptos y cuantías solicitadas, la procedencia de imponer intereses moratorios y costas procesales.

»Tercero. Habiendo quedado perfectamente delimitado el núcleo litigioso a examinar y reconocidos el hecho generador de la responsabilidad de los demandados, que en los puntos cuestionados queda acreditado por el examen de la prueba documental aportada a los autos y, en particular, por el testimonio del atestado de la Guardia Civil de Tráfico realizado a raíz del siniestro; y sin que en ningún caso se haya podido acreditar concurrencia de culpa de la víctima en grado alguno, quedan por establecer los siguientes puntos controvertidos respecto de los daños personales sufridos por el demandante y que son objeto de reclamación:

»a) Tiempo de curación: Ambos peritos médicos coinciden prácticamente en el cómputo de los días invertidos. Incluso el cálculo global del perito de la parte actora, Dr. de la Puente, es inferior en unos 10 días y, de forma coherente con la postura que luego se mantendrá respecto a la valoración de las secuelas, se opta por dicho cálculo. De los mismos 186 lo fueron de

hospitalización (9 203,28 euros) y los 534 suplementarios lo fueron de carácter impositivo (21 466,80 euros). De ello resulta un total de 30 670,08 euros.

»b) Secuelas a indemnizar: Vuelve a suceder que ambos peritos médicos coinciden en la determinación de las mismas y en su subsunción en los Capítulos II (tronco-pelvis), Capítulo IV (extremidades inferiores-rodilla), Capítulo V (sistema vascular periférico) y Capítulo Especial (perjuicio estético).

»c) Valoración de las secuelas: Se opta en este punto por el informe pericial rendido por el Dr. de la Puente a instancia de la parte actora. Como ya queda dicho, siendo coincidentes ambos peritos en la determinación de las secuelas, sólo queda coincidir con la opinión de ambos, vertida en el acto del juicio, en el sentido de apreciar que la puntuación de las determinadas es una cuestión esencialmente subjetiva dentro del margen u horquilla permitida por el Baremo. Por ello y por estimar razonables y ponderadas las puntuaciones del perito de la parte actora, en referencia a su relativa gravedad, resultan cincuenta y tres puntos, a 1402 euros cada uno -dada la edad de la víctima (74 306)- que sumados a los 14 puntos de perjuicio estético, valorados separadamente a 645,79 euros cada uno (9 041,06), suponen un total de 83 347,06 euros.

»d) Por lo que respecta al porcentaje del factor de corrección de perjuicios económicos a aplicar, decir que, acreditados los ingresos de la víctima en el tiempo del siniestro de conformidad con las certificaciones expedidas por la empresa de José Ramón García Ordoñez, no es posible la aplicación del máximo del 10% previsto en la Tabla IV por lo que procede establecer ponderadamente en el 7,5% dicho porcentaje a aplicar, lo que arroja un total de 6 251,03 euros.

»e) Por lo que respecta a la incapacidad derivada del siniestro, la misma ha sido calificada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en el grado de permanente total para la profesión habitual y, no habiendo podido demostrar la aseguradora demandada, a pesar de su reiterado seguimiento personal materializado en dos informes de SYS, Norte, detectives privados, de los cuales, uno de ellos, no se ha considerado oportuno unir a los autos, que el actor continúe en el ejercicio de la que era su profesión en el momento del siniestro, procede reconocer ponderadamente, en función de la edad del inválido, de su formación y de la muy remota posibilidad de que logre un contrato de trabajo por cuenta ajena de nivel similar al que pudiera disfrutar mientras desempeñaba con normalidad su profesión, de acuerdo con la previsión de la tabla IV del Baremo, la cantidad de 70 000 euros.

»Cuarto. El siguiente capítulo de la reclamación lo constituyen los presuntos perjuicios económicos causados al demandante en concepto de lucro cesante. Es necesario establecer que, en congruencia con lo que hasta este punto se lleva argumentado, no procede reconocer cantidad alguna por este concepto, toda vez que el mismo se encuentra incluido y es, por imperativo legal, inherente a las cuantías indemnizatorias establecidas en el Baremo de la LRCSCVM, tal como se plasma en el artículo 1.2 de la misma. Ni el estricto informe actuarial aportado con la demanda ni el propuesto por la Aseguradora, con sus factores de corrección de variables, pueden ser, en consecuencia tenidos en cuenta.

»Quinto. Por lo que respecta a la aplicación de los intereses moratorios simplemente establecer que no se está en el caso de aplicar lo dispuesto por el art. 20 LCS, toda vez que consta desde la temprana fecha de 25 de julio de 2000 se realizó consignación por la aseguradora, que fue aceptada como suficiente "a efectos de mora del asegurador" y totalmente insuficiente como indemnización. Así consta al folio 149 y 151 de los autos penales, cuyo testimonio obra unido a los presentes. Los codemandados abonarán, en su caso, el interés devengado conforme a lo dispuesto por el art. 576 LEC.

»Sexto. El conjunto de las cantidades reconocidas por los conceptos enumerados alcanza la cantidad de 190 268,17 euros, de los cuales es necesario sustraer la cantidad de 161 445 euros, que se desglosan en la ya citada consignación de 17 de mayo de 2000 (17 156,37 euros) y la consignada en el expediente de jurisdicción voluntaria 18/03 de este Juzgado (144 288,63 euros). El importe líquido total abonar lo constituye la cantidad de 28 823,17 euros.

»Séptimo. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1902 y 1903 CC y concordantes de la Ley del Seguro Privado y disposiciones complementarias, la responsabilidad de los demandados es solidaria.

»Octavo. Por aplicación de lo dispuesto en el art. 394 LEC y en atención a la estimación parcial de la demanda, no procede especial declaración respecto de las costas».

