

Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Notas introductorias.*—II. *Algunas reflexiones en torno al daño moral derivado del incumplimiento contractual.* II.1 Límites a la indemnización del daño moral que resulta del incumplimiento de un contrato: A) Adopción de un concepto amplio de daño moral. B) Adopción de un concepto estricto de daño moral. C) Aplicación exclusiva de las reglas de la responsabilidad civil contractual. II.2 Distinción entre el daño patrimonial y el daño moral.—III. *Conclusión.*

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

¿Puede una pareja recién casada solicitar una indemnización por los daños morales sufridos por el incumplimiento defectuoso del servicio de banquetes, o la futura novia a la que no se le entrega a tiempo el traje para su boda por el servicio de limpieza contratado? ¿Cabe que el arrendatario reclame la reparación pecuniaria de los daños morales que le ha originado la ruptura intempestiva de su contrato de arrendamiento, o el comerciante que no realiza a tiempo un encargo para su cliente más importante debido al incumplimiento previo por su distribuidor? ¿Es posible que el viajero al que se le asigna una habitación de una calidad bastante inferior a la contratada pida una indemnización por los perjuicios morales al organizador, o que lo haga el viajero que sufre un retraso de varias horas en el vuelo que ha concertado debido a intereses particulares de la compañía aérea? Mi interés por este tema de la indemnizabilidad del daño moral derivado del incumplimiento contractual tiene su origen en la lectura de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre del 2002¹, que se integra dentro de un grupo de resolu-

¹ RJ 2002. 9736.

ciones (¿cada vez más minoritario en la actualidad?) que parecen suponer un cierto freno a determinada tendencia jurisprudencial que admite sin límites la reparación pecuniaria del daño moral al acreedor tras el incumplimiento definitivo, defectuoso o tardío de un contrato.

Los hechos de esta resolución, pronunciada y firmada por los señores Almagro Nosete, Gullón Ballesteros y O'Callaghan Muñoz, son los siguientes: La empresa de actividades turísticas sita en Canarias, «Hervideros, S. A.», alega la producción de ruina funcional al amparo del artículo 1591 del Código Civil ante las filtraciones y humedades causadas por la mala impermeabilización de la edificación consistente en apartamentos turísticos y reclama que se realicen tales obras de impermeabilización aún pendientes, que se le indemnicen los daños y perjuicios materiales por valor de 5.719.372 pesetas y, por último, que se le indemnice también por el lucro cesante y los daños morales. En concreto, el lucro cesante asciende a 1.980.000 pesetas y el daño moral se estima en 3.500.000 pesetas. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Arrecife de 19 de enero de 1995 desestima la demanda presentada y absuelve al contratista. La sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 5 de diciembre de 1996, revocando la resolución dictada en primera instancia, declara probada la ruina en sentido amplio, en cuanto los desperfectos (las humedades en los apartamentos) hacen inútil la cosa para la finalidad que le es propia y declara probado que tales desperfectos son consecuencia de una incorrecta impermeabilización. Condena al contratista a que indemnice a la actora-apelante la cantidad de 5.719.372 pesetas por las reparaciones efectuadas por la misma y la cantidad global de 5.480.000 pesetas en concepto de lucro cesante y daños morales, condenando también a la demandada a que realice a su costa las obras de impermeabilización aún pendientes de hacer y presupuestadas en 759.000 pesetas. Frente a esta sentencia la constructora demandada, «Yuco Construcciones, S. A.», interpone recurso de casación basándose en tres motivos. Los dos primeros se refieren a la indemnización fijada por el daño moral y el tercero alega infracción del artículo 1591 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo aplica. Finalmente, el Supremo ha lugar al recurso de casación de la empresa constructora y casa y anula la sentencia de la Audiencia en el único sentido de eliminar la condena de 5.480.000 pesetas en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora y sustituirla por la condena a 1.980.000 pesetas como lucro cesante, absolviendo a la constructora en cuanto a la reparación del daño moral².

Esta sentencia parece considerar que la solución a la cuestión de la indemnizabilidad del daño moral derivado del incumplimiento contractual

² Los hechos, como puede apreciarse, suceden antes de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre. De todas formas, para la solución de este caso en el punto relativo a los daños morales daría igual que la Ley de Ordenación estuviera en vigor, ya que tal ley sólo contempla los perjuicios materiales que afecten directamente al edificio y no los espirituales. Véase CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», *ADC*, fascículo II, 2000, p. 433. De manera que si se solicitan los daños morales a los agentes de la edificación por la lesión, por ejemplo, de la integridad física de alguno de los ocupantes de los pisos por ruina del edificio deberá hacerse en la actualidad a través del artículo 1591 del Código Civil. Ello es una muestra más de que este precepto del Código Civil no ha quedado totalmente derogado a partir de la entrada en vigor de esta ley, sino que, como dice Díez-PICAZO, L.: «Ley de Edificación y Código Civil», *ADC*, fascículo I, 2000, p. 14, hay una «parcial supervivencia» de este precepto.

coincide en esencia con la realización de una revisión del concepto de tal daño, en cuanto mantiene que el concepto de perjuicio moral es «claro y estricto; no comprende aspectos del daño material» y que «hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona»³. Desde luego en la actualidad no tiene sentido ya discutir la indemnizabilidad del daño moral contractual con carácter general (la reparación del daño moral es una cuestión admitida sin objeciones, una vez superados los prejuicios de antaño consistentes en que la reparación de lesiones a derechos de la personalidad implica en cierto modo un comercio de la persona⁴), pero sí puede y debe ponerse en tela de juicio la aceptación indiscriminada por buena parte de nuestros tribunales de la reparación del daño moral ocasionado a raíz del incumplimiento de un contrato, tendencia que se apoya probablemente en una ampliación excesiva de la noción de daño moral⁵. Quizá sea discutible que el freno a esta tendencia jurisprudencial pase, como hace la sentencia citada, por la adopción de una noción tan estricta de daño moral, pero este artículo sólo busca reflexionar acerca de los diversos caminos que hoy por hoy señalan ciertos límites a la reparación del perjuicio moral tras el incumplimiento contractual. Límites que se imponen como imprescindibles, sobre todo si se tiene en cuenta, como se analiza después, que con la reparación del daño moral muchas sentencias buscan o bien evitar una prueba difícil de determinados daños patrimoniales (en la mayoría de los casos los únicos existentes) o bien castigar al causante del daño (cuando en nuestro ordenamiento es prácticamente unánime la afirmación de que la responsabilidad civil no cumple una función punitiva)⁶.

II. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL DAÑO MORAL DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La STS de 31 de octubre de 2002 tiene, al menos, dos aspectos elogiables: uno de ellos es, como he indicado ya, la fijación de unos límites a la reparación del daño moral resultante del incumplimiento de un contrato a través, eso sí, de la delimitación del concepto de daño moral, en concreto, mediante la adopción de una noción estricta de tal tipo de daño. El segundo acierto, que se estudia posteriormente en este trabajo aunque con menos detenimiento, consiste en la realización de una separación tajante entre el daño patrimonial (en concreto, el lucro cesante) y el daño moral, en cuanto capítulos diferentes a la hora de señalar una indemnización. Analizo a continuación cada uno de estos aspectos.

³ Probablemente hubiera sido más adecuado el uso del término derechos o bienes de la personalidad, aunque quizá el tribunal considera equivalente tal expresión con la de derechos inmateriales. Pero, ¿hay tal equivalencia?

⁴ El punto de partida en nuestra jurisprudencia para la superación de los prejuicios existentes se produce, como es conocido, en la famosa STS de 6 de diciembre de 1912, circunscrita al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Véase el comentario a la misma de Díez-PICAZO, L. en *EJC*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 110-112.

⁵ Esta ampliación excesiva del concepto de daño moral es puesta de relieve por Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 102 y 239-240.

⁶ *Idem*, cit., p. 324.

