Ldo. Luis Madrid

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA
ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección/Atala 2ª

2.

Avenida AVENIDA GASTEIZ 18,2ª planta,VITORIA-GASTEIZ / AVENIDA GASTEIZ Hiribidea 18,2ª planta,VITORIA-GASTEIZ

Tel.: 945-004821 Faxa: 945-004820

COLEGIO DE PROCURADORES
Recepcionado día anterior
- NOTIFICACIÓN -
15 ABR. 2011

N.I.G. / IZO: 01.02.1-09/013944

RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo ape.faltas / 55/2011-

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Juicio faltas / Falta-judizioa 525/2010

Juzgado de Instrucción nº 4 de Vitoria / Gasteizko Instrukzioko 4 zk.ko Epaitegia
Atestado nº/ Atestatu-zk.:
A/2365/09 - A/2365/09

JUICIO DE FALTAS

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz constituida como Tribunal Unipersonal por el Iltmo. Magistrado D. Jaime Tapia Parreño, ha dictado el día doce de abril de dos mil once.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 180/11

En el recurso de Apelación Penal Rollo de Sala nº 55/11, procedente del Juzgado de Instrucción n 4 de Vitoria, seguido por una falta de lesiones por imprudencia con resultado muerte, promovido por , dirigidas por el letrado D. Luis Madrid y representadas por el procurador D. Iñaki Sánchez, frente a la sentencia dictada en fecha 10.02.2011, siendo partes apeladas dirigido por la

letrado Dª Cristina Uriarte y representado por sí mismo y la **Cía de Seguros ALLIANZ** dirigida por la Letrado Dª María José Murua y representada por la Procuradora Dª Soledad Carranceja.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la mencionada fecha se dictó por el Juzgado de Instrucción nº4 de Vitoria sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que debo CONDENAR Y CONDENO a [redacted] como autor responsable de una falta de imprudencia leve con resultado de muerte a la pena de 50 días de multa a razón de 12 euros de cuota diaria, con la responsabilidad personal subsidiario prevista en el artículo 53 del Código Penal en caso de impago, así como la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante 9 meses. Debiendo abonar las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Dentro del plazo legal se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de [redacted] alegando los motivos que se examinarán en los fundamentos jurídicos de esta resolución, recurso que se tuvo por interpuesto mediante proveído de 2.03.11, dándose traslado a las partes por diez días para alegaciones, presentando la representación de [redacted] **Y CIA DE SEGUROS ALLIANZ** escritos de oposición al recurso presentado de contario, elevándose los autos a esta Audiencia, previo cumplimiento de los trámites legales.

TERCERO.- Recibida la causa en la Secretaria de esta Audiencia, en fecha 5.04.11 se formó el Rollo, registrándose y turnándose la ponencia, pasando los autos al mismo para que dicte la resolución que corresponda.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en cuanto no contravenga los siguientes

PRIMERO.- En el primero de los motivos del recurso de apelación se aduce una infracción del Derecho en la determinación de la pena, considerando que se deberían imponer en su grado máximo la pena de multa, en cuanto a su extensión, y la privación del permiso de conducir, de modo que habría de establecerse una pena de 60 días de multa (aceptándose la cuota diaria determinada por la sentencia apelada) y una privación de aquel derecho durante un año.

Es un criterio bastante pacífico en esta Audiencia (Sección 2ª) como en otras que la individualización de la pena, dentro de los márgenes legales previstos por el legislador para cada tipo delictivo, es una competencia del órgano de enjuiciamiento, y esta Sala sólo debe corregir el criterio de dicho tribunal cuando se haya producido una falta de motivación sobre aquélla; exista un error manifiesto en la aplicación del Derecho, especialmente porque no se respetan las normas que contempla el Código Penal para la determinación de la pena, y cuando se ha cometido alguna arbitrariedad. Especialmente restrictivos hemos sido en aquellos pocos casos en que la parte acusadora- apelante pretende una pena mayor que la que ha sido impuesta por el tribunal de primera instancia, y específicamente si se pretende la imposición del máximo legalmente previsto para la infracción penal objeto de condena.

Como hemos indicado en otros muchas ocasiones, debemos insistir en que en el ámbito penal, a través de un recurso de apelación no se trata de sustituir un criterio (él del Juzgado) por otro (él de esta Audiencia), sino, en lo que aquí interesa, como Tribunal de segunda instancia debemos examinar si la resolución impugnada presenta tales defectos, que son los que permiten corregirla.

Para llegar a tal conclusión hemos partido de la propia doctrina del TS sobre el recurso de casación, puesto que en la actual configuración legal y jurisprudencial del recurso de apelación y del recurso de casación, se puede sostener que prácticamente las bases y límites de ambos recursos son las mismas

Así, la sentencia del TS Sala 2ª, de 16-6-2010, nº 582/2010, rec. 11492/2009 mantiene a este respecto que " *El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. El control del Tribunal Supremo no se extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria*".