**TERCERO.**- La Sección n.º 5 de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia de 9 de junio de 2004 en el rollo de apelación 221/2004, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Estimar el recurso de apelación interpuesto por Seguros Zurich, S. A. y desestimar el formulado por D. José Luis Cosme Cosme contra la sentencia de fecha cuatro de diciembre de dos mil tres dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Pravia, en los autos de los que el presente rollo dimana, la que se revoca.

»Desestimar la demanda interpuesta por D. José Luis Cosme Cosme contra Comunidad Hereditaria de D. Raúl Díaz Pérez y Seguros Zurich, S. A., absolviendo a los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda.

»No hacer expresa declaración sobre las costas del recurso que se estima e imponer al actor las costas de su recurso».

**CUARTO.** - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. D. José Luis Cosme Cosme formuló demanda de juicio ordinario en reclamación de la cantidad de 241 377,66 € derivada de accidente de tráfico, contra la comunidad de herederos de D. Raúl Díaz Pérez y la Cía. Seguros Zurich S. A. Por el Juzgado se dictó sentencia estimatoria parcial de la demanda, fijando la indemnización a percibir por el actor en 28 823,17 € una vez sustraídas las cantidades ya percibidas por el mismo, y consignadas por la aseguradora, 17 156,37 € el 17 de mayo de 2000, y en expediente de jurisdicción voluntaria 18/03 144 288,63 € Tanto el actor como la aseguradora demandada interpusieron recurso de apelación.

»Segundo. El actor impugna en el escrito de preparación de recurso "la valoración de la incapacidad y perjuicios económicos causados en concepto de lucro cesante", solicitando por este concepto la cantidad de 148 516 € partida ésta que no cabe incluir conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2 LRCSCVM que dice, "los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente ley".

»Tercero. La demandada Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros S.A., de los distintos conceptos de que se compone el total de la indemnización, impugna: 1) La valoración de las secuelas y el perjuicio estético; 2) La indemnización por incapacidad permanente total; 3) No computar la indemnización obtenida al concurrir en el accidente de tráfico también el carácter de accidente laboral; 4) La imposición de intereses. En base a estos motivos y teniendo en cuenta la indemnización ya abonada, solicita la desestimación íntegra de la demanda, con imposición de costas al actor.

»Cuarto. Entrando a examinar el primer punto, las secuelas, la sentencia concede 53 puntos y 14 por perjuicio estético. La apelante defiende la puntuación dada por el perito judicial, más acorde a sus intereses, considerando insuficiente el razonamiento dado por el Sr. Juez, aunque reconoce que se encuentra dentro de la horquilla establecida en el baremo; por último, respecto del perjuicio estético, considera que la valoración debe ser de 10 puntos, la dada por el perito nombrado por el Juzgado, porque la cojera es una consecuencia de la rigidez de la rodilla y ya está valorada en tal secuela, por lo que valorarla una segunda vez supone una incorrección técnica y una valoración doble. El actor se opone en este punto, defiende la valoración dada en la sentencia, porque estando incluida dentro de la horquilla, el hecho de que el Juez se incline por una u otra pericial, está permitido por el artículo 348 LEC, que establece como regla de valoración la sana crítica, citando en apoyo de sus argumentaciones las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo y 16 de mayo de 2003. La Sala, a la vista de las argumentaciones de ambas partes y una vez examinadas ambas pruebas periciales y aclaraciones dadas en el acto del juicio, no aprecia motivos suficientes para modificar la valoración dada por el Juzgador de

primera instancia, porque entrando dentro de la horquilla no resulta ilógica ni irrazonable y, en cuanto al perjuicio estético, no existe la duplicidad invocada, pues la cojera tiene dos consecuencias claramente diferenciadas: la limitación de movilidad y la limitación estética que es obvia, estableciéndose en el baremo que "Ni la edad ni el sexo de la persona lesionada se tendrán en cuenta como parámetros de medición de la intensidad del perjuicio estético".

»Quinto. La sentencia valora la incapacidad permanente en 70 000 € La parte apelante, Zurich S.A., entiende que se ha aplicado incorrectamente la tabla IV del baremo, habiendo concedido la cantidad de 70 000 € que corresponde a una incapacidad absoluta, considerando que, de acuerdo con la prueba de detectives aportada a autos, de la que resulta que el actor se vale perfectamente para su nueva actividad, atendiendo durante toda la jornada laboral el bar restaurante La Dorada, la incapacidad ha de calificarse de parcial y, en consecuencia, entiende que debe ser valorada en sus correctos parámetros, estando ya pagada tal incapacidad por la misma. El apelado se opone mostrando su conformidad con la valoración de la sentencia por encontrarla acorde con la Ley 30/95 y sus actualizaciones posteriores. La Sala, a la vista de la prueba practicada, estima que concurre el factor de corrección de incapacidad permanente total, siendo correcta la cantidad abonada por este concepto por la aseguradora, que se encuentra dentro de la horquilla regulada en el baremo para este grado de incapacidad y resulta ajustada a las circunstancias concretas concurrentes, y ello con independencia de la indemnización percibida por accidente laboral.

»Sexto. Por lo anteriormente expuesto, procede la desestimación del recurso interpuesto por el actor y la estimación formulada por la demandada, desestimando íntegramente la demanda, sin hacer expresa imposición sobre sus costas, al apreciar la Sala dudas de hecho en cuanto a la cantidad a reclamar, en atención a la estrecha, pero en definitiva discrecionalidad que concede el baremo al Juzgador. Procediendo imponer las costas de su recurso al actor y no hacer expresa imposición sobre las causadas por el recurso de la demandada».