2.1 Límites a la indemnización del daño moral que resulta del incumplimiento de un contrato

Existe una primera dirección que, en la medida en que acoge sin más un concepto amplio y vago de daño moral, no supone ningún freno a la reparación del daño moral derivado de contrato: es posible indemnizar el disgusto o aflicción que deriva de cualquier incumplimiento contractual. Por el contrario, otras dos posturas sí tratan de marcar límites en esta materia, pero divergen en cuanto al punto de partida elegido, una, define a priori el daño moral y defiende un concepto estricto de este tipo de daño; otra, simplemente aplica las reglas generales de la responsabilidad civil contractual, sin delimitar la noción de perjuicio moral.

A) Adopción de un concepto amplio del daño moral

El creciente aumento en nuestro ordenamiento de las resoluciones judiciales que admiten la indemnización del daño moral contractual tiene su razón de ser en buena medida en la identificación del daño moral con el dolor, el sufrimiento o el padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado. A la admisión de un concepto amplio del perjuicio moral ha de añadirse la relajación de la carga de la prueba de los daños sufridos y la presunción de que éstos existen una vez producido el incumplimiento contractual (quiebra, por tanto, del principio de que «el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar»)⁷. Siempre que hay un incumplimiento contractual sin duda el acreedor sufre un disgusto, una intranquilidad y una ansiedad puesto que tenía unas expectativas claras que son frustradas por el comportamiento del deudor. Pero si se identifica el daño moral con el mero dolor o la ansiedad por la insatisfacción y la frustración de las expectativas, todo incumplimiento contractual generaría este tipo de daño y la reparación sería prácticamente automática, como de hecho es patente en muchas de las resoluciones judiciales dictadas en los últimos años⁸. Un ejemplo muy claro de ello es la STS de 31 de mayo de 2000, cuando en su fundamento de derecho segundo considera que «la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico» (con cita de las sentencias de 22 de mayo de 1995, de 19 de octubre de 1996 y de 24 de septiembre de 1999)⁹. Don Jordi E. S. reclama 70.000 dólares USA, o su equivalente en pesetas, a la compañía aérea «Trans World Airlines Incorpora-

⁷ Véase al respecto PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994», *CCJC*, núm. 35, 1994, p. 587.

⁸ IGARTUA ARREGUI, F.: «Comentario a la STS de 9 de mayo de 1984», *CCJC*, núm. 5, 1984, p. 1642, MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 51, y MOSSET ITURRASPE, J., y NOVELLINO, N.: *Derecho de Daños (la prueba en el proceso de daños)*, tercera parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000, p. 139.

⁹ La línea seguida por el Tribunal Supremo es considerar como anticuada y superada la construcción del daño moral como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad. Así predomina hoy la idea del daño moral como impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales como si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad.

ted» (TWA) por los daños materiales y morales sufridos como consecuencia del retraso de ocho horas padecido por el vuelo TWA 900 que le trasladó el 13 de septiembre de 1989 desde el aeropuerto John Fizerald Kennedy de Nueva York a Barcelona, previa escala en Lisboa. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 9 de junio de 1994 estima parcialmente la demanda y condena a la entidad TWA a pagar al actor los gastos ocasionados durante el viaje como consecuencia de la espera, así como las molestias, incomodidades y tensiones soportadas en concepto de daños morales, que se fijan alzadamente en un millón de pesetas. La sentencia de la Audiencia Provincial de 24 de mayo de 1995 estima en parte el recurso interpuesto por TWA reduciendo la condena por daños morales a la suma de 250.000 pesetas, con mantenimiento del resto de los pronunciamientos de la condena, y desestima el interpuesto a su vez por don Jordi. La demandada, TWA, plantea recurso de casación con fundamento en que la sentencia recurrida aplica de forma incorrecta la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en materia de daños morales. No ha lugar al recurso de casación y el Supremo considera que en principio puede ser indemnizable la aflicción producida por un retraso en un transporte aéreo al adoptarse en la jurisprudencia cada vez una noción más amplia de daño moral. Ahora bien, es cierto que esta sentencia trata de matizar esta conclusión en cuanto da la razón a la parte recurrente en casación cuando ésta señala que «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo», de ahí que más tarde exija que la aflicción o la perturbación sean de cierta entidad, aunque no especifica cuál es la entidad exactamente que debe alcanzar la aflicción para constituir daño moral¹⁰. Parece que pesan en su decisión de indemnizar el daño moral la no justificación del retraso (se debe a un mero interés particular de la compañía aérea de trasladar a Lisboa un motor para un avión de la misma entidad que estaba averiado en tal ciudad), la importancia del retraso (el número de horas), la prepotencia de la compañía que no da una explicación razonable de la demora, la inquietud por llegar al hogar después del viaje de novios y la preocupación por la pérdida de un día de trabajo¹¹. Por tanto, estamos ante una sentencia que acoge la reparación del daño moral derivado de incumplimiento contractual (seguramente doloso) por medio de una noción amplia de daño moral, aunque con cierta moderación (al exigir una entidad del daño y una gravedad en el incumplimiento).

Otro ejemplo de adopción de un concepto amplio de daño moral es la STS de 12 de julio de 1999¹². Doña Esperanza A. S. demanda a don Matías Manuel S. H., a don José A. C., a don Juan Francisco S. Q., a don Francisco Javier G. J. y a la compañía «CYP Inmobiliaria, S. A.», pidiendo la resolución del contrato de compraventa de la vivienda adquirida por la actora en la

¹⁰ Por ello, dice ESPIAU ESPIAU, S.: «Comentario a la STS de 31 de mayo de 2000», *CCJC*, núm. 54, 2000, p. 1282, que «pese a suscribir este “criterio aperturista” no por ello deja la sentencia de advertir prudentemente frente a la “generalización de la posibilidad indemnizatoria”».

¹¹ *Ídem*, cit., pp. 1283-1284. *Espiau Espiau* indica que la importancia y la no justificación del retraso no constituyen tanto requisitos para la indemnización del daño moral cuanto requisitos del incumplimiento contractual. Por otra parte, no deja de llamar la atención que el Supremo atienda exclusivamente a la dimensión moral de los perjuicios sufridos por el demandante y no se refiera a las consecuencias económicas del incumplimiento contractual, que las hubo, como la pérdida de un día de trabajo.

¹² *RJ* 1999, 4770.

urbanización «Conjunto Imperial de Toledo», la devolución del precio entregado y la indemnización de los daños y perjuicios, todo ello por valor de 10 millones de pesetas, más los intereses legales, por el defecto de cabida existente en el inmueble adquirido de, aproximadamente, doce metros cuadrados. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que sólo entra a examinar la demanda respecto a la compañía inmobiliaria, es revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de condenar a la entidad al abono a la actora de la cantidad pagada por el objeto litigioso, todos los gastos del adquirente por el contrato de compraventa y un millón de pesetas en concepto de daños morales derivados de la resolución del contrato, sin que el montante económico de estos tres capítulos pueda exceder de 10 millones de pesetas y los intereses legales, a contar desde la interposición de la demanda, de la cantidad resultante de sumar las tres partidas anteriores. La compañía inmobiliaria interpone recurso de casación, entre otros motivos, porque la sentencia de instancia condena a la indemnización de un millón de pesetas por daños morales. El Supremo no ha lugar al recurso de casación de la inmobiliaria y, en concreto, en su fundamento de derecho segundo, considera que los daños morales «representan el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, pueden producir en la persona afectada...». Pero, ¿no estamos aquí ante claros daños patrimoniales, como pueden ser los gastos que lleva consigo el traslado momentáneo a otro lugar hasta la elección de una vivienda definitiva (por ejemplo, si alquila un inmueble o si el trabajo está a un distancia mucho mayor que la casa que compra en primer lugar –gastos de transporte–) o incluso el aumento del precio de las viviendas? El denominador común de algunos de estos daños patrimoniales es que son difíciles de cuantificar. Por otra parte, creo que es cuanto menos dudoso que el daño moral causado (incomodidad, molestia) sea previsible para la inmobiliaria en el momento de contratar (en caso de que el comportamiento de ésta no sea doloso).