En la misma línea, la sentencia del TS Sala 2ª, de 6-5-2010, nº 401/2010 , rec. 2152/2009 señala que " *la Sala Segunda ha señalado que es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto, ajustándose a los criterios expuestos en la norma, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de penas inadmisibles, haya tenido en consideración factores de individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (por todas, S.T.S. número 1169/2006, de 30 de noviembre)*".

Igualmente la sentencia del TS Sala 2ª, de 4-3-2010, nº 174/2010 , rec. 2284/2009 indica que "*Según se expone en las sentencias de esta Sala de 5.12.91, 26.4.95 y 14.7.98, la doctrina jurisprudencial ha recordado con reiteración la*

conveniencia de motivar la individualización de las penas, conveniencia que se convierte en necesidad en determinados supuestos, como cuando se exaspera la pena sin razón aparente, o se hace uso de la facultad de imponer pena superior en grado, y desde luego en los casos en que la ley impone al juzgador la obligación de exponer las razones por las que se elige una determinada duración de la pena dentro del arco que puede recorrer, como sucede en el supuesto del art. 66.1ª del CP .

La jurisprudencia, finalmente (Cfr. STS 2002/22510, de 28 mayo, y las que cita de 7.2, 11.2 y 14.12.86, 14.6.88, 5.12.89, 20.1 y 5.12.91, 1924/2000 de 14.12 y 1863/2001 de 20.10), ha entendido que no es revisable en casación la determinación de la pena verificada por el Tribunal de instancia en ejercicio del arbitrio concedido por el legislador, siempre que se motive de forma suficiente o que las razones dadas no sean arbitrarias".

SEGUNDO.- Pues bien, teniendo en cuenta estos criterios y que el Juzgado, aunque escuetamente, ha motivado la individualización de las penas concretas establecidas, que se han impuesto en la parte superior, no observándose que se hayan violado las normas legales que establecen la determinación de la pena, y, dado que no se ha cometido arbitrariedad, se ha de respetar el criterio del Magistrado del Juzgado de Instrucción.

Contestando los argumentos de los apelantes, se confirma la procedencia de las penas impuestas.

Aunque en nuestro auto de fecha 30 de junio de 2010 especificábamos que podría ser un caso "límite" entre el delito y la falta en atención a la relevancia de la imprudencia, ello no significaba necesariamente que el Juzgado debiera agotar los limites de pena establecidos por el tipo contemplado en el art. 621.2 CP.

Podríamos asumir que no se respetaría tal opinión de la Sala, manifestada en aquella resolución, si el tribunal unipersonal hubiera optado por unas penas en el límite mínimo o en la parte inferior de la horquilla penológica prevista por el Código Penal en aquel precepto penal, pero las penas se han establecido en la parte superior, casi en el límite del máximo fijado, por lo que esencialmente se muestra de acuerdo con la postura que mantuvimos en tal resolución.

Podemos aceptar asimismo que de la prueba practicada en el juicio oral se han confirmado las diversas circunstancias descritas en el recurso que sustentaban la calificación de caso "límite", tal vez con la precisión de que no se ha tener en cuenta el propio resultado producido, porque tal elemento ya está contemplado por el legislador al fijar el marco penológico, y fundamentalmente lo que se debe valorar es la propia imprudencia, esto es, la previsibilidad del resultado y el deber de cuidado omitido, pero de tales circunstancias no se deriva la conclusión de que hayan de imponerse las penas solicitadas.

En ese sentido, la parte apelante resalta unas circunstancias que le serían favorables en orden a exacerbar la pena hasta el punto final (condiciones atmosféricas y de luminosidad; el lugar del atropello; la velocidad, etc.), pero las partes apeladas, en

particular el Sr. Jiménez, al impugnar el recurso, ponen de relieve otros datos, que sin mermar la gravedad del hecho, amortiguan la culpabilidad.

A pesar de la opinión que legítimamente pueda ofrecer la parte apelante con relación a la lenidad de las penas impuestas, siendo comprensible humanamente alguna argumentación que sustenta el recurso (entendiendo también en tal línea la posición del denunciado), si se observan las bases de jurisprudencia, se comparta o no la motivación y decisión del Juzgado por los recurrentes, las penas impuestas al Sr. Jiménez no son benignas, y este Tribunal, en todo caso, debe analizar el caso enjuiciado con racionalidad e imparcialidad, y no con el apasionamiento o cercanía que razonablemente pueden tener las partes, sobre la base de los límites que tenemos para fiscalizar la labor del Juzgado en este aspecto de la individualización de la pena, y, por ello, debemos reiterar que no existe un fundamento serio de los señalados previamente para revocar la decisión del Juzgado e imponer otra pena.