**QUINTO.-** En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. José y Luis Cosme Cosme se formula el siguiente motivo de casación:

Motivo primero y único. «Infracción de las normas

aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y, en concreto, infracción de las normas relativas a la indemnización del lucro cesante ocasionado como consecuencia de una negligencia en la conducción de vehículos a motor. (Artículo 1106 CC en relación con el artículo 1902 del mismo cuerpo legal)».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Se ha producido infracción, por inaplicación de la pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo, reconocida entre otras muchas, en las SSTS de 2 de abril de 1997 y de 6 de octubre de 1982, sobre la interpretación del artículo 1106 CC sobre el pleno resarcimiento que abarca todo menoscabo económico sufrido por el acreedor.

Cita las SSTS de 13 de abril de 1987, 28 de abril de 1992 (sobre el principio de indemnidad como designio de los artículos 1106 y 1902 CC) 8 de junio de 1993, 15 de julio de 1998, 30 de noviembre de 1993 (sobre la aplicación de un prudente criterio restrictivo a la estimación de lucro cesante).

La interpretación de la sentencia de apelación supone una ruptura de tales principios establecidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por cuanto se impide una prueba concreta del lucro cesante existente en cada caso de forma individualizada y conforme a hechos de realización posible o, como dice una autorizada doctrina, aplicando criterios de probabilidad, de acuerdo con lo que se puede llamar el curso normal de los acontecimientos (STS 16 junio 1993).

Es decir, que frente a la propuesta por la parte recurrente para determinar el lucro cesante padecido por el actor de conformidad con una serie de aprecios o cálculos teóricos, basados en una cierta probabilidad objetiva inscrita en el curso normal de los acontecimientos, según el informe actuarial presentado, definido por la sentencia de instancia como «estricto informe actuarial», la Audiencia Provincial de Oviedo ha sostenido la aplicación generalizada, uniforme y, por tanto, escasamente objetiva, del Baremo anexo a la LRCSCVM.

Cita la STS de 10 de mayo de 1993 contraria a estimar que la indemnización por lucro cesante suponga una duplicidad por haberse indemnizado las secuelas.

Habiéndose, pues, acreditado por la parte concretos perjuicios sufridos en concepto de lucro cesante, es injusto pretender que el mismo se encuentra sobradamente indemnizado mediante la indemnización prevista para las secuelas, pues ésta no contempla los perjuicios colaterales derivados de la imposibilidad de volver a trabajar para cualquier profesión para la que el demandante estuviera cualificado.

Los perjuicios ocasionados al actor son muy superiores al factor de corrección previsto por el Baremo, pues éste venía percibiendo un salario mensual de 299 000 ptas. y el mismo ha quedado reducido en la actualidad, a consecuencia del siniestro a una pensión vitalicia por invalidez permanente total de 608,31 €

Cita la STC 156/2003, de 15 de septiembre de 2003, sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por las previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del Anexo de la Ley 30/1995, la cual señala los requisitos que concurren sobradamente en el supuesto que nos ocupa, por lo que la sentencia recurrida comporta la vulneración del artículo 24.1 CE.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito y los documentos que lo acompañan con sus copias, se sirva tener por interpuesto en tiempo y forma recurso de casación en su día preparado contra la Sentencia dictada en apelación en fecha 9 de Junio de 2004 incorporarlo a los Autos originales a remitir a la Sala Primera del Supremo, órgano competente para conocer del mismo y, en su día, previo los trámites de ley, se dicte Sentencia por la que se case y anule la recurrida, estimando la pretensión de esta parte relativa a la indemnización de lucro cesante, con arreglo a los motivos expresados en el presente recurso.»

**SEXTO.-** Por ATS de 24 de abril de 2007 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto al amparo del artículo 427.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

**SÉPTIMO.-** En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A., se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

El recurso incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2, en relación con los arts. 481.1 y 479.2 LEC, ya que el escrito de interposición del recurso de casación se fundamenta en unas infracciones legales diferentes a las indicadas en la preparación. En el escrito de preparación se alegaba únicamente la infracción de los arts. 1902 y 1903 CC, así como el art. 1 LRCSCVM, sin que ninguna referencia se hiciera a la doctrina del lucro cesante y al art. 1106 CC, ahora citado como infringido.

El recurso adolece de confusiónismo por citar en un mismo motivo normas con contenido diferente, sin exponer adecuadamente la relación que guarden entre sí, y por mezclar cuestiones jurídicas heterogéneas (SSTS 25 de enero de 2000 y 27 de enero de 2000).

El baremo de la Ley 30/95 ya calcula dentro de sus tablas el perjuicio económico sufrido por el lesionado en concepto de lucro cesante, como expresamente reconoce el art. 1.2. Sobre la constitucionalidad de tal doctrina se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia de 3 de marzo de 2003, por lo que considera conforme a Derecho la sentencia de la Audiencia que ahora se recurre. Para la hipótesis de que por esa Sala se casase la sentencia, a nuestro entender no cabría la fijación de lucro cesante, por cuanto que la prueba practicada acredita que la indemnización solicitada por tal concepto es artificiosa, como así se acredita con el informe aportado a la contestación a la demanda, con posterior ratificación y examen en el plenario por su autor, que demuestran claramente cómo el cálculo del demandante es contingente y basado en conjeturas, sin el rigor necesario que permita su inclusión. El perito actuarial propuesto por la hoy recurrente reconoció en el juicio que no había tenido en cuenta datos reales que de haberse contemplado en su informe harían variar de forma importante su resultado. Y es que el perito no tuvo en cuenta que el lesionado estaba al frente de un negocio de bar restaurante, el cual, como es lógico le proporciona unos ingresos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de calcular el lucro cesante.

Termina solicitando de la sala «[q]ue teniendo por presentado este escrito con sus copias, tenga por impugnado el Recurso de Casación a que me refiero en el encabezamiento, se sirva admitirlo y en su virtud, declare no haber lugar al mismo interpuesto por D. José Luis Cosme Cosme, contra la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Ilma. Audiencia Provincial de

Asturias en el Rollo de apelación núm. 221/2004, condenando al recurrente al pago de las costas.»