La identificación del daño moral con un sufrimiento o una situación de ansiedad que lleva a considerar indemnizable la lógica frustración que supone todo incumplimiento contractual no creo que constituya una solución sensata, con independencia además de que la responsabilidad civil por daño moral sería fuente de multitud de demandas de indemnización arbitrarias y hasta ridículas¹³.

B) *Adopción de un concepto estricto de daño moral*

Ya he constatado cómo la STS de 31 de octubre de 2002 participa de aquella corriente doctrinal que acota la reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual mediante la adopción de una noción estricta de tal daño. Desde esta perspectiva queda restringido el daño moral a los sufrimientos o perturbaciones de carácter psicofísico que derivan de lesiones de derechos de la personalidad, de manera que esta posición concluye que como regla general no hay

¹³ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño moral», *ADC*, 1966, pp. 98 y 104. Considera GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 305, que para salvar el peligro de la reparación de perjuicios morales que sean insignificantes e irrelevantes juega un papel fundamental la jurisprudencia, que debe detectar y calibrar la relevancia del daño moral alegado por el acreedor cuando exija la indemnización de daños y perjuicios.

daño indemnizable por las perturbaciones psicofísicas que una persona pueda sufrir como consecuencia de incumplimientos contractuales, excepto en aquellos supuestos en que el incumplimiento de la prestación contractual comprometa lesión de derechos subjetivos de la personalidad del acreedor¹⁴. Cabe mencionar numerosas convenciones que afectan de modo directo o indirecto a derechos o bienes de la personalidad del acreedor. En primer lugar, hoy son válidos los contratos cuyo objeto inmediato son este tipo de derechos (por ejemplo, venta de memorias por un famoso a una revista, o deportistas que ceden su derecho a la imagen a una empresa)¹⁵ o que afectan de modo directo a bienes de la personalidad (por ejemplo, médico que en el curso de una operación causa lesiones al paciente¹⁶). En segundo lugar, podemos pensar en muchos contratos cuyo incumplimiento daña, al menos de forma secundaria, derechos de la personalidad. Así, transportista que causa de modo imprudente lesiones a los viajeros, mandatario que no custodia con diligencia papeles íntimos del mandante, comerciante que sufre un quebranto en su buen nombre profesional al no recibir de su distribuidor los objetos que había asegurado entregar a varios clientes...

Es difícil no estar de acuerdo con la postura del Supremo en su sentencia de 31 de octubre de 2002, en la medida en que deniega la indemnización del daño moral en cuanto en este supuesto concreto no existe lesión de un derecho de la personalidad del acreedor. Quizá pudiera pensarse que está en juego el crédito profesional de la sociedad de actividades turísticas que pretendía vender o alquilar a una serie de turistas unos apartamentos y que no cumple sus compromisos al resultar éstos inservibles para el uso al que iban destinados¹⁷.

¹⁴ Mantiene esta posición Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños...*, cit., pp. 328-329 (de todas formas este autor entiende que además de delimitar la noción de daño moral es preciso aplicar el test del art. 1107 del Código Civil para concluir la reparación del daño moral derivado de incumplimiento contractual. Véase su obra *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 4.ª edición, Civitas, Madrid, 1993, p. 688). También es partidario de esta concepción del daño moral SCOGNAMIGLIO, R.: «Danno morale», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 5.º, UTET, Torino, 1968, pp. 147-148.

¹⁵ Véase más ampliamente esta posibilidad en el artículo de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L-H: «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen», *ADC*, 1994, pp. 31 ss. Este autor matiza que el objeto de los contratos sobre la imagen o la intimidad de las personas no es un derecho fundamental, sino un derecho patrimonial, pero que ello no impide que en el transcurso de ese contrato sean efectivamente lesionados por un incumplimiento de la convención la imagen o la intimidad en cuanto derechos fundamentales (especialmente pp. 54 ss.).

¹⁶ Una clara muestra es la reciente STS de 29 de noviembre de 2002 (*La Ley*, de 24 de diciembre de 2002, pp. 7 ss.). El médico demandado practica al demandante la extirpación de un tumor y tras una serie de molestias, fiebre y estado anormal, el mismo médico le practica una nueva intervención, en la que retira un trozo de gasa que había quedado dentro en la primera operación. Tras esta segunda intervención, el demandante, joven de treinta y cuatro años, presenta unas secuelas irreversibles, que dan lugar a una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, que tienen una indiscutible incidencia en su vida personal y familiar. El Supremo admite la indemnización de los daños morales derivados del incumplimiento de los servicios médicos sufridos a consecuencia de las secuelas irreversibles causadas en la segunda operación. Esta sentencia se enmarca dentro de una línea de resoluciones más progresivas en torno a la responsabilidad civil médica: por una parte, considera aplicable como fundamento de la responsabilidad el artículo 28.1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios por daños causados por servicios sanitarios (responsabilidad civil objetiva, pues, para el profesional de la medicina y no sólo para los centros sanitarios) y, por otra parte, inversión de la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor de la víctima (el médico no acredita que las secuelas tuvieran una causa ajena a la segunda actuación médica).

¹⁷ Parece que hoy debe considerarse que el prestigio profesional forma parte del derecho al honor del artículo 18.1 CE. Véase al respecto los trabajos de SALVADOR

Pero los hechos recogidos en la resolución no permiten extraer semejante conclusión, es decir, tal descrédito. En cualquier caso, y respecto a la sentencia de la que ahora se trata, no creo que la naturaleza de la relación obligatoria –contrato de obra– le imponga al constructor, en relación con la prestación, un especial deber de protección de evitar el desprestigio profesional de la empresa dedicada a actividades turísticas. Sin duda, en la negativa del Supremo a reparar los daños morales a la empresa promotora ha podido pesar el dato de que la demandante de tal indemnización sea una persona jurídica. No obstante, parece que las dudas sobre este extremo tan discutido hace ya tiempo (si las personas jurídicas sufren daños morales) han de quedar desvanecidas, al menos a la luz de la jurisprudencia, a partir de que se dictara la STC 139/1995, de 26 de septiembre en la que se reconoce el derecho al honor del artículo 18.1 CE a las personas jurídico-privadas (en concreto a una sociedad mercantil)¹⁸. Incluso una sentencia muy reciente (STS de veinte de febrero de 2002)¹⁹ contiene un pronunciamiento expreso favorable a que una persona jurídica (también una sociedad mercantil) pueda sufrir daños morales (ello implica, sin duda, como indica la propia resolución, la adopción de un concepto aún más amplio de daño moral no reducible a sufrimientos o padecimientos de ánimo)²⁰.

Desde luego, otras resoluciones judiciales participan también de esta línea de pensamiento que acoge un concepto estricto de daño moral que, como consecuencia, limita la indemnización del perjuicio moral derivado de contrato. Una muestra de ello es la STS de 30 de julio de 2001²¹. A principios de 1991 una sociedad promotora («Promotora Vascongada, S. A.») encarga a un letrado (don Ramón I. A.) la defensa de sus intereses frente a los inquilinos de la planta baja de una casa propiedad de dicha sociedad. En concreto, el letrado se encarga de la preparación, redacción e interposición de la demanda de resolución del contrato de arrendamiento y deshaucio del local de negocio frente a los arrendatarios. Durante la tramitación de este juicio, la sociedad promotora vende el local a otra sociedad, pero no le comunica tal venta al letrado. Cuando los autos se encontraban a punto de su resolución en primera instancia, la parte demandada acredita la transmisión del inmueble a la entidad «Sodepro Inmobiliaria, S. A.», por escritura fechada el 31 de enero de 1992 y se dicta sentencia desestimando la demanda por apreciación de la excepción dilatoria de falta de legitimación activa. El letrado dirige un escrito a la sociedad, con fecha de 9 de septiembre de 1992, donde le recrimina la falta de comunicación sobre la citada compraventa, desiste unilateralmente del contrato de arrendamiento de servicios y le anuncia la remisión de la minuta por los honorarios devengados en el juicio de deshaucio. Don Ramón,

CODERCH, P.: «Comentario a la STS de 25 de febrero de 1991», *CCJC*, núm. 26, 1991, pp. 409-411, y «Comentario a la STC 40/1992, de 30 de marzo», *CCJC*, núm. 30, 1992, p. 787.