Por lo expuesto, hemos de rehusar este primer motivo del recurso de apelación.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso de apelación se alega una errónea aplicación de la doctrina del TS, relativa a la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación, más precisamente del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, previsto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (en adelante el Baremo).

Este motivo tiene a su vez dos submotivos, en el primero de ellos se impugna el pronunciamiento de la sentencia apelada que no ha aplicado el factor de corrección por perjuicios económicos previsto en la Tabla II del anexo de tal Baremo.

La resolución combatida no aplica el factor de corrección, cuya infracción se invoca, porque sería necesario que la víctima se encuentre en edad laboral, y el fallecido tenía 69 años cuando sucedieron los hechos y se hallaba jubilado.

Los apelantes sostienen que el Sr. Ormeño tenía ingresos económicos de una pensión de jubilación y por un seguro de rentas, y cita y recoge en apoyo de su tesis una sentencia de la AP de Madrid de 22 de septiembre de 2010 y una sentencia de la AP de la Rioja de 20 de mayo de 2010.

Asimismo introduce o añade una razón de peso, como puede ser el trato desigual que se podría producir por la inaplicación de este factor respecto a las personas jubiladas que tienen ingresos, lo que puede remitirnos a una posible aplicación- vulneración del art. 14 CE, o al menos a una perspectiva hermenéutica de las reglas que recoge el Baremo a la luz de tal precepto constitucional.

Más allá de lo que hayan dicho esas Audiencias, si observamos la Tabla II del Baremo, constatamos una cierta ambigüedad o contradicción, porque, por una parte, señala que el factor de corrección se establece en función de unos " "perjuicios económicos", que derivarían del fallecimiento, y a continuación se indica que tales perjuicios estarían vinculados o relacionados con los ingresos netos anuales de la víctima

por trabajo personal, y, ello no obstante, por la llamada (1) que realiza esta Tabla, en principio, se abonarían a cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos.

Dependiendo de donde pongamos el énfasis en esas expresiones, podríamos concluir que el legislador ha querido abonar tal factor a aquellas víctimas que se hallen en edad laboral o a aquéllas que tengan ingresos anuales por trabajo personal, lo que a su vez nos puede conducir a dudar si esos ingresos por trabajo personal han de ser por una actividad laboral presente o pueden derivar de un trabajo personal pasado.

La interpretación más común y extendida que se ha hecho de tal norma es la que realiza la resolución combatida (y probablemente esta Audiencia, aunque no nos consta que expresamente se haya resuelto la cuestión que ahora de manera explicita suscitan los apelantes), esto es, no cobrarían este factor de corrección los beneficiarios cuando la persona fallecida estuviera en el momento de fallecimiento en edad de jubilación y no tuviera ingresos por trabajo personal en el momento de morir, pero cabe una exégesis como la sostenida previamente, es decir, que se deba satisfacer ese factor por ingresos presentes, acreditados, que tengan su origen en un trabajo personal pasado, siendo indiferente si la víctima se hallaba o no en edad de jubilación.

En tal sentido, hemos de tener en cuenta que en los (tres) siguientes tramos de este primer apartado de la Tabla II relativa a los perjuicios económicos, no se refleja la llamada (1) que parece que sólo sería aplicable al primer tramo (de los cuatro existentes), de modo que si, por ejemplo, según la última actualización del Baremo, se acreditara que la víctima ganaba más de 27.211, 64 euros, por un trabajo personal realizado en el pasado, podría obtener el factor de corrección del 11 % al 25%, puesto que insistimos en este tramo no hay una llamada (1) que indique que se ha de incluir a cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos.

No es lógico que el legislador haya pretendido esta diferencia relativa al pago del factor de corrección en función de los ingresos que se acrediten, de modo que si los ingresos no superan cierta suma lo relevante es que la víctima esté en edad laboral y si la supera lo trascendente fuera la tenencia de ingresos.

Por ello, dada la posibilidad de esa exégesis, teniendo en cuenta que el Baremo se ha de interpretar " a favor del perjudicado", entendemos que es posible que los apelantes perciban el factor de corrección reclamado, puesto que acreditan que la víctima tenía ingresos derivados de un trabajo personal pasado.

Esta postura estaría apoyada en ciertos pronunciamientos de Audiencias Provinciales.