**OCTAVO.-** El escrito de oposición presentado por la representación procesal de la comunidad hereditaria de don Raúl Díaz Pérez se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

El recurrente, tanto en el relato de «antecedentes» como en el expositivo correspondiente al único motivo casacional pretende sustituir la correcta y ajustada valoración probatoria que resultó de la sentencia recurrida.

Todos los perjuicios económicos derivados del siniestro en el que resultó perjudicado -días de baja, secuelas e incapacidad, e igualmente lucro cesante- le fueron resarcidos oportunamente.

El importe del resarcimiento pertenece privativamente al ámbito de estricta valoración probatoria.

En relación con la "infracción a las normas reguladoras del lucro cesante", el recurrente vindica una interpretación subjetiva e interesada del sistema indemnizatorio establecido en el anexo de la LRCSCVM, postulando que los perjuicios por el reclamados en concepto de «lucro cesante», «no estaban incluidos en el baremo» y que por tanto hubieron de abonarse fuera de las previsiones del baremo.

Los perjuicios que dice haber sufrido en concepto de lucro cesante derivados de la secuela e incapacidad, al margen de no haberse acreditado en modo alguno, ya le fueron debidamente indemnizados por vía de aplicación del baremo vigente.

No cabe pretender una indemnización del lucro cesante, al margen del baremo por cuanto la aplicación del Apto. 1, 7 del Anexo LRCSCVM no deja lugar a dudas en cuanto a que dicho concepto está expresamente incluido y baremizado, según la literalidad de la norma. Corroborada la tesis mantenida acerca de que no cabe indemnizar el lucro cesante al margen y de manera independiente a los conceptos indemnizatorios determinados y los factores de corrección previstos en el baremo, el art. 1.2 LRCSCVM.

Finalmente, la parte recurrida llama la atención de esta Sala acerca de la nula acreditación de los «perjuicios colaterales» que el recurrente insiste en reclamar, se invoca la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto la exigencia de cumplida prueba del perjuicio, que el Sr. Cosme Cosme en ningún caso acredita, pues resultan insuficientes sus invocaciones que no dejan de ser meras expectativas de ganancia.

En relación a las ganancias dejadas de obtener recogidas en el artículo 1106 CC, en cuyo precepto funda su pretensión el recurrente, la doctrina jurisprudencial es constante y unánime en exigir, para proceder a la indemnización de perjuicios, la prueba cumplida y convincente sin que baste la consideración de pérdidas dudosas o contingentes o de ganancias razonables dejadas de obtener (por todas, SSTS 30 de junio de 1993, 21 de octubre de 1996).

Las costas del recurso habrán de serle impuestas a la recurrente como consecuencia de la desestimación de su recurso y lo manifiestamente infundadas que resultan las alegaciones contenidas en el mismo.

Termina solicitando de la Sala «[q]ue por presentado este escrito, con sus preceptivas copias, se sirva admitirlo, nos tenga por opuestos al recurso de casación formalizado de adverso, para en su día, y previos los oportunos trámites, dicte sentencia desestimando íntegramente el mencionado recurso, confirmando la recurrida en todos sus términos, con imposición de costas a la recurrente.»

**NOVENO.-** Para la votación y fallo del recurso por el Pleno de la Sala se fijó el día 15 de julio de 2009, en que comenzó la deliberación y continuó en sesiones posteriores terminando el 22 de marzo de 2010, habiéndose dictado la sentencia fuera de plazo dada la complejidad del asunto.

**DÉCIMO.-** En los fundamentos de esta resolución se ha utilizado las siguientes siglas:

ATC, auto del Tribunal Constitucional.

CC, Código Civil.

LCS, Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LEC 1881, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, reformada.

LRCSCVM, Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

RCU, recurso de casación para la unificación de doctrina (social).

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

TC, Tribunal Constitucional.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, que expresa el parecer de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** - Resumen de antecedentes.

1. El 2 de mayo de 2000 se produjo una colisión entre el vehículo conducido por el demandante y otro vehículo, cuyo conductor falleció.

2. Como consecuencia del accidente, el demandante requirió 186 días de hospitalización, 534 días de incapacidad, y quedó con secuelas.

3. El conductor del primer vehículo presentó demanda contra los herederos del conductor fallecido, causante del accidente, y contra su aseguradora reclamando la diferencia entre la suma consignada por la aseguradora y la indemnización que a su juicio le correspondía por incapacidad permanente absoluta, más el lucro cesante que acreditaba por medio de prueba pericial por importe de 143 516 €

4. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, y concedió, entre otros extremos, una indemnización por incapacidad permanente total por importe de 70 000 € pero desestimó la reclamación por lucro cesante por entender que este concepto se encuentra incluido en las cuantías indemnizatorias establecidas en el «baremo» de la LRCSCVM con arreglo al artículo 1.2 LRCSCVM, por lo que no procedía tener en cuenta el informe actuarial aportado con la demanda ni el propuesto por la aseguradora, con sus factores de corrección de variables. Se fijó la indemnización a percibir por el actor en 28 823,17 € una vez sustraídas las cantidades ya percibidas por el mismo, y consignadas por la aseguradora, de 17 156,37 € y 144 288,63 €

5. La sentencia fue recurrida por la aseguradora y por el demandante, el cual únicamente se opuso al pronunciamiento de desestimación de la reclamación por lucro cesante.

6. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de la aseguradora, considerando correcta la cantidad en su día abonada por la aseguradora por incapacidad permanente total, por hallarse dentro de la horquilla prevista en el sistema de valoración (la cual quedaba fijada implícitamente en la suma de 41 176,98 euros), y desestimó el recurso del demandante fundándose en que no cabe incluir el lucro cesante en el artículo 1.2 LRCSCVM.