¹⁸ De hecho, el interrogante sobre si una persona jurídica es susceptible de daños morales no supone otra cosa que cuestionarse la posibilidad de que la persona jurídica ostente derechos distintos de los puramente patrimoniales. Véase al respecto la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la STC 139/1995, de 26 de septiembre, que mantiene una línea uniforme de afirmación del derecho al honor por las personas jurídicas, en mi artículo «*Quid* de nuevo sobre el derecho al honor de las personas jurídicas?», *LL*, tomo II, 2000, pp. 1614 ss.

¹⁹ *RJ* 2002, 3501.

²⁰ Puede leerse mi comentario a la misma en la *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002-2, pp. 361 ss.

²¹ *RJ* 2001, 5183.

al negarse la sociedad a pagarle la cantidad solicitada, demanda tanto a «Promotora Vascongada, S. A.» como a la sociedad compradora del local de negocio. El Juzgado de Primera Instancia acoge en parte la demanda y condena a la primera a abonar al actor la cantidad de 5.099.000 pesetas en concepto de daños materiales (honorarios del letrado, minutas de una agencia de detectives y del procurador), pero absuelve a la otra codemandada y no indemniza los daños morales solicitados por el letrado debido a la ocultación por las demandadas de hechos trascendentales para la defensa de sus derechos y debido a que le hicieron trabajar en vano. La sentencia es confirmada por la Audiencia y don Ramón I. A. interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo no ha lugar al recurso de casación planteado por el letrado frente a la sentencia de apelación y, en concreto, en su fundamento de derecho quinto confirma la no reparación de los daños morales, en cuanto «la situación derivada de la falta de comunicación alegada no encaja en el concepto de daños morales, que son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, esto es, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales...». Por consiguiente, para resarcir al letrado recurrente de las tareas inútiles por omisión del aviso del contrato de compraventa basta retribuirle los honorarios profesionales correspondientes a sus servicios de asistencia jurídica en el juicio de deshaucho para el que fue contratado. Una vía más adecuada, aunque también con escasas probabilidades de éxito, dadas las circunstancias del caso, hubiera sido que el abogado planteara la demanda invocando la existencia de daños morales a consecuencia del descrédito profesional que le supone la pérdida del litigio por una omisión de información por parte de su cliente (pero, ¿podría probar tal descrédito?).

Hay otras resoluciones que no son tan explícitas a la hora de definir el daño moral en cuanto sufrimiento resultante de la lesión de un derecho de la personalidad, pero, sin embargo, a la hora de resolver el supuesto acogen de modo implícito tal concepción. Cabe citar en este grupo las SSTs de 24 de septiembre de 1999 y de 10 de junio de 2002²². En la primera de ellas el Supremo estima que deben indemnizarse los daños morales sufridos por una mujer que se queda embarazada tras la aplicación en un centro médico de un dispositivo intrauterino anticonceptivo defectuoso e inadecuado. A pesar de que el tribunal habla de la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios (que se aproxima a un contrato de arrendamiento de obra al perseguirse un resultado concreto), la indemnización se concede en virtud del artículo 1902 del Código Civil. Apunta la idea (confirmada después por la STS de la Sala 3.ª de 3 de octubre de 2000, en su fundamento 5.º²³) de que el daño moral en los supuestos de anticoncepciones fallidas deriva de la lesión de la libertad de procrear («... daño al frustrar las expectativas de no desear el embarazo de la interesada, con atentado efectivo a su decisión de gestación...») y «... e imponer situaciones contrarias al don de la libertad, como uno de los más anhelados por el hombre»). Sin duda, como se ha apuntado por autorizadas voces doctrinales²⁴, en estos casos de anticoncepciones fallidas es mucho más acertado concebir el daño moral como lesión de la libertad de procrear (en cuanto manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad

²² Pueden encontrarse, respectivamente, en *RJ* 1999, 7272 y en *RJ* 2002, 4982.

²³ *RJ* 2000, 7799.

²⁴ MARTÍN CASALS, M., y SOLÉ i FELIU, J.: «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos». *InDret*/03/2001. www.indret.com.

del art. 10.1 CE) que considerar la existencia del hijo no deseado como un daño moral. En segundo lugar, en la STS de 10 de junio de 2002, doña Carmen B. M. y una sociedad mercantil encargada de la explotación de nichos celebran un contrato que daba derecho a la primera al uso de un nicho durante cincuenta años. La señora introduce los restos del marido en el nicho y cumple los requisitos legales exigidos (entrega de la cantidad inicial, colocación de lápida...). Debido a la actuación negligente de algún empleado de la sociedad privada se extravía el expediente y, por la ausencia del mismo, se vacía el nicho y son arrojados a la fosa común los restos que contiene. Ante la alegación de la sociedad recurrente de que no han existido daños morales, el Supremo confirma el razonamiento de la sentencia de apelación que considera que el incumplimiento lleva consigo una clara lesión de las creencias religiosas de la demandante, con el consiguiente daño psíquico. A mi juicio, otro derecho de la personalidad distinto al de la libertad religiosa también pudiera haber sido aquí el invocado, en concreto el derecho sobre el cadáver de la persona. A falta de disposiciones especiales de la última voluntad del fallecido suele reconocerse el derecho de los parientes próximos a establecer el destino del cadáver (inhumación, incineración...) ²⁵.

Esta concepción más estricta del daño moral no está exenta de críticas. Por una parte, resulta difícil identificar todos los bienes dignos de protección cuya lesión puede generar el deber de indemnizar, y, por otra parte, impide de hecho la reparación de aquellos perjuicios no patrimoniales consecuencia del incumplimiento contractual que no recaen sobre derechos tipificados legalmente (honor, intimidad, imagen, vida, salud, integridad) ²⁶. Efectivamente, el freno a la tendencia indiscriminada a reparar el daño moral contractual mediante esta concepción restrictiva del daño moral, aunque aporta una indudable y en general deseada seguridad jurídica (además de facilitar la demostración de que efectivamente ha habido un daño, en cuanto éste se liga a la lesión de un derecho de la personalidad), tiene el coste de excluir de la reparación a perjuicios que afectan a intereses personales revestidos de cierta importancia según las convicciones sociales dominantes, pero que no constituyen bienes de la personalidad en sentido estricto. Pensemos, por ejemplo, en los daños morales que puede sufrir una familia cuando el viaje para el que han estado trabajando todo el año queda frustrado en el último momento por una negligencia de la organizadora del mismo. Quién duda de que el placer que una persona experimenta en su tiempo de ocio o durante sus vacaciones sea un bien de gran estima en la actualidad.

C) *Aplicación exclusiva de las reglas de la responsabilidad civil contractual*

Se ha apuntado una vía intermedia ²⁷, según la cual la exclusión de los perjuicios no patrimoniales que recaen en valores de afección que no constituyen bienes de la personalidad debe hacerse por otra vía distinta a la definición que se haga a priori del concepto de daño moral. Ha de hacerse, pues, por la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual (en particular, se sostiene que la efectiva indemnizabilidad del daño moral está en función

²⁵ Sobre tal derecho, véase Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10.ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 332.

²⁶ PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994»..., cit., p. 585.

²⁷ *Ídem*, cit. p. 585.

de que satisfaga el test del artículo 1107 del Código Civil²⁸). Este nuevo planteamiento que ahora se abre requiere el análisis de dos cuestiones: la primera, nuestra normativa reguladora de la responsabilidad contractual sólo constituirá un criterio válido para discernir qué daños morales son indemnizables y cuáles no, si los artículos 1101 y siguientes del Código Civil permiten, o al menos no se oponen a la reparación del daño moral. En segundo lugar, en caso de que se concluya que tales preceptos son un criterio válido, es necesario preguntarse cómo se aplica el criterio de la previsibilidad del artículo 1107 del Código Civil al ámbito de los daños morales y si basta tal criterio para determinar qué daños morales son indemnizables.