En tal sentido se pronuncia la AP de Valladolid, sec. 2ª, que en la sentencia de 22-1-2010, nº 14/2010, rec. 703/2009 indica que " *Ciertamente se trata de una persona de 80 años en el momento del siniestro, que era pensionista del Régimen General de la Seguridad Social con ingresos fijos mensuales por tal condición.*

Es criterio mantenido por las Secciones Civiles y Penales de esta Audiencia Provincial, en relación a la aplicación de los Baremos de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, que la "edad laboral", ***a la que se refiere el factor de corrección de las tablas II y IV, comienza a los 16 años pero no tiene límite superior. No hay tope máximo de edad laboral, que no puede confundirse con la edad de jubilación*** *establecida teniendo en cuenta sólo criterios de política asistencial.* ***Los jubilados gozan de la presunción del mínimo (hasta el 10%) aunque no acrediten ingresos, pues si están en situación de jubilación alguna prestación asistencial económica reciben y si no acreditan que sus ingresos se encuentran en alguno de los restantes tramos previstos en las tablas II y IV y V por perjuicio económicos derivados de ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, deberá incluírseles al menos en el primero, que establece perjuicio en cuantía de hasta el 10%.***

También en estos criterios se recoge que tal factor de corrección no sólo opera en las tablas II y IV sino también respecto a la tabla V aplicándose analógicamente con lo previsto en las anteriormente citadas".

La sentencia de la AP Pontevedra, sec. 5ª, de 9-10-2000, nº 270/2000, rec. 262/2000 señala que, dado que las normas laborales y de Seguridad Social contemplan, ante todo, la edad de jubilación como un derecho del trabajador y no como una obligación, así como las dudas en torno al hito cronológico a partir del cual una persona ha de considerarse en edad no laboral, han de llevar a optar por la aplicabilidad del cuestionado factor de corrección.

Existen otras sentencias de AP que aplican el factor de corrección aunque se esté en edad de jubilación, si además se acreditan ingresos por trabajo

Como mantiene la sentencia de la AP de Alicante, sec. 1ª, de 14-3-2006, nº 181/2006 , rec. 29/2006 ," *caso distinto es que estando en edad de jubilación se encontrara efectivamente trabajando y percibiendo ingresos. En este sentido, exigiendo que se obtengan ingresos por trabajo personal se pueden citar las sentencias de A.P. Zaragoza, Sec 3ª, núm. 154/05 de 14-4-2005; de la A.P. de Zamora Sec 1ª, núm. 58/2005, de 10-5-2005 y 62/2005 de 20-5-2005; de la A.P. de Cáceres Sec 2ª, núm. 116/2005 de 12-7-2005, entre otras*", en cuyo caso se admite ese factor de corrección.

Pues bien, no existe dificultad para que se pueda abonar dicho factor si se acreditan ingresos por un trabajo personal realizado en el pasado, es decir, que las rentas percibidas vengan generadas por una actividad laboral pretérita.

Finalmente, tal interpretación que propugna desde otra perspectiva la parte apelante se acomoda en mayor medida al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, que también indirectamente se invocaba, ya que el no cobro de tal factor de corrección, conforme a la interpretación que recoge la sentencia apelada, supone una aplicación del Baremo discriminatoria por razón de la edad de la persona, distinguiéndose de manera irrazonable entre una persona que acredita ingresos por trabajo personal presente y que se halla en edad laboral y aquélla persona que percibe ingresos por un trabajo desempeñado durante muchos años y que no se encuentra en edad laboral, puesto

que ambas sufren perjuicios económicos derivados de tal pérdida de los ingresos y no se llega a adivinar por qué deben unas personas recibir tal factor de corrección y otras no.

En tal sentido debe estimarse el recurso, en los términos solicitados.

Con relación a los intereses solicitados, no podemos asumir que la aseguradora pague el 20% desde el día 16 de septiembre de 2009, porque, conforme al art. 20 LCS, en particular el apartado 8, la entidad pagó la cantidad que razonablemente, según una interpretación del Baremo mayoritaria, debía satisfacer y sólo esta sentencia permite conocer a la misma finalmente el alcance de su obligación, según la motivación expuesta, debiendo satisfacer el interés que prevé el art. 20 LCS (que no es desde el principio el 20%) desde la fecha de esta sentencia, e igualmente el Sr. Jiménez pagará el interés del art. 576 LEC desde esta resolución.

CUARTO.- En el segundo submotivo de ese segundo motivo del recurso de apelación se aduce que la sentencia apelada no ha aplicado adecuadamente el Baremo, porque no ha satisfecho a los recurrentes la cantidad solicitad por lucro cesante.

Compartimos que no es una justificación suficiente la referencia que contiene la resolución impugnada a que las sentencias del TS que se han invocado por los denunciantes son de la Sala Primera y no de la Sala Segunda.

En efecto, como es plenamente conocido, la acción civil derivada del delito no pierde su naturaleza civil, aunque se ejercite en el proceso penal, y de ahí que en materia civil sean relevantes los pronunciamientos de la Sala Civil del TS, especialmente cuando interpreta el Baremo.

Así, en tal sentido la sentencia del TS Sala 2ª, de 20-4-2010, nº 374/2010, rec. 1675/2009 señala que " *La acción civil " ex delicto" no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitario en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la L.E.Cr. y 109-2º C.Penal)*".