7. Contra esta sentencia la parte demandante interpone recurso de casación, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 427.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

**SEGUNDO.** - Enunciación del motivo.

El motivo primero y único de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y, en concreto, infracción de las normas relativas a la indemnización del lucro cesante ocasionado como consecuencia de una negligencia en la conducción de vehículos a motor. (Artículo 1106 CC en relación con el artículo 1902 del mismo cuerpo legal)».

El motivo se funda, en síntesis, en que se ha infringido la jurisprudencia sobre interpretación del artículo 1106 CC en relación con el resarcimiento del lucro cesante, apreciado según un prudente criterio, pues la sentencia, rechazando el informe actuarial presentado, impide una prueba concreta del lucro cesante aplicando criterios de probabilidad de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos. Añade que la sentencia realiza una interpretación uniforme del Anexo a la LRCSCVM al entender que el lucro cesante está sobradamente indemnizado mediante la indemnización prevista para las secuelas; pero ésta no contempla los perjuicios derivados de la imposibilidad de volver a trabajar para cualquier profesión cualificada, que son muy superiores a los compensados por el factor de corrección previsto en el baremo. Cita, finalmente, la jurisprudencia constitucional sobre la inconstitucionalidad de la Tabla V, y sostiene que en el caso enjuiciado concurren los requisitos exigidos por el TC para que sea procedente el abono de la indemnización por lucro cesante.

El motivo debe ser estimado.

**TERCERO.** - La compensación del lucro cesante.

A) El régimen legal de responsabilidad civil por daños causados en la circulación distingue conceptualmente entre la determinación del daño y su cuantificación. La determinación del daño se verifica al establecer la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la circulación. El artículo 1.1 LRCSCVM establece que «[e]l conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.» La cuantificación del daño, según el artículo 1.2 LRCSCVM, debe realizarse «en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley», es decir, con arreglo al Sistema de valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación (llamado usualmente «baremo»).

B) La determinación del daño se funda en el principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados. Así se infiere del artículo 1.2 LRCSCVM, el cual define como daños y perjuicios determinantes de responsabilidad «[l]os daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales».

En la cuantificación del daño se aplica el mismo principio de reparación íntegra del daño causado. El criterio del apartado primero, número 7, del Anexo enumera las circunstancias que se tienen en cuenta «[p]ara asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados». La Tabla II, según las reglas del Anexo segundo, sobre explicación del sistema, describe los criterios para ponderar los «restantes daños y perjuicios ocasionados» en el caso de fallecimiento, es decir, los que exceden de la indemnización básica que resulta de la aplicación de la Tabla I. Este principio es también aplicable a la Tabla IV, en el caso de lesiones permanentes, cuya explicación se remite a la de la Tabla II. De esta suerte, la Tabla IV describe los criterios para ponderar los «restantes daños y perjuicios ocasionados» en el caso de lesiones permanentes, es decir, los que exceden de la indemnización básica que resulta de la aplicación combinada de las Tablas III y VI.

C) Con arreglo a este principio de reparación integral del daño causado, el régimen de responsabilidad civil por daños a la persona en accidentes de circulación comprende el lucro cesante.

En el ámbito de la determinación del daño, el artículo 1 LRCSCVM incluye en los daños y perjuicios causados a las personas «[e]l valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener». Este sintagma se toma del artículo 1106 CC, el cual se admite pacíficamente que se refiere al lucro cesante.

En el ámbito de la cuantificación del daño, el Anexo, primero, 7, establece como circunstancias que se tienen en cuenta para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados «las circunstancias económicas, incluidas las que afecten a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado».

A su vez, los aumentos resultantes de la aplicación de los factores de corrección comprendidos en la Tabla II, y consiguientemente, en la Tabla IV, se satisfacen separadamente y con carácter adicional a los que la LRCSCVM llama «gastos correspondientes al daño emergente, esto es, los de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro y funeral» (Anexo segundo, Tabla II). Con ello, a contrario sensu [por inversión lógica], debe admitirse que se contemplan criterios para la valoración del lucro cesante.

D) En la Tabla IV, que es la aplicable en el caso enjuiciado, el factor de corrección por perjuicios económicos se integra con un porcentaje mínimo y máximo de aumento sobre la indemnización básica respecto de cada tramo en que se fijan los ingresos netos de la víctima calculados anualmente. Este factor aparece incluido, con estructura y contenido casi idénticos, en las tablas II (fallecimiento), IV (lesiones permanentes) y V (incapacidades temporales). Este factor de corrección está ordenado a la reparación del lucro cesante, como demuestra el hecho de que se fija en función del nivel de ingresos de la víctima y se orienta a la reparación de perjuicios económicos. La regulación de este factor de corrección presenta, sin embargo, características singulares. Su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican

sobre la indemnización básica, es decir, sobre un valor económico orientado a resarcir un daño no patrimonial, y se funda en una presunción, puesto que no se exige que se pruebe la pérdida de ingresos, sino sólo la capacidad de ingresos de la víctima. De esta regulación se infiere que, aunque el factor de corrección por perjuicios económicos facilita a favor del perjudicado la siempre difícil prueba de lucro cesante, las cantidades resultantes de aplicar los porcentajes de corrección sobre una cuantía cierta, pero correspondiente a un concepto ajeno al lucro cesante (la indemnización básica) no resultan proporcionales, y pueden dar lugar a notables insuficiencias.

El factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta ha sido interpretado por algunos como un factor que tiene por objeto resarcir el perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral. Sin embargo, esta opinión es difícilmente admisible con carácter absoluto, pues la regulación de este factor demuestra que tiene como objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales. En efecto, en la enunciación del factor de corrección se utiliza el término «ocupación o actividad habitual» y no se contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado. Por otra parte, este factor de corrección es compatible con los demás de la Tabla (Anexo, segundo, Tabla II), entre los que se encuentra el factor de corrección por perjuicios económicos. La falta de vertebración de los tipos de daño de que adolece el Sistema de valoración impide afirmar que este factor de corrección sólo cubre daños morales y permite aceptar que en una proporción razonable pueda estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima; pero no puede aceptarse esta como su finalidad única, ni siquiera principal (en este sentido se ha pronunciado la STS [Social] de 17 de julio de 2007, RCU 4367/2005).

En suma, se advierte la existencia de una antinomia entre la consagración del principio de la íntegra reparación para la determinación y la cuantificación de los daños causados a las personas en accidente de circulación, por una parte, y la cuantificación para la indemnización de lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima que resulta de la aplicación de los factores de corrección.

E) Una interpretación doctrinal trata de superar esta antinomia poniendo de relieve que el artículo 1.2 LRCSCVM se remite, en primer lugar, a los criterios del Anexo y, en segundo lugar, a los límites indemnizatorios fijados en él. Caben, en consecuencia -se sostiene-, dentro del sistema de cuantificación del daño valoraciones efectuadas de acuerdo con los criterios del Anexo, primero, 7 (entre los que figuran el principio de total indemnidad, pérdida de ingresos de la víctima y posible concurrencia de circunstancias excepcionales) al margen de los límites cuantitativos de las Tablas, en la medida en que se presenten daños no contemplados en ellas.

Sin embargo, esta Sala, reconociendo su importancia, no puede aceptar plenamente esta interpretación. Por una parte, la utilización de presente de indicativo en el Anexo, primero, 7, a diferencia de lo que ocurre en relación con los criterios establecidos en los demás apartados del Anexo, primero, que aparecen redactados en tiempo futuro, impide atribuir a los criterios del Anexo, primero, 7, un valor normativo corrector de los límites establecidos en las Tablas. Por otra parte, el régimen de responsabilidad civil por daños a las personas causados a la circulación descansa sobre la cuantificación del daño mediante la aplicación de los criterios y límites que componen el Sistema de valoración. Admitir que la insuficiencia de las Tablas o la concurrencia de circunstancias excepcionales permite la aplicación de criterios de indemnización prescindiendo de los límites establecidos en ellas equivaldría, en la práctica, a desconocer el valor vinculante del Sistema de valoración para la cuantificación del daño, consagrado en el artículo 1.2 LRCSCVM. En suma, es aceptable reconocer a los criterios del Anexo primero, 7, el valor de reglas de principio interpretativas y de cobertura de lagunas en las Tablas. Pero, por sí mismos, son insuficientes para mantener una interpretación que lleve el resarcimiento del daño más allá de los límites expresamente previstos en ellas.

F) La STC 181/2000 declaró la inconstitucionalidad del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la LRCSCVM (factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias), entre otras razones, por no ser apto para atender la pretensión de resarcimiento por lucro cesante de las víctimas o perjudicados con arreglo a la prueba suministrada en el proceso e infringirse, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva.

El TC, aceptando que los sistemas de responsabilidad objetiva cabe limitar la determinación del daño objeto de resarcimiento, considera que la inconstitucionalidad declarada afecta únicamente a los supuestos en los cuales se acredite que el conductor responde en virtud de culpa relevante. Con ello se sienta implícitamente que una valoración insuficiente del daño por la ley puede ser equivalente a una limitación de la indemnización. Esta limitación es admisible si la CE la permite y así ocurre si no hay culpa del causante del daño.

En virtud de esta STC se ha incorporado al Anexo LRCSCVM una explicación para la Tabla V que exceptúa de su aplicación el caso en «que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.» Se entiende que en este caso el importe de la indemnización vendrá determinado por los perjuicios efectivamente probados, si son superiores.

Se ha planteado la duda de si los pronunciamientos de inconstitucionalidad que efectúa el TC, los cuales literalmente solo afectan al apartado B) de la Tabla V del Anexo, pueden aplicarse a los factores de corrección por perjuicios económicos de las Tablas II y IV, aparentemente idénticos.

A juicio de esta Sala, la respuesta debe ser negativa, pues la jurisprudencia constitucional, en cuantas ocasiones se ha planteado por la vía del recurso de amparo la extensión de la doctrina formulada en relación con la Tabla V a las restantes tablas, ha considerado que la interpretación judicial contraria a la expresada extensión no incurre en error patente ni en arbitrariedad ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC, entre otras, 42/2003, 231/2005). La STC 258/2005 declara que «el evento generador de la responsabilidad civil, la muerte de una persona, como el sujeto acreedor al pago, los padres, son distintos a los dispuestos en aquella, donde el evento es la lesión corporal con efectos de incapacidad temporal y el sujeto acreedor el propio accidentado.»

Esta jurisprudencia constitucional, según se desprende de la última cita, tiene una justificación en que la naturaleza del lucro cesante desde el punto de vista de la imputación objetiva al causante del daño es distinta en el supuesto de la Tabla V, pues se trata de un perjuicio ya producido, frente a los supuestos de las Tablas II y IV, en que se trata de daños futuros que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo, y en que la Tabla II el perjudicado no es la víctima, sino un perjudicado secundario. Resulta, pues, que el TC rechaza que el resarcimiento de lucro cesante futuro constituya una exigencia constitucional en el ámbito del régimen de responsabilidad civil por daños a las personas producidos en la circulación de vehículos de motor. Asimismo, al menos en un caso no se ha admitido un recurso de amparo contra una sentencia en las que se incluía la indemnización del lucro cesante futuro (ATC de 26 de mayo de 2003). El TC ha considerado, en suma, que la cuestión acerca de la posibilidad de incluir o no el lucro cesante futuro en la reparación de daño corporal sufrido en accidentes de circulación de vehículos de motor es una cuestión de legalidad ordinaria.