En primer lugar, pues, el articulado de nuestro Código Civil, ¿permite, o al menos no se opone de forma categórica a la indemnización del daño moral contractual? Tanto el artículo 1106 como el artículo 1107 del Código Civil reglamentan de forma conjunta el resarcimiento del daño²⁹. El primero de ellos se ocupa de la determinación de qué daños son indemnizables, mientras que el segundo se ocupa de la extensión del daño resarcible³⁰. Por consiguiente, el artículo 1106 se presenta en principio como el más adecuado para responder a la cuestión general de si el daño moral está excluido del ámbito de la responsabilidad contractual, ya que el artículo 1107 se dedica a la limitación de los daños desde el punto de vista cuantitativo, pero no desde el punto de vista cualitativo, es decir, no desde la perspectiva de la naturaleza del daño. Por ello, y entrando ya en el análisis del artículo 1106 del Código Civil, parece que los redactores del mismo no pensaron en absoluto en la indemnización del daño moral, sólo en el patrimonial³¹. Este precepto encierra un concepto economicista del daño contractual en el que en principio no encaja el daño moral, puesto que la indemnización tiene como objetivo el reintegro de un patrimonio que ha sido dañado, entendido el patrimonio como un conjunto de

²⁸ CARRASCO PERERA, A.: «Comentario al artículo 1107 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1989, p. 703. Según PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994»..., *cit.*, p. 585 la justificación del recurso a las normas de la responsabilidad contractual está en que «en ausencia de un criterio normativo que proporcione unos contenidos determinados de intereses protegibles, hay que atenerse a un concepto fáctico, que se refiera descriptivamente a hechos y que dependa de condiciones de hecho».

²⁹ Artículo 1106 del Código Civil: «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes».

Artículo 1107 del Código Civil: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

³⁰ ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de: «Comentario al artículo 1106 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 45.

³¹ Cuando García Goyena, F., comenta el artículo 1015 del Proyecto de 1851 («se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección»), se limita a señalar que daños y perjuicios se refieren tanto al daño emergente como al lucro cesante, pero en la estimación de estos dos conceptos nunca deberá entrar en ella el precio de afección particular, sino el común y corriente de la cosa. Véase *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo III, Madrid, 1852, p. 50.

bienes materiales³². En esta línea, la doctrina y la jurisprudencia españolas clásicas siempre han entendido que este precepto se refiere de forma exclusiva a los daños patrimoniales, movidos por la lógica coherencia con el espíritu de los redactores del Código Civil³³. Efectivamente, nuestro artículo 1106 del Código Civil se inspira en el Código Civil francés (en su precepto 1149). En este sentido, cuentan Mazeaud (H y L) y Tunc, que los redactores del Código Civil francés eran hostiles a la reparación del daño moral en materia contractual. La razón de su hostilidad se debe a que Domat y Pothier, cuyas opiniones siguieron fielmente, se negaban categóricamente a reparar el daño moral en el ámbito contractual, en cuanto estos autores creían ajustarse en este punto al Derecho Romano. En realidad se equivocaban, ya que numerosos textos, que ellos ignoraban, demuestran que el Derecho Romano no hizo ninguna distinción en cuanto al daño moral entre la responsabilidad contractual y la delictual³⁴.

En consonancia con esta explicación histórica, alguna voz doctrinal ha señalado que el cauce más indicado para la indemnización del daño moral derivado de un incumplimiento contractual no es el artículo 1106 del Código Civil, sino el artículo 1902 del mismo cuerpo legal; según esta opinión doctrinal no es una cuestión de apego excesivo al tenor literal de un precepto, sino que la admisión del resarcimiento de un daño no patrimonial dentro de la responsabilidad contractual exigiría un replanteamiento del mismo concepto de obligación regulado en el Código Civil³⁵. Esta línea de pensamiento permite evocar uno de los argumentos clásicos que se han esgrimido en contra de la reparación del daño moral contractual, argumento que se pregunta cómo compatibilizar la exigencia de una patrimonialidad en la prestación contractual con el carácter no económico que ha de representar por esencia el daño moral: si el objeto de la obligación es una prestación de naturaleza patrimonial, la inejecución de la prestación sólo puede producir daños patrimoniales y ello impide que haya daños morales derivados del incumplimiento contractual al quedar al margen de la relación jurídico-obligatoria los intereses y bienes morales. Ahora bien, en su momento ya se contesta a tal objeción señalando que aunque la prestación ha de ser patrimonial y susceptible de valoración económica, ello no quita que pueda responder a un interés del acreedor de naturaleza no económica³⁶. Una cosa es el contenido de la prestación y otra cosa distinta los intereses o bienes que resultan afectados por el incumplimiento de la obligación, que pueden ser bienes o intereses de naturaleza no patrimonial. En una posición más novedosa, se ha mantenido que caben incluso prestaciones de contenido extrapatrimonial, ahora bien, han de integrarse en una relación obligatoria que siempre posee un carácter objetivamente patrimonial³⁷.

³² En este sentido, IGARTUA ARREGUI, F.: «Comentario a la STS de 9 de mayo de 1984»..., cit., p. 1637.

³³ A título ejemplificativo, en la doctrina GAYOSO ARIAS, R.: «La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el positivo», *Revista de Derecho Privado*, 1918, tomo V, p. 330. En la jurisprudencia, la STS de 24 de mayo de 1947 (*RJ* 1947, 631), para quien el tenor literal del artículo 1106 del Código Civil se refiere a menoscabos económicos.

³⁴ *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*, tomo I, volumen I, traducción de la quinta edición por Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pp. 466-467.

³⁵ ESPIAU ESPIAU, S.: «Comentario a la STS de 31 de mayo de 2000»..., cit., p. 1286.

³⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño moral»..., cit., p. 88.

³⁷ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*..., cit., pp. 88-89.

He dejado claro que efectivamente nuestro artículo 1106 del Código Civil no alude más que al daño material. Pero, teniendo en cuenta que la realidad social ha cambiado, que ya no existe una repugnancia a compensar el daño a bienes de inestimable valor, ¿cabe una interpretación actual del artículo que permita incluir el daño moral en su articulado? No sólo creo que quepa, sino que es necesaria, que la impone una correcta aplicación de la Constitución de 1978. A raíz del texto constitucional, hay una protección clara de la persona, una tutela que recae tanto en sus bienes e intereses económicos como en sí misma, de manera que todo el Derecho de Obligaciones debe sufrir ciertas modificaciones, ya que en la época del Liberalismo se atiende fundamentalmente a la protección del patrimonio. De ahí que se explique, por una parte, el espíritu economicista de que está revestido nuestro Derecho de Obligaciones, configurado por el legislador para regular las relaciones entre particulares que tuvieran una proyección económica y, por otra, que esta preocupación marcadamente patrimonial ha impregnado al menos desde la Codificación el Derecho Civil (de manera que nunca se ha protegido de la misma forma a la persona en cuanto tal que a su patrimonio, contradiciéndose con ello la finalidad esencial que posee esta rama del ordenamiento)³⁸. Por tanto, del espíritu constitucional se desprende que cuando las reglas civiles mandan indemnizar la pérdida derivada del incumplimiento del contrato, ha de entenderse en la actualidad comprendido tanto la reparación del daño causado a los bienes, al patrimonio, como a la persona misma, es decir, a sus ámbitos físico y psíquico³⁹.

Otros argumentos que pueden alegarse a favor de una interpretación actual del artículo 1106 que permita incorporar al mismo el daño moral son los siguientes: por una parte, constituye una ayuda a favor de la inclusión del daño moral el hecho de que este artículo contiene términos generales y amplios, así puede entenderse que en la palabra «daño» están comprendidos tanto el daño patrimonial como el moral⁴⁰. Y, en concreto, la expresión «pérdida» del precepto admite cualquier privación de un bien, sea material o moral, acorde con la definición de pérdida de la Real Academia Española: «carencia, privación de lo que se poseía»⁴¹. Por otro lado, aunque este precepto se refiere únicamente al daño material, su finalidad no ha sido desde luego la exclusión de su ámbito del daño no patrimonial, de hecho no hay una exclusión expresa de este tipo de perjuicio. Al revés, se ha mantenido que el sentido de esta norma es una inclusión, su objetivo único ha sido dejar claro frente a las dudas que se suscitan en la tradición precodificada que el lucro cesante también se indemniza («no sólo... sino también»). En absoluto ha

³⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: *El daño moral*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 220-223.