Así, la relevancia de esta jurisprudencia ha provocado por ejemplo que los órganos de la jurisdicción penal hayan adoptado pacíficamente la doctrina de la Sala Primera del TS sobre qué Tablas del Baremo se deben aplicar en el supuesto de un accidente de circulación (las del momento del siniestro o, en su caso, las del alta médica definitiva). La Sala Segunda del Tribunal tiene en cuenta las sentencias del TS, cuando decide sobre cuestiones civiles.

En esa línea, a parte de la resolución arriba indicada, más precisamente la sentencia del TS, Sala 2ª, de 29-4-2010, nº 370/2010, rec. 1749/2009 afirma que "*Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1092 CC)*", recogiendo esta sentencia una amplia doctrina de

la Sala Primera sobre los intereses moratorios, ex. arts. 1101, 1008 CC, y llegando a sostener que "*No obstante, en el ámbito civil, tiene proclamado la más reciente Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal (SSTS de 25 de octubre, 4 de noviembre y 19 de diciembre de 2002) que el requisito de liquidez de la deuda abarca también a aquellos supuestos en los que, desde su origen, la cantidad reclamada pueda determinarse, siquiera aproximadamente*".

En conclusión, frente al criterio del Juzgado, consideramos que en esta materia las sentencias de la Sala Primera del TS pueden alumbrar o servir de orientación interpretativa para la aplicación del Baremo al caso concreto que enjuiciamos, porque es claro que no resuelven un supuesto igual al que examinamos, porque se refieren a las lesiones permanentes, pero sus criterios son extensibles al fallecimiento de una víctima porque existe una diáfana analogía entre las Tablas II y IV, como expondremos.

Antes de seguir analizando los argumentos de los recurrentes en contraposición a los de la sentencia apelada, debemos señalar que las sentencias de la Sala Primera del TS que invocaron aquéllos (STS de 25 de marzo de 2010, de 31 de mayo de 2010 y de 22 de noviembre de 2010) son un signo evidente de la insatisfacción que en el mundo jurídico-social y especialmente en las víctimas de accidentes de tráfico produce la aplicación estricta del Baremo, existiendo verdaderas injusticias, máxime cuando las cuantías previstas en las diferentes Tablas no se han actualizado en los últimos años a los criterios marcados por la normativa europea, hasta el punto de que los medios de comunicación recientemente se han hecho eco de la posibilidad de que sean cambiadas diferentes normas del Baremo, existiendo a tal fin reuniones entre el Gobierno, las Aseguradoras y las víctimas (vid. por ejemplo www. srtaprudencia.wordpress.com/2011/03/15/las-victimas-de-accidentes-de-trafico-critican-que-cobran-menos-y-tarde)

En segundo término, al hilo de algunas de las consideraciones que realiza la entidad aseguradora apelada al impugnar el recurso, no cuestionamos la validez o aplicabilidad de las Tablas correspondientes del Baremo a nuestro caso concreto, puesto que es clara su constitucionalidad, y, por ende su obligatoriedad, teniendo plena virtualidad, sino que analizamos si a la luz de la citada jurisprudencia del TS, aplicada por analogía, se puede avanzar en la línea marcada por ésta, cuando la víctima ha muerto y con la cantidad prevista en el Baremo no se cubre el lucro cesante, teniendo en cuenta, como pone de relieve la parte apelante que las normas se han de aplicar, según el art. 3.1 CC, conforme a la realidad social del tiempo en que han de surtir efecto, y esa realidad social nos señala que existe tal insatisfacción por la sociedad y las víctimas sobre el importe de las indemnizaciones.

QUINTO.- Pues bien, recordando la jurisprudencia invocada, la sentencia número 228/2010 del TS, Sala 1ª, de 25 de marzo de 2010, recurso 1741/2004, reiterada en la sentencia número 321/10, de 31-5-2010, rec. 1221/2005, señala 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...

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".

Frente al criterio que sostiene la entidad aseguradora apelada, compartiendo la postura de los apelantes, la doctrina del TS puede ser aplicable a la Tabla II, pudiendo producirse supuestos en que efectivamente las cantidades establecidas en la Tabla I, aun modificadas por los factores de corrección previstos en la Tabla II, no lleguen a cubrir el lucro cesante, y tiene razón la parte recurrente cuando señala que existe una analogía entre ambas.

Efectivamente, la sentencia del TS, Sala 1ª, de 18-6-2009, nº 443/2009, rec. 2775/2004 abona tal postura, cuando manteniendo la parte recurrente en tal recurso de casación que "*la identidad de razón en los casos de incapacidad temporal y los de incapacidad permanente y muerte es la misma, por lo que es aplicable por analogía y procede la corrección del 10% en lugar del 5% aplicado en las sentencias recurridas...*" contesta el TS que "*La razón de analogía que invoca la parte recurrente sustenta la aplicación del factor de corrección en el grado mínimo de la escala correspondiente al*

factor de corrección por perjuicios económicos en caso de lesiones permanentes (Tabla IV del Anexo LRCSVM) respecto de la víctima en edad laboral que no acredita ingresos".