De esto se sigue la improcedencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por no admitir el Sistema de valoración la indemnización íntegra de lucro cesante futuro según la prueba practicada ante el tribunal en los casos de incapacidad permanente y la necesidad de que la antinomia planteada entre el principio de reparación integral del daño (que juega no sólo en el ámbito de su determinación, sino también en el de su cuantificación) y la cuantificación insuficiente de lucro cesante mediante la aplicación de los factores de corrección sea resuelta, en el ámbito de la legalidad ordinaria, en la medida en que lo permitan los límites tabulares establecidos en el Sistema de valoración. Este es el límite que se impone en la jurisdicción ordinaria, en virtud del principio de imperio de la ley, a la que consideramos lógica extensión de la doctrina sentada por el TC en relación con la indemnización por incapacidad temporal (Tabla V) a la indemnización por incapacidad permanente (Tabla IV).

G) En relación con las situaciones de incapacidad permanente, la solución viene facilitada por el tenor literal de las reglas tabulares. La Tabla IV, en efecto, se remite a los «elementos correctores» del apartado primero, número 7, del Anexo y establece un porcentaje de aumento o de reducción «según circunstancias». La intención original del legislador pudo ser la de referirse específicamente a los elementos calificados expresamente como correctores en el Anexo, primero, 7. Sin embargo, la literalidad del texto va mucho más allá, de tal suerte que una interpretación sistemática obliga a abandonar la mens legislatoris [intención de legislador] y

entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado no pueden ser solo los expresamente calificados como de aumento o disminución, sino todos los criterios comprendidos en él susceptibles de determinar una corrección de la cuantificación del daño; por consiguiente, también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima.

Concurren diversas razones para ello: (a) La remisión de la Tabla IV se hace en general a los elementos correctores del «apartado primero, 7, del Anexo», cuyos conceptos figuran incluidos en un único apartado, el cual está dividido en tres incisos (separados por un punto y seguido), de los cuales el segundo y el tercero hacen referencia a circunstancias que tienen un sentido corrector, aunque solo las incluidas en el párrafo tercero son calificadas como elementos correctores de aumento o de disminución. (b) Las circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima, a las que se refiere el Anexo, primero, 7, en el segundo inciso, por definición no pueden haber sido previstas de modo específico en las Tablas, sino solo genérico, y tiene este carácter el factor de corrección que se refiere genéricamente a los elementos correctores. (c) El texto de la Tabla IV en que se contiene la remisión a los elementos correctores del «apartado primero, 7, del Anexo» contiene una 'descripción' de los criterios y elementos correctores (así lo explica el Anexo, segundo, Tabla II, aplicable a la Tabla IV), por lo que es lícito entender que no se trata de una mera cita sujeta a la calificación formal contenida en el texto objeto de la remisión, sino una descripción integrada por el conjunto de criterios contenidos en el texto que se invoca, de tal suerte que la naturaleza de elemento corrector puede predicarse de cualquiera de las circunstancias mencionadas en él, aunque no sea directamente calificado como 'de aumento' o 'de disminución'. (d) La expresión 'factores correctores', que puede considerarse semánticamente equivalente a 'elementos correctores', aparece a lo largo de las tablas II, IV y V para referirse en general a circunstancias relacionadas con los diversos conceptos que se recogen el Anexo primero 7, y no solo a los calificados como elementos correctores, por lo que es lícito concluir que todas aquellas circunstancias son susceptibles de ser considerados como factores o elementos correctores.

La singularidad de la Tabla IV de permitir no solo la disminución, sino también el aumento, y de no establecer limitación cuantitativa alguna en la ponderación del factor de corrección por concurrencia de elementos correctores del Anexo, primero, 7, en contraposición al principio seguido en las demás Tablas (donde sólo se admite la consideración de elementos de reducción de la indemnización con un límite cuantitativo), tiene su justificación sistemática en la aplicación del principio de indemnidad total de la víctima de secuelas permanentes, especialmente en los casos de gran invalidez, dada la gravedad de los supuestos y la dificultad de prever con exactitud todas las circunstancias.

En suma, el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor.

H) La solución que permite la interpretación de la ley aplicable, que seguidamente se desarrollará, puede estimarse, sin duda, no plenamente satisfactoria. Nuestra función es la de establecer cuál es la correcta interpretación de la ley con fines de seguridad jurídica y unificación de criterios en la aplicación de la ley por los tribunales civiles. Esta unificación permitirá al legislador, si lo estima conveniente, adoptar las medidas oportunas para modificar el régimen de indemnización de lucro cesante por daños corporales en accidentes de circulación si considera que éste, cuya interpretación ahora definitivamente fijamos, no es el más adecuado a los intereses generales.

**CUARTO.** - Requisitos para la indemnización del lucro cesante.

De lo razonado se sigue que el factor de corrección de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero, 7, debe aplicarse siempre que:

1) Se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido.

2) Este no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos, ya que la falta de vertebración de la indemnización por este concepto de que adolece la LRCSCVM no impide que este se tenga en cuenta.

A juicio de esta Sala, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios:

3) La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Sistema y, por ende, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible, que en este caso es el que corresponde a un porcentaje del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos.

4) La aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección.

5) El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica.

6) El porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicables la Tabla IV.

**QUINTO.** - Aplicación de la doctrina al caso examinado.

En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que:

1) Se ha probado mediante informes actuariales la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos, que la Sala aplica en un 7,5% de la indemnización básica por lesiones permanentes (que arroja un total de 6 251,03 euros), y el lucro cesante realmente padecido.