³⁹ *Idem*, cit., p. 83.

⁴⁰ CRISTÓBAL MONTES, A.: «El daño moral contractual», *RDP*, 1990, p. 10.

⁴¹ En este mismo sentido, MAZEAUD, H y L, y TUNC, entienden que la palabra pérdida del artículo 1149 del Código Civil francés («*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après*») no ha de traducirse necesariamente por pérdida de dinero, al revés, resulta posible hablar de pérdida en un sentido amplio, de manera que quepa la disminución sufrida en el patrimonio moral. Al utilizar este precepto la expresión «en general» (de la que nuestro art. 1106 carece) estos autores estiman que los redactores del precepto sólo quisieron referirse a la situación ordinaria como la regla general, esto es, aquella en la que el perjuicio experimentado es pecuniario, pero cabe excepcionalmente la reparación del daño moral sufrido por el acreedor. Véase *Tratado Teórico y Práctico...*, cit., p. 465.

pretendido significar que el daño emergente y el lucro cesante sean los límites del resarcimiento del daño contractual⁴².

Por último, no existen preceptos en nuestro ordenamiento como el artículo 2059 del Código Civil italiano o el parágrafo 253 del BGB, que limitan la indemnización del daño no patrimonial a los casos expresamente previstos por la ley⁴³. Al carecer nosotros de un precepto semejante es posible admitir la indemnización del daño moral contractual aunque no haya una determinada norma del Código Civil que lo indique de forma explícita.

Una vez visto que no hay obstáculo teórico a la aplicación en general de las normas de la responsabilidad civil contractual al daño moral, debe analizarse, en segundo lugar, cómo juega el test del artículo 1107 del Código Civil en la reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Ha de estudiarse en cada caso concreto la finalidad de la prestación perseguida

⁴² CARRASCO PERERA, A.: «Comentario al artículo 1106 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, Edersa, 1989, p. 669. Entiende que tampoco excluye el artículo 1106 del Código Civil el daño moral contractual Lacruz Berdejo (dir): *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. 1.º, 2.ª edición revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000, p. 209.

⁴³ La consecuencia de las normas señaladas es que tanto en el ordenamiento italiano como en el alemán se han visto obligados a ampliar la categoría del daño patrimonial para reducir los supuestos no indemnizables. En el ordenamiento italiano, véase al respecto CIAN e TRABUCCHI: «Comentario al artículo 2059 del Código Civil», *Comentario Breve al Codice Civile*, 5.ª edición, Cedam, Milano, 1997, p. 1972, y FORCHIELLI, P.: «Danno morale e danno biologico», *Rivista di Diritto Civile*, 1990, tomo II, p. 17. También la jurisprudencia alemana ha considerado como patrimoniales daños de calificación dudosa para escapar a la regla limitativa del parágrafo 253 BGB. Así, por ejemplo, se considera daño patrimonial el que afecta a un interés jurídico para cuyo logro el acreedor ha tenido que realizar un esfuerzo traducible en términos de coste, como la disminución del disfrute vacacional para cuya obtención el trabajador había invertido todo el año. Véase MARKESINIS, B. S., y UNBERATH, H.: *The German Law of Torts, A Comparative Treatise*, fourth edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 940-941 y las sentencias del BGH de 10 de octubre de 1974 (*NJW* 1975, I. *Halbband*, p. 40) y de 12 de mayo de 1980 (*NJW*, 1980, *Heft* 36, p. 1947). Pero tras la vigencia de la *Reiservertragsgesetz* de 4 de mayo de 1979, parece que la jurisprudencia empieza a considerar la frustración de las vacaciones por incumplimiento del contrato de viaje como un bien inmaterial. Una información detallada en GÓMEZ CALLE, E.: *El contrato de viaje combinado*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1998, pp. 244 ss. No obstante, en el ordenamiento alemán ha habido una reciente variación. Aunque se mantiene todavía el principio de especialidad del parágrafo 253 BGB, de tal forma que es necesaria una disposición que prevea expresamente la indemnización de los daños no patrimoniales, hasta la actual segunda ley de reforma del Derecho de Daños alemán (*Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*) sólo el parágrafo 847 BGB preveía la indemnización de los daños no patrimoniales en la responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia. Con la nueva reforma se extiende la indemnización del daño moral o no patrimonial a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad objetiva o por riesgo. En concreto, la introducción de un párrafo 2.º en el parágrafo 253 BGB parece presuponer la admisión de la indemnización del daño no patrimonial o moral en la responsabilidad contractual. La nueva redacción del parágrafo 253 BGB es la siguiente: (1) *Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.* (2) *Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Sachschadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.* Sobre el particular, CAHN, A.: *Einführung in das neue Schadensersatzrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2003, p. 93, y, en general, sobre la reforma alemana, LAMARCA I MARQUÉS, A. y, RAMOS GONZÁLEZ, S.: «Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del Derecho de Daños». *Indret*/3/2002, www.indret.com.

por las partes en el momento de la celebración del contrato⁴⁴, de esta manera se concluirá si la relación obligatoria le imponía al deudor especiales deberes de diligencia o de protección tendentes a evitar aquel daño⁴⁵. Dicho de otra forma: en virtud del contrato que celebran, qué intereses no patrimoniales del acreedor ha de salvaguardar el deudor en su actividad de prestación. Ahora bien, no sólo hay que analizar los intereses que se prevén proteger de modo expreso en el contrato, sino también aquellos intereses cuya necesidad de tutela se encuentra incorporada al contrato de modo implícito⁴⁶. Ello exige la integración del contenido de cada contrato mediante los criterios de la buena fe, los usos y la ley establecidos en el artículo 1258 del Código Civil⁴⁷. El juego de estos tres conceptos, entendidos en un sentido amplio, permitirá decidir que han de ser reparados por el acreedor intereses afectivos no calificados como derechos de la personalidad, pero que son, sin duda, considerados dignos de tutela jurídica a la luz de las convicciones sociales actuales. Así, es indemnizable la pérdida del disfrute vacacional cuando la agencia de viajes incumple sus compromisos con el acreedor (en una sociedad como la nuestra en la que tanta importancia han adquirido el tiempo libre y el ocio). No lo es, en cambio, el desasosiego mental que al propietario le causa ver su casa construida con grietas o la angustia de verse obligado a abandonar su vivienda por la construcción defectuosa. El contrato de obra no le impone como regla general al constructor un deber de protección de tal desasosiego mental o de tal angustia (salvo, quizá, y siempre que no sea una consecuencia remota, que haya habido dolo en el cumplimiento defectuoso o en el incumplimiento); sí, por supuesto, que pague los gastos ocasionados al propietario por el arreglo del defecto o por el traslado momentáneo a otra vivienda. No lo entiende así la STS de 22 de noviembre de 1997⁴⁸, para quien es adecuada la indemnización concedida en las dos primeras instancias a cada uno de los propietarios de un edificio que tienen que desalojar sus viviendas de forma temporal ante los graves defectos de la construcción: «... hubo de procederse, consecuencia del incremento de los vicios constructivos que afectaban al edificio, a su desalojo, con los consiguientes quebrantos no sólo económicos, sino morales, para los propietarios ocupantes, que adquirieron los pisos para que les sirvieran de morada segura y no sometida a las consecuencias negativas de una defectuosa construcción» (fundamento 3.º) y «... situación angustiosa de las familias que se vieron obligadas a abandonar sus viviendas, por unas obras defectuosas graves, en las que no tuvieron participación alguna y han de sufrir una grave frustración y anormalidad en el desarrollo de sus actividades de moradores ocupacionales de los pisos» (fundamento 3.º). Esta sentencia, además de la indemnización de los daños morales, también confirma la reparación de los daños económicos derivados del desalojo (no sólo traslados y arrendamientos, sino también el resto de los gastos materiales que

⁴⁴ PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994»..., cit., p. 585.

⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II..., cit., p. 688.

⁴⁶ En este sentido se pronuncia YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 164.

⁴⁷ Artículo 1258 del Código Civil: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

⁴⁸ RJ 1997. 8097.

de ahí derivan). En idéntico sentido la STS de 31 de mayo de 1983⁴⁹, que confirmando la decisión de la Audiencia, repara los daños morales al propietario ocasionados por el forzoso abandono de la vivienda que se había derrumbado: «... daño moral representado por la intempestiva y dramática alteración de la pacífica normalidad de la vida hogareña que los demandantes sufrieron y que para cada uno se fija en la constante cantidad de 60.000 pesetas» (fundamento 4.º *in fine*).

¿Es suficiente el criterio de la previsibilidad del daño moral para que éste sea reparado? (me refiero, claro, a los casos en que no hay incumplimiento doloso, ya que si hay dolo no se aplica tal criterio). Además de que el daño sea previsible en el momento de contratar, parece que ha de exigirse que tenga una cierta entidad. La importancia o gravedad del daño moral se deberá analizar por el tribunal teniendo en cuenta, o bien las circunstancias del caso, o bien el tipo de incumplimiento ante el que nos encontremos, porque, por ejemplo, la insatisfacción provocada en el cliente porque el hotel no le sirve el desayuno diario que había contratado puede ser previsible para el organizador, pero realmente podría discutirse que hubiera realmente daño moral ante un defecto tan leve⁵⁰.

Ésta parece ser la dirección del *Common Law*, ordenamiento que, aunque mantiene que como regla general los contratos afectan a materias económicas y que el mero sufrimiento derivado del incumplimiento no se contempla por las partes como riesgo negocial, sin embargo admite la indemnización de los *non-pecuniary losses* en algunas hipótesis siempre que sea razonablemente previsible que resulten del incumplimiento⁵¹. De esta forma se ha concedido la reparación en casos en que el incumplimiento del contrato lleva consigo para el demandante una sustancial inconveniencia psíquica o una molestia y en casos en que hay una lesión personal de la que deriva un dolor⁵². Un ejemplo ya clásico es el caso *Hobbs v. London and South Western Railway Company* (1875). El demandante, con su mujer y con su hijo compraron un billete para ser trasladados en un tren de medianoche de Wimbledon a Hampton Court, que era donde ellos vivían. Fueron llevados a Esher, donde tuvieron que caminar varias millas a su casa en una noche bastante húmeda. Se sostuvo por el tribunal que el demandante debía ser reparado con cierta cantidad para compensarle de la molestia de haber tenido que andar a su casa, pero no se le indemnizan los gastos médicos a su esposa, que cogió un catarro, en cuanto se trata de una consecuencia demasiado remota⁵³. Otro ejemplo es *Cox v. Philips Industries* (1976), en el que un empleado demanda a sus empleadores por incumplimiento de contrato y es indemnizado por la depresión causada por el hecho de que en el trabajo le relegan a un puesto de inferior categoría⁵⁴.

⁴⁹ RJ 1983, 2956.

⁵⁰ En semejante sentido se pronuncia GÓMEZ CALLE, E.: *El contrato de viaje combinado...*, cit., p. 250, cuando señala que el daño moral procedente de la frustración de un viaje combinado sólo es indemnizable cuando hay un incumplimiento total o un incumplimiento gravemente defectuoso por parte del organizador, entre otras cosas, porque difícilmente será acreditable un daño moral ocasionado por un defecto leve.

⁵¹ CHITTY: *On Contracts*, vol. I, 23 edición, Sweet & Maxwell, London, 1968, p. 1461.

⁵² MCGREGOR: *on Damages*, 16 edición, Sweet & Maxwell, London, 1997, pp. 54-57.

⁵³ Véase ANSON'S: *Law of Contract*, 23 edición, At The Clarendon Press, Oxford, 1971, pp. 518-519.

⁵⁴ MCGREGOR: *on Damages...*, cit., p. 57.

Sumamente curiosa resulta en nuestro ordenamiento la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 7 de junio de 2002⁵⁵. De acuerdo con el tribunal cabe la resolución contractual *ex* artículo 1124 del Código Civil de un contrato de arrendamiento de obra consistente en el encargo por los novios a un fotógrafo profesional de un reportaje fotográfico de su boda. Los defectos en el cumplimiento de la prestación son de tal entidad que impiden el normal fin del contrato: el resultado del trabajo no cubre mínimamente las racionales expectativas de quien contrata a un profesional para que realice el reportaje de su boda. Fuera de las siete primeras páginas del primer álbum de los tres convenidos el resto «es lo que vulgarmente se denomina una chapuza, tanto por la falta de calidad de las fotografías y del revelado, como por la presentación del reportaje en unos álbumes de ínfima categoría, que no se acomodan al precio convenido, y con las fotografías pegadas directamente a las páginas de cartulina, de una forma que produce abarquillamiento, solución imperfecta que revela la defectuosa praxis utilizada en toda la elaboración del reportaje...», «pues el resto de ese álbum y de los otros dos, no alcanzan las expectativas de calidad, orden, presentación y cobertura general del acontecimiento, requeridas razonablemente de un profesional al que se le encarga el reportaje». Tampoco cabe la alegación por parte del demandado de que las fotografías responden a un estilo personal que le ha hecho famoso en cuanto la mayoría de las fotografías que se realizan el día de la boda las hace su mujer, porque él está haciendo otro reportaje a la misma hora. El tribunal señala que la imposibilidad física de la repetición de las fotos comporta un evidente daño moral, tal y como evalúa y concede la sentencia de primera instancia. Indudablemente, éste es un claro caso en que la adopción de esta tercera posición intermedia, que acoge el criterio de la previsibilidad del daño como el determinante para la reparación del daño moral derivado de contrato, permite su indemnizabilidad⁵⁶. En el momento de la celebración del contrato el fotógrafo puede prever que hay un claro interés afectivo del acreedor ligado a la consecución de la prestación (la protección de tal interés forma parte implícitamente del contrato en virtud del principio de buena fe del artículo 1258 del Código Civil). Parece que se trata además de un perjuicio de cierta entidad, como se desprende de la resolución, tanto por la gravedad del incumplimiento (defectuoso que hace imposible cumplir el fin perseguido por las partes) como por las circunstancias del caso (se trata de un momento único para la vida de una persona, que ya no puede repetirse). ¿Qué ocurriría si existiesen otras fotos (por ejemplo, de amigos...) (extremo que desde luego no se menciona en los hechos)? Probablemente podría considerarse que el daño moral es menor y que ello repercutiera en la cuantía de la indemnización.

Indudablemente, esta postura última que comento, en cuanto no define a priori el daño moral, sino que aplica de forma exclusiva las normas de la responsabilidad civil contractual, está también acogiendo, aunque sea de forma implícita, un concepto amplio de daño moral. Las ventajas ya se han apuntado, es decir, permite reparar intereses extrapatrimoniales de gran valor según las concepciones sociales actuales que, aunque no elevados a la categoría de derechos de la personalidad, merecen una tutela del ordenamiento. Los peli-

⁵⁵ LL, 23 de octubre de 2002, pp. 15-16.

⁵⁶ Por el contrario, si se acoge un concepto estricto de daño moral en cuanto dolor o sufrimiento ligado a la lesión de derechos de la personalidad por supuesto no ha lugar a ninguna indemnización: ¿qué derecho de la personalidad de los novios queda aquí dañado?

gros de tal opción son igualmente claros, se pierde en seguridad jurídica; por consiguiente, se deja en buena medida a la labor judicial la determinación de la existencia de un daño moral relevante y sobre todo la determinación de si la lesión de tal interés no patrimonial del acreedor está dentro de los riesgos que ha querido o ha debido asumir el deudor.