Más precisamente para sostener tal analogía puede servir la sentencia del TS, Sala 2ª, S 20-12-2000, nº 2011/2000 que sienta que "*es de obligado cumplimiento por parte de los Tribunales de justicia*(el Baremo). *En el supuesto que nos ocupa, por muy difícil que resulte cuantificar y poner precio a una vida humana,* ***y al lucro cesante que ha generado tal pérdida, como sucede asimismo en los casos de incapacidad permanente****, hay que partir de la premisa de que el baremo de valoración de daños de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a motor resulta obligatorio...*" y añade en la misma línea que la argumentación podría extenderse a "*otros daños corporales previstos en la Ley como sería el de cuantificación del* ***lucro cesante en casos en casos de muerte o lesión permanente***".

Partiendo de tal aplicación analógica, hemos de comprobar, pues, si concurren los presupuestos o criterios marcados por tal doctrina legal del TS.

La parte apelante ha hecho un esfuerzo probatorio para tratar de acreditar el lucro cesante mediante un informe pericial realizado por una experta en aspectos económicos y fiscales, que es cuestionado en algunos de sus aspectos, lo que abordaremos posteriormente, pero no es impugnado en cuanto a su fuerza probatoria intrínseca.

En este momento, basta por señalar que existe tal informe pericial elaborado y practicado con todas las garantías en el juicio, y el Juzgado de Instrucción básica o sustancialmente no lo ha valorado, lo que nos permite como Tribunal de Apelación tomarlo en consideración, asumiéndolo o no, sin tener que revisar o fiscalizar la labor del Juzgado, máxime cuando el informe pericial fundamentalmente está documentado, por lo que la posición institucional de esta Sala, con respecto al Juzgado, es fundamentalmente la misma, a diferencia de lo que podría ocurrir con una prueba testifical.

Pues bien, contamos únicamente con tal informe, sin que la contraparte haya elaborado otro informe contradictorio que cuestione las bases de tal dictamen.

Debemos insistir nuevamente en que la acción civil derivada del delito es una acción civil, y, por ello, el grado de certeza exigible en este ámbito para acreditar un determinado hecho no es él propio del ámbito penal (más allá de la duda razonable), sino el propio de un proceso civil, esto es, que la tesis de una parte sea preponderante frente a la otra.

Por ello, valorando los datos o bases económicas que el informe pericial toma en consideración, probados por otras pruebas documentales, la metodología utilizada; la edad tomada en consideración para fijar el tiempo límite (78 años), se puede considerar justificada la cantidad de 68.863, 95 euros que propone la parte apelante como lucro cesante.

También debemos señalar que existen aspectos del informe que exceden lo que debería ser objeto de una prueba pericial, que nunca debe realizarse sobre el Derecho

aplicable. Todas las consideraciones que se realizan en el apartado de " Dictamen", a partir del " Cálculo de la compensación del lucro cesante...", resultan improcedentes, porque en última instancia le corresponde con exclusividad a los órganos de la jurisdicción ordinaria la aplicación del Derecho y en particular de las sentencias del TS al caso concreto.

Sentado lo anterior, volvemos a reiterar que la parte apelada no ha propuesto otro informe pericial que permita que el Tribunal tenga dudas sobre el resultado de la pericia ofrecida por la parte que ejerce la acción civil (igual que si fuera la parte demandante).

Si tenemos en cuenta aquella suma por lucro cesante, más allá, reiteramos, de lo que exprese la perito, a pesar de lo que sostiene la sentencia impugnada, se ha probado debidamente, con la certeza exigible, la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos que hemos concedido (a la víctima que los reclama 5.960, 01 euros) frente al lucro cesante realmente padecido por la viuda (68.863, 95 euros).

En segundo término, ese lucro no se puede compensar por la aplicación de los factores de corrección determinados en la Tabla II, porque ninguno de los otros factores cubre ese desfase.

En tercer lugar, el límite máximo del 75% al que alude la jurisprudencia del TS también está contemplado en el factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla II, y el cálculo de 58.971, 11 euros (75% respecto de la indemnización básica concedida a la viuda 78.628, 14 euros), que fija la parte apelante como dicho límite para este caso es correcto.

La parte apelante propone un 50% de incremento sobre la indemnización básica concedida a la viuda y redondea la cantidad en 40.000 euros, en el entendimiento de que las sentencias del TS en un caso han fijado un 40 por ciento, en otra un 50% y en la última en el 60% de incremento. Compartimos por su razonabilidad la propuesta de ese aumento del 50%, pero no admitimos el redondeo, porque el Baremo, interpretado a la luz de la doctrina del TS, no autoriza el mismo, por lo que es de conceder la cantidad de 39.314,07 euros, con los intereses solicitados del art. 576 LEC, desde la fecha de esta sentencia.

Finalmente, esta suma es compatible con la que hemos otorgado en el fundamento de derecho tercero a las apelantes.

SEXTO.- Teniendo en cuenta la relevancia que puede tener esta resolución, aunque no sería estrictamente necesario, creemos conveniente contestar los argumentos expuestos por las partes apeladas, en la línea de una motivación contradictoria, que refuerza la decisión adoptada.

El Sr. Jiménez señala que las sentencias del TS parten de una realidad muy diferente y siempre tienen como referencia personas vivas, sin que aquél haya analizado un caso de lucro cesante por fallecimiento.

Básicamente ya hemos dado respuesta a este tema, aludiendo básicamente a la aplicación analógica de la jurisprudencia del TS, pero podemos añadir que la jurisprudencia del TS en muchas ocasiones se modifica por las tesis o posturas que mantienen las Audiencias Provinciales. Como no ha sido analizado por el TS, ello nos permite realizar una reflexión jurídica que ha tenido por base la propia doctrina del TS para un caso que puede ser análogo, porque tal analogía se ha reconocido por el TS en relación a las Tablas II y IV.

En lo que concierne a las consideraciones ofrecidas por la aseguradora, ya hemos indicado que respetamos la doctrina del TC, como lo ha hecho el TS, y, dentro de la doctrina del TC y del TS, hemos interpretado las Tablas I y II del Baremo.

En el mismo sentido, las sentencias de alguna Audiencia y del TC que cita la parte apelada no pueden ser válidas para este supuesto, porque son anteriores a esta reciente doctrina legal del TS, que no se opone a la postura del TC, sino que más bien reinterpreta en el plano de la legalidad ordinaria dicha doctrina del máximo exegeta de la Carta Magna.

En concreto, la mencionada sentencia del TS número 229/10, de 29 de marzo, frente al criterio de la apelada, puede corroborar nuestra postura, puesto que esta resolución no aplicó el factor de corrección porque no había prueba directa sobre la cuantía del lucro cesante, lo que no ha ocurrido en este supuesto, en que los denunciantes lo han demostrado mediante una prueba eficaz, no impugnada.

Ya hemos indicado que no resulta directamente aplicable la doctrina del TS, porque es obvio que en este supuesto no se ha producido una incapacidad permanente, sino un fallecimiento, pero los criterios ofrecidos por el TS pueden servir de fundamento para su aplicación a la Tabla II porque se puede aplicar analógicamente.

No se trata de plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre las Tablas II o IV, porque el propio TS no ha considerado procedente la misma, sino si la Tabla II puede ser analizada desde la perspectiva hermenéutica que el TS ofrece para la Tabla IV, y creemos, por lo que hemos expuesto que tal opinión es mantenible, sin que tampoco esta Sala considere procedente preguntar al TC sobre la concordancia del Baremo con la Ley Fundamental.

En lo que concierne a lo contraargumentado en la alegación cuarta, en ella se hace mención a una jurisprudencia del TC sobre la Tabla V y en nuestro supuesto se trata de constatar si, aceptando la postura de aquel órgano constitucional, la doctrina del TS con relación a la Tabla IV es extensible a la Tabla II, lo que es de contestar en sentido afirmativo, conforme venimos sosteniendo.

El propio recurrente, con base a la jurisprudencia del TC, aduce que la Tabla V es diferente 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", lo que quiere significar que las Tablas II y IV son fundamentalmente idénticas en cuanto a tal valoración, y si bien es cierto que en la Tabla II el beneficiario de la indemnización no es

la víctima, sino un perjudicado secundario, en las Tablas II y IV se toma como referencia a la víctima en cuanto a la factores de corrección.

Por otro lado, no creemos necesario plantear una cuestión de inconstitucionalidad, que nadie la ha solicitado, sino resolver nuestro caso interpretando el Baremo, a la luz de la jurisprudencia del TS, que todavía no ha solucionado un caso parecido a éste, pero que es bastante probable que lo pudiera resolver como en las sentencias arriba mencionadas.

Finalmente, entrando ya en el contenido del propio informe pericial, en el último párrafo de la alegación cuarta, la aseguradora aduce en primer término que el informe aportado adolece de la objetividad y seriedad necesarios, que hacen que no quede acreditado el grave desajuste exigido.

Pues bien, el informe pericial llamado vulgarmente " de parte", más precisamente aquél en que el perito es designado por una de las partes, conforme a la regulación prevista en la LEC 2000, de aplicación supletoria en este proceso penal (art. 4 LEC), es una prueba eficaz para acreditar ciertos extremos fácticos en el ámbito puramente civil, y su valor probatorio viene dado por la racionalidad de las bases de su elaboración, su base científica (y no tanto por el hecho de que sea designado por las partes o el Juez), y en tal sentido estimamos que tiene bases sólidas, máxime cuando no se ha realizado otro que lo contradiga o desvirtúe su fuerza acreditativa.

Mayor relevancia persuasiva puede tener el segundo de los argumentos esgrimidos por la aseguradora, como es que el cónyuge supérstite se beneficiaría, en todo caso, únicamente de la mitad de las rentas del fallecido, porque al menos de la otra mitad se aprovecharía el difunto, puesto que éste generaría una serie de gastos, que ya no se producirán y que deberían minorar la pérdida de ingresos que se reclama, añadiendo en la misma línea que en el dictamen no se tienen en cuenta, en los cálculos efectuados para fijar el desajuste pretendido, la cuota de autoconsumo de la víctima y que parte de sus ingresos se destinaban a sus propios gastos personales y ya no se generarán.

Es obvio, según máximas de experiencia común, que del conjunto de rentas dejadas de percibir como consecuencia de la muerte algunas habrían sido gastadas para su supervivencia por parte de la víctima fallecida, sin conocerse exactamente qué cantidad, porque muchos de los gastos necesarios para aquélla, en particular los de vivienda, se generan igualmente en una cantidad sustancialmente igual con indiferencia de que sea una o dos las personas. No se puede, pues, establecer la mitad de los ingresos como la suma que correspondería a la persona fallecida ni se sabe qué porcentaje de gastos existía entre fallecido y viuda.

Para rechazar este argumento también podríamos argüir que se ha considerado un incremento del 50% sobre la indemnización básica y se podría haber determinado una suma superior (hasta el 75%)

Ahora bien, la razón fundamental para rechazar esa sugerente motivación de la aseguradora apelada es que cuando se determina el lucro cesante se está fijando la

ganancia dejada de obtener, una ganancia que en estos casos es básicamente la bruta, esto es, qué rentas se dejan de percibir como consecuencia del óbito, porque si redujéramos los gastos a tales ganancias y sólo fijáramos las ganancias netas, tal vez podría ocurrir que no debiéramos establecer ninguna suma, lo que resulta absurdo (piénsese el caso en que la persona que obtenía los ingresos sustancialmente gastaba todo el dinero).

En el caso de lesiones permanentes que resuelve el Tribunal Supremo, en modo alguno se plantea que se reduzca la suma concedida en función de los gastos que, sin duda, tendría la persona perjudicada por el siniestro, sino que se otorga una suma en base a los criterios señalados.

En la época anterior a la del Baremo (previa a la Ley 30/1995), en la que era relativamente frecuente la fijación de indemnizaciones por lucro cesante en el caso de personas fallecidas (padres de familia, hijos que mantenían a sus padres, viudas que quedaban desamparadas, etc.), que tenía como fundamento los ingresos dejados de percibir, se establecía el lucro cesante sobre la base de los ingresos netos que la persona fallecida habría obtenido, sin tener en cuenta los gastos que ésta persona hubiera devengado, porque éstos sería imposible conocer.

Por ello, no consideramos procedente la reducción de la suma postulada, máxime cuando hemos fijado en un 50% la cantidad resarcible.

En tal sentido, debemos estimar este motivo del recurso y asimismo el recurso de apelación y se ha de revocar parcialmente la sentencia apelada.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 LECr, al haberse estimado sustancialmente el recurso de apelación, se declaran las costas de oficio.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Iñaki Sanchiz Capdevilla, en nombre y representación de , contra la sentencia número 86/2011, dictada por el Juzgado de Instrucción número cuatro de Vitoria- Gasteiz en el Juicio de Faltas número 525/10, el día 10 de febrero de 2011, y en consecuencia revocar parcialmente dicha resolución en el sentido siguiente:

1.- Condenar a [redacted] y la entidad aseguradora Allianz a que abonen solidariamente a favor de la [redacted] como factor de corrección la suma de 5.960, 01 euros y a cada una de las [redacted] la cantidad de 662, 22 euros, con el interés del art. 576 LEC desde la fecha de esta sentencia con respecto al condenado y el interés del art. 20 LCS desde la fecha de esta sentencia con respecto a la aseguradora.

2.- Condenar al [redacted] y a Allianz a que abonen a la [redacted] la suma de 39.314, 07 euros, con los intereses del art. 576 LEC desde la fecha de esta sentencia.

3. Se confirman el resto de los pronunciamientos no afectados por esta resolución.

4.- Se declaran de oficio las costas del recurso de apelación.

Frente a esta resolución no cabe interponer recurso ordinario de ninguna clase.

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por el Ilmo.. Sr. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario doy fe.