En el informe actuarial presentado por la parte el lucro cesante se cifra en 148 516,48 € El informe actuarial presentado por la aseguradora demandada, que es el que resulta menos favorable a la parte recurrente, niega la existencia de lucro cesante necesitado de ser compensado, pero se funda en que la suma en que puede cifrarse el lucro cesante resulta compensada, entre otros conceptos, por el factor de corrección por incapacidad permanente total, cosa que no puede ser admitida por esta Sala, al menos con carácter absoluto, según se ha razonado. De esto se sigue que el importe del lucro cesante quedaría fijado en 64 117, 20 euros, teniendo en cuenta las deducciones que hace el perito por actualización del capital coste de la pensión de invalidez y (en un 15%) por probabilidad estadística de obtención de trabajo.

De esto se infiere que la compensación del lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima, en relación con el factor de corrección por perjuicios económicos aplicado, en relación con los dos dictámenes obrantes en el proceso, se halla entre porcentajes que no alcanzan el 5% y el 10% respectivamente.

2) Este lucro cesante no resulta compensado de forma suficiente por otros factores, especialmente por el factor de corrección por incapacidad permanente. Dado que la sentencia recurrida no hace especiales consideraciones sobre este punto, pues se limita a manifestar que la indemnización concedida, según las circunstancias, está en la horquilla legal, pero teniendo en cuenta que la prueba sobre la incapacidad permanente versó fundamentalmente sobre la actividad laboral del afectado, podría aceptarse como razonable que la indemnización concedida

por incapacidad permanente total pueda imputarse en un 50% al lucro cesante, y el resto a daño no patrimonial. De aceptarse esta hipótesis, la proporción en que resultaría resarcido el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima apenas alcanzaría el 20% a tenor la cantidad que resulta del dictamen por ella presentado, y no alcanzaría el 40% según la cantidad que resulta del dictamen presentado por la aseguradora.

3) La Sala estima que, a la vista de estas proporciones y de la suma concedida como indemnización básica, debe aplicarse ponderadamente como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado un porcentaje intermedio de un 40% de incremento sobre la indemnización básica.

4) La suma que resulta de la aplicación de este factor de corrección es compatible con la concedida por el factor de corrección por perjuicios económicos.

5) De esta forma el lucro cesante resulta compensado, en conjunto, en una proporción razonable, que se encuentra entre una cifra algo superior al 40 %, según resulta del dictamen presentado por la parte recurrente, y algo superior al 90%, según resulta del dictamen presentado por la aseguradora.

6) El porcentaje fijado no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que, como ha quedado establecido, el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un porcentaje para compensar el lucro cesante más allá del factor de corrección por perjuicios económicos mediante una corrección por aumento de la indemnización básica cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicable la Tabla IV. Aplicando el factor de corrección en un porcentaje del 40% sobre la indemnización básica por incapacidad permanente (83 347,00 euros) se obtiene la suma de 33 338,80 euros.

**SEXTO.** - Estimación del recurso.

La estimación del recurso de casación conduce a casar la sentencia recurrida y a estimar parcialmente el recurso de apelación y la demanda.

De los razonamientos de la sentencia recurrida se infiere que la desestimación de la demanda se funda en considerar correctas las cantidades consignadas por la aseguradora imputadas a los siguientes conceptos: 114 017,00 euros por incapacidad temporal y secuelas; 41 176,98 euros por incapacidad permanente total (esta suma se obtiene por inducción a partir de la liquidación de la cantidad consignada, considerada correcta por la sentencia); 6 251,03 euros por factor de corrección por perjuicios económicos. A estas cantidades debe añadirse la suma de 33 338,80 euros que resulta de la aplicación de un porcentaje del 40% sobre la indemnización básica por secuelas. Esto conduce a la consecuencia de la estimación parcial de la demanda por la expresada suma.

Por las razones expuestas en la sentencia de primera instancia, no procede la imposición de los intereses del artículo 20 LCS.

Conforme se solicita en la demanda, procede el abono de los intereses legales desde la demanda y de los procesales previstos en el artículo 576 LEC desde la fecha de esta sentencia.

No ha lugar a la imposición de las costas de apelación ni a las de este recurso de casación. Así se infiere del régimen establecido en los artículos 394 y 397 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **F A L L A M O S**

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José y Luis Cosme Cosme contra la sentencia de 9 de junio de 2004 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias en el rollo de apelación n.º 221/2004 cuyo fallo dice:

«Fallo. »Estimar el recurso de apelación interpuesto por Seguros Zurich, S. A. y desestimar el formulado por D. José Luis Cosme Cosme contra la sentencia de fecha cuatro de diciembre de dos mil tres dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Pravia, en los autos de los que el presente rollo dimana, la que se revoca.

»Desestimar la demanda interpuesta por D. José Luis Cosme Cosme contra Comunidad Hereditaria de D. Raúl Díaz Pérez y Seguros Zurich, S. A., absolviendo a los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda.

»No hacer expresa declaración sobre las costas del recurso que se estima e imponer al actor las costas de su recurso».

2. Casamos la sentencia recurrida en cuanto se refiere a los pronunciamientos sobre desestimación del recurso interpuesto por don José Luis Cosme Cosme, que declaramos sin valor ni efecto alguno y mantenemos los pronunciamientos relativos a la estimación del recurso de apelación interpuesto por seguros Zurich, S. A.

3. En su lugar, estimando en parte la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Díez de Tejada, en nombre y representación de D. José Luis Cosme Cosme condenamos a los demandados Comunidad hereditaria de D. Raúl Díaz Pérez y Cía. de Seguros Zurich S. A. a que abonen conjunta y solidariamente a la actora la suma de 33 338,80 euros, a los que se sumarán los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, y de los previstos en el artículo 576 LEC desde la fecha de esta sentencia, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

4. No ha lugar a imponer las costas de la apelación ni las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jesús

Corbal Fernández, Francisco Marín Castán, José Ramón Ferrándiz Gabriel, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Encarnación Roca Trías. Rubricado

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.