II.2 Distinción entre el daño patrimonial y el daño moral

A esta distinción entre el daño moral y el daño patrimonial, segundo acierto de la STS 31 de octubre de 2002, dedicaré un breve comentario. En esta resolución se critica por el Supremo que la sentencia impugnada por el recurrente incluye dentro de la cuantía indemnizatoria, como un todo, el lucro cesante y el daño moral, sin explicar ni motivar además el daño moral. Con ello corrige, por una parte, esta errónea tendencia mantenida por nuestros tribunales de englobar en una cifra única daños patrimoniales y daños morales sin que al final logre conocerse la determinación concreta de cada uno de ellos y los criterios empleados al respecto⁵⁷. Por otra parte, con este deslinde de la indemnización del lucro cesante como un capítulo separado del daño moral se evita una cierta línea jurisprudencial que utiliza el daño moral según conviene en cada momento y que esconde otros conceptos indemnizatorios, como el propio daño patrimonial cuando éste no puede probarse pero se sabe con certeza que existe⁵⁸. Un ejemplo de esta dirección judicial equivocada es la conocida STS de 9 de mayo de 1984, que es la primera que admite la reparación pecuniaria del daño moral derivado del incumplimiento contractual⁵⁹. Don Adolfo Serra Babiera solicita que se le indemnicen los daños morales sufridos a causa de la omisión por la Compañía Telefónica en su guía de 1977 de su nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono, tanto en la parte alfabética como en las páginas amarillas. Estos datos habían figurado en todas las guías de la provincia de Lérida desde 1960, en que el demandante firma con la compañía un contrato de suplemento publicitario. La omisión fue subsanada en las guías de los años posteriores. En concreto solicita la indemnización de un millón de pesetas por los daños morales y la retirada de todas las guías telefónicas de la provincia de Lérida del año 1977. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda condenando a la Compañía Telefónica al pago como indemnización de la cantidad que se fijara en ejecución de sentencia. La Audiencia Territorial estima el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Telefónica, a la que absuelve de cualquier demanda. El demandante interpone recurso de casación y el Supremo ha lugar al mismo confirmando la sentencia de primera instancia. Entiende el Tribunal Supremo que aquí están en peligro «la fama, el prestigio, la nombradía profe-

⁵⁷ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños...*, cit., p. 324.

⁵⁸ VICENTE DOMINGO, E.: «El daño», *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Reglero Campos (coordinador), Aranzadi, Navarra, 2002, p. 80. GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral», *Indret/1/2000*, www.indret.com, señala además que este enmascaramiento de daños patrimoniales bajo la rúbrica de daños morales imposibilita todo control externo de los criterios jurisprudenciales de cuantificación de los daños.

⁵⁹ Aunque es cierto que ya las SSTs de 26 de febrero de 1966 (*RJ* 1966, 1534) y de 7 de diciembre de 1979 (*RJ* 1979, 4119) acogen de forma implícita el principio de la resarcibilidad del daño moral contractual, en la medida en que en ambas se niega la indemnización únicamente por falta de prueba del hecho generador del presunto daño moral, pero no por su ubicación en el marco contractual.

sional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela». Dudo que en este caso específico esté en juego el derecho al honor en su faceta de prestigio profesional a causa de la omisión negligente por parte de la Compañía Telefónica del nombre y profesión del demandante. Si atendemos al tenor literal del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que protege el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, ¿a través de qué «acciones o expresiones se imputan hechos o se manifiestan juicios de valor que lesionan de cualquier modo la dignidad de la persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación»? A mi juicio, no hay derecho moral que indemnizar al no existir una intromisión ilegítima en el derecho al honor⁶⁰. Ahora bien, ello no quita, como también indica la propia sentencia, que la omisión en la guía del año 1977 entrañe una incertidumbre en la gente en cuanto a su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en una minoración de clientela y, por consiguiente, en unas ganancias dejadas de percibir. Es decir, lo que en realidad tenemos delante es un problema de lucro cesante. Al ser de difícil prueba el número de clientes y en especial la cantidad de ingresos que ha podido perder tras la omisión la sentencia del Tribunal Supremo recurre al camino más cómodo de indemnizar el daño moral, sin hacer alusión a este otro capítulo⁶¹.

Otro ejemplo significativo de esta tendencia a indemnizar el daño moral para lograr la reparación del daño patrimonial, que es el efectivamente producido pero cuya prueba ofrece gran dificultad, es la STS de 15 de febrero de 1994⁶². Una joven estudiante de Derecho celebra con «Yago School Limited» un contrato de estudios en el extranjero para el curso correspondiente al verano de 1982 (aprendizaje de inglés en Irlanda). En su publicidad el centro educativo ofrece dentro del precio un seguro individual para cada alumno que cubre durante el curso todo tipo de enfermedades, accidentes y medicinas. El seguro no se concierta finalmente. En julio de 1982 la joven es atropellada en Dublín por un vehículo y sufre lesiones tan graves que fallece en el acto. La madre, en cuanto tal y sucesora universal, reclama a «Yago School» la cantidad de 4 millones de pesetas en concepto de indemnización por los daños morales derivados del fallecimiento de su hija. El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, la Audiencia Provincial rebaja la cantidad indemnizatoria y la demandante interpone recurso de casación ante el Supremo. El tribunal acepta la indemnización del daño moral contractual cuando afirma que el incumplimiento por parte de «Yago School» consistente en la no concertación de un seguro individual por alumno ha ocasionado un daño moral indemnizable. Pero, en realidad, frente a lo que sostiene el Supremo, el incumplimiento de la Academia lo que ha ocasionado no es el daño moral que sufre la madre (el dolor de ésta deriva del fallecimiento de su hija a causa del accidente de circulación, que hubiera igualmente sucedido aunque la entidad hubiera concertado el seguro) sino que el incumplimiento origina un daño patrimonial consistente precisamente en la cuantía que hubiera podido cobrarse a cargo del seguro que no se hizo, daño patrimonial de no fácil concreción, porque es difícil evaluar la cuantía de la suma que se hubiera

⁶⁰ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., p. 688 llega a idéntica conclusión, pero la argumentación es diversa en la medida que entiende que el descrédito comercial o profesional no es un bien de la personalidad, sino un bien de carácter patrimonial. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, A.: «Comentario al artículo 1106 del Código Civil»..., cit., p. 703.

⁶¹ IGARTUA ARREGUI, F.: «Comentario a la STS de 9 de mayo de 1984»..., cit., p. 1640.

⁶² RJ 1994. 1308.

garantizado para el caso de muerte⁶³. En cualquier caso, la madre siempre podría dirigirse para reclamar los daños morales al que atropella a su hija.

Volviendo a nuestra sentencia en examen (STS de 31 de octubre de 2002), no parece, a pesar de que el Supremo suele mantener una postura bastante reacia y restrictiva a la indemnización del lucro cesante, que aquí haya duda sobre la existencia de tal ganancia dejada de percibir, y, en concreto, la repara en la cantidad de 1.980.000 pesetas. Probablemente, los contratos de venta o alquiler de los apartamentos ya se hubiesen concertado con los turistas, pero, en cualquier caso, al tratarse la demandante de una persona dedicada a la venta o arrendamiento de inmuebles, con una cierta experiencia, es fácil calcular las ganancias perdidas si se toma en consideración el promedio de las ganancias obtenidas en los años anteriores con negocios similares.

III. CONCLUSIÓN

La conclusión que cabe extraer de tal sentencia, como he comentado antes, es que conduce a un resultado acertado en cuanto supone un freno a esta tendencia judicial que acepta de manera indiscriminada la reparación del daño moral derivado de contrato. Pero, claro, el camino que sigue para ello, es decir, la adopción de una noción rigurosa de daño moral (en cuanto aquel que resulta de la lesión de derechos de la personalidad), supone un coste para aquellos intereses no patrimoniales dignos de protección tanto por su entidad como por su previsibilidad para el deudor en el momento de contratar, que, sin embargo, no son en sentido estricto derechos de la personalidad.

⁶³ En este sentido, PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994»..., cit., pp. 576-577, 580 y 